

Rivista mensile - Anno XIV, Numero 10

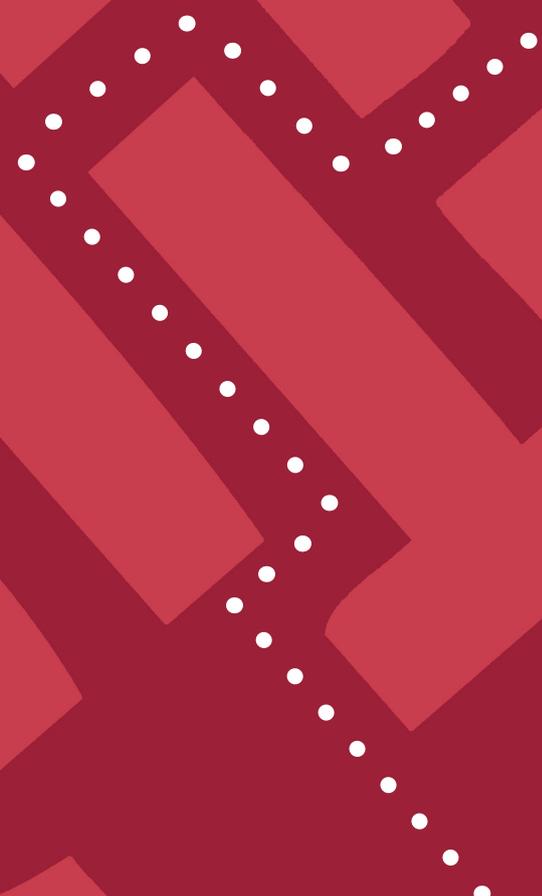
febbraio
2025

MEDIA APPALTI

**Clausole sociali per
la parità di genere
e generazionale e la
tutela delle persone
con disabilità dopo il
Correttivo al Codice dei
Contratti Pubblici**

**L'accordo di
collaborazione**

**Il nuovo allegato I.01
introdotto dal decreto
legislativo 209/2024**



**“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**

febbraio
2025

Emancipazione

Cosa cerca veramente Trump? Quale risultato crede di ottenere imponendo dazi a Canada, Messico e Cina? Minacciando imposte doganali anche all'Europa? "E' una misura economica, abbiamo un deficit commerciale di quasi 200 miliardi con il Canada. Lo stesso accade con il Messico, un deficit da 250 miliardi. Con le passate amministrazioni, per anni dal Messico e dal Canada sono arrivati milioni di criminali. La Cina produce il fentanyl, che entra attraverso il Canada e attraverso il Messico", ha spiegato il Presidente statunitense in questi giorni.

La storia ha insegnato che le barriere economiche non sono una strategia efficace per recuperare il segno negativo nella bilancia commerciale nei

confronti di altri paesi. La soluzione è illusoria ed effimera. Ha qualche effetto nel breve periodo, che si esaurisce quasi del tutto nel lungo.

L'utilizzo di dazi per contrastare l'ingresso nel paese di criminali e droghe non ha, poi, alcuna motivazione economica. Nulla che si possa risolvere con i dazi. È solo un modo per fare pressione su stati che si reputano poco impegnati nel contrastare tali fenomeni.

"Il presidente statunitense, che in passato ha più volte definito la parola "dazio" una delle più belle del vocabolario, usa questo strumento economico come un'arma negoziale per ottenere vantaggi politici", si leggeva in questi giorni su un'agenzia di Agence France Press.

Lo scenario è ancora tutto incerto. Dopo aver proclamato l'avvio della politica dei dazi, Trump ritratta, li congela per un mese a Messico e Canada e dialoga con la Cina. Perché il retromarcia? Perché il presidente a stelle e strisce ha ottenuto dai paesi confinanti l'impegno a fermare il flusso di criminali e fentanyl. Proprio come si ipotizzava sopra, l'obiettivo non è tanto economico quanto politico.

Sul versante economico, i dazi non risolveranno i problemi degli Stati Uniti, ne provocheranno altri. Se saranno riattivati, gli statunitensi non saranno esenti da conseguenze per via dell'aumento dei prezzi di un paniere molto ampio di prodotti che gli Stati Uniti importano. Ma Trump è convinto che i suoi "sudditi" capiranno. Lo capiranno e lo accetteranno, è certo il tycoon. Chi non può comprenderli e accettarli sono i cittadini di paesi che patiranno questa politica anche se non direttamente coinvolti. Anche l'Italia. Anche se non dovessero arrivare i famigerati dazi per l'eurozona.

L'imposizione di barriere commerciali finirebbe per far diventare sempre più gravoso quadrare il conto delle famiglie e delle imprese.

Il comparto degli appalti pubblici ne resterebbe pienamente coinvolto. A pesare sui conti italiani sarebbero soprattutto i dazi che dovrebbe sopportare la Cina. La seconda economia mondiale, colpita dalle restrizioni americane, per recuperare le minori entrate si troverebbe costretta ad aumentare il prezzo dei prodotti che vende ad altri partner commerciali. In alternativa, se dovesse registrare un calo del traffico commerciale verso gli Stati Uniti potrebbe decidere di ridurre la produzione; anche in questo caso l'esito sarebbe l'aumento dei prezzi.

Quali prodotti stiamo considerando, parlando di lavori pubblici? Uno su tutti? L'acciaio. La nostra industria importa dalla Cina oltre il 50% del fabbisogno di tale materia. L'impatto di un aumento dei prezzi sarebbe notevole. L'acciaio è necessario per il cemento armato. Si pensi di quanto acciaio si ha bisogno per la realizzazione di infrastrutture come strade, ferrovie, ponti, gallerie. Ma anche per l'edilizia pubblica:

scuole, strutture sportive, palazzi sede di enti e istituzioni. Si stima che per costruire un ponte in cemento armato di cinquanta metri di lunghezza e venti di larghezza siano necessari circa 150-200 tonnellate di acciaio. A questi si devono aggiungere il materiale necessario per la realizzazione dei guard rail, anch'essi in acciaio. Gli aumenti di tale materia potrebbero mettere in crisi il settore.

Le imprese si troverebbero a sostenere un costo delle materie prime che non potevano preventivare nell'offerta proposta in sede di gara. Se i dazi contro Pechino dovessero essere confermati, potrebbero finire "sotto attacco" i progetti finanziati con il PNRR. Il danno per l'Italia sarebbe enorme.

Guerra dei dazi. Come in ogni guerra non ci sono vinti e vincitori. Con le guerre perdono tutti. In un mercato globalizzato come quello moderno, le conseguenze di politiche economiche azzardate come quella minacciata dalla Casa Bianca sarebbero avvertite ovunque.

Morale: il nostro paese mostra tutta la sua vulnerabilità di fronte alle oscillazioni del mercato e degli umori di persone di potere in grado di influenzare le sorti dell'economia globale. Che lo faccia per mezzo di Putin o di Trump o di qualsiasi altro detentore di un potere talmente forte, la storia non fa altro che ripeterci che l'Italia deve sapersi difendere e trovare in casa le risorse per emanciparsi dalle superpotenze straniere.

"I dogmi di un passato tranquillo sono inadeguati al presente tempestoso. La situazione è irta di difficoltà, e noi dobbiamo essere all'altezza della situazione. Poiché il nostro caso è nuovo, dobbiamo pensare in modo nuovo e agire in modo nuovo. Dobbiamo emanciparci", ironico che tali parole ci vengano suggerite da Abraham Lincoln, sedicesimo presidente degli Stati Uniti d'America.

sommario

Editoriale

Emancipazione

4

In evidenza

Il nuovo allegato I.01 introdotto dal decreto legislativo 209/2024

7

Sotto la lente

Clausole sociali per la parità di genere e generazionale e la tutela delle persone con disabilità dopo il Correttivo al Codice dei Contratti Pubblici.

15

Il Punto

Il nuovo codice dei contratti tra principio della fiducia e responsabilità erariale

29

La disciplina delle concessioni per lo svolgimento di attività commerciali su aree pubbliche. Vigè il divieto di proroga automatica.

35

Divieto di commistione degli elementi dell'offerta: il caso peculiare dei curricula del gruppo di lavoro tra componente 'tecnica' e componente 'amministrativa' al vaglio del Consiglio di Stato.

43

Sopralluogo non obbligatorio. Ammesso il soccorso istruttorio nel caso di mancanza di delega.

48

L'accordo di collaborazione

55

Pareri & Sentenze

62

A Domanda Rispondiamo

69

In pillole

73

Hanno collaborato a questo numero:

Dott.ssa Barbara Carducci
Responsabile U.O Legale e Contratti presso Roma Metropolitane

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

Avv. Giuseppe Laurieri
Avvocato - Dottorando di ricerca Università Tor Vergata

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

Avv. Ilenia Paziani
Esperta in materia di appalti pubblici

Dott. Antonio Ragazzo
Funzionario dell'Agenzia delle Entrate, Direzione Centrale Logistica e Approvvigionamento - Ufficio Gare per Lavori e Servizi tecnici immobiliari

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

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 nuovo allegato I.01 introdotto dal decreto legislativo 209/2024

di Stefano Usai

IN
EVIDENZA

Premessa

Il decreto legislativo 209/2024, correttivo del codice dei contratti, entrato in vigore il giorno stesso della pubblicazione in G.U (avvenuta il 31 dicembre 2024) si concentra - come si legge nella relazione illustrativa - su 10 argomenti considerati di estrema rilevanza.

Uno di questi "temi" riguarda le tutele lavoristiche.

In questo senso nel documento citato si segnala che *"nel dare attuazione alla disposizione che prescrive l'individuazione nel bando del contratto collettivo nazionale applicabile all'appalto, (ex articolo 11 del Codice), oggetto di intervento, sono state individuate le tutele che si devono considerare ai fini della valutazione e alle modalità di calcolo dell'equipollenza dei contratti collettivi di lavoro"* e questo accade, come si vedrà con l'allegato I.01 (in diverse parti non condiviso dal Consiglio di Stato, in sede di parere specifico, ed adeguato nella redazione finale).

Gli estensori del correttivo, quindi, si spiega hanno *"tenuto conto di come i criteri di equipollenza siano funzionali sia a garantire parità di tutela che ad assicurare il coinvolgimento di operatori economici che non applicano il contratto indicato dalla stazione appaltante, in ossequio alla libertà contrattuale sancita, sul punto, dalla giurisprudenza costituzionale"*.

Semplificando, sotto il profilo pratico/operativo, si può ritenere che oggettivamente il correttivo - tra gli altri interventi - prende in considerazione uno dei momenti di maggior delicatezza/implicazioni nell'assegnazione dell'appalto, soprattutto in caso di utilizzo, evidentemente, di personale per la realizzazione della prestazione (al netto quindi dei casi residuali di forniture senza posa in opera e di prestazioni intellettuali per i quali il problema di applicazione di contratti collettivi e/o di esigenza di assicurare il rispetto dei diritti dei lavoratori non è un "problema" del RUP della stazione appaltante).

1. Le implicazioni sottese alla tutela lavoristica

Nel caso di specie, l'operatore – escluso per la "dimostrata" non equivalenza economico e normativa del contratto proposto – pone la questione all'autorità anticorruzione.

“ Quanto sia rilevante il compito del RUP, in particolare nel caso in cui al contratto richiesto dalla stazione appaltante con la legge di gara, l'operatore economico proponga un diverso contratto emerge anche dalla recente deliberazione dell'ANAC n. 14/2025. ”

Nella delibera si dà atto della certissima analisi compiuta dal RUP e che – come anche si legge nella relazione illustrativa al bando tipo n. 1/2023 – la stazione appaltante “può ritenere sussistente l'equivalenza in caso di scostamenti marginali in un numero limitato di parametri. Sul punto, si evidenzia che la richiamata Circolare dell'INL [Ispettorato Nazionale del Lavoro, Circolare n. 2 del 28.07.2020, N.d.R.] individua un primo elenco di nove istituti sui quali effettuare la verifica di equivalenza dei trattamenti normativi, ritenendo ammissibile lo scostamento limitato ad un solo parametro. Pertanto, considerato che l'elenco su proposto è più ampio, si può ritenere ammissibile, di regola, uno scostamento limitato a soli due parametri”.

È bene annotare che le nuove disposizioni introdotte dal correttivo – citato nella delibera in argomento -, e segnatamente, l'allegato I.01, in realtà si esprimono in modo differente come si dirà a breve.

La conclusione, senza entrare nel dettaglio, è che il RUP ha condotto una analisi ed un confronto chirurgico tra gli aspetti normativi ed economici dei due contratti (quello richiesto e quello proposto dall'operatore).

Più nel dettaglio, si legge nel documento “Il RUP ha ritenuto, pertanto, che sussistesse un rischio concreto che il ribasso offerto dall'istante fosse frutto di un uso strumentale del CCNL ANISA, che garantisce minori tutele economiche e normative rispetto al CCNL ANGAF, e ha descritto in dettaglio le singole voci economiche (monte ore settimanale, maggiorazione per lavoro notturno, indennità di turno) e i singoli istituti normativi (lavoro straordinario, festività soppresse, periodo di prova, periodo di preavviso, permessi retribuiti, previdenza integrativa, sanità integrativa), confrontati e ritenuti peggiorativi, con le valutazioni del consulente del lavoro incaricato dalla SA e illustrate in dettaglio nell'allegata relazione. I chiarimenti dell'istante sono stati considerati «incongruenti, parziali e forvianti» poiché, l'istante, a fronte dell'indicazione di un costo medio orario del lavoro di euro 17,44 nell'offerta economica, nei chiarimenti forniti in sede di verifica della congruità dell'offerta, ha indicato un costo orario €/h pari a 15,27 e un (CCNL Sorveglianza ANISA– Livello D) e non euro 17,44, mentre il costo orario medio con l'opzione di lavoro H24 è pari a euro 16,79, valore che è diverso dall'importo di Euro 25,33 indicato dalla SA negli atti di gara”.

“ Si tratta, pertanto, come anche si riconosce nella relazione illustrativa al bando tipo n. 1/2023, di uno dei compiti più delicati del responsabile unico e quindi, si può premettere che la modifica apportata con il correttivo colga nel segno. ”

Sempre nella relazione illustrativa al nuovo decreto legislativo, infatti, si rileva che “le modifiche proposte (nda con il correttivo) sono finalizzate ad assicurare una **uniforme svolgimento delle prassi operate dalle stazioni appaltanti ai fini dell'individuazione del contratto di lavoro applicabile in sede di redazione dei bandi/inviti**, nonché

una semplificazione del quadro normativo e delle modalità di calcolo dell'equipollenza a favore degli operatori economici ai fini della partecipazione ad una procedura di evidenza pubblica".

2. La necessità di assicurare ampie tutele lavoristiche

Come già confermato anche da ripetuti pareri del MIT e dalla stessa ANAC – ma come anche emerge nell'espletamento dell'affidamento diretto sul MEPA -, la questione dell'applicazione del contratto collettivo corretto e della "tutela" dei lavoratori emerge anche in relazione a questo procedimento.

Ora in maniera più chiara stante il nuovo dettato del comma 2 dell'articolo 11 sostituito dal correttivo.

Il comma in parola – che prima della modifica si limitava a richiamare la necessità che il bando e le lettere di invito (e quindi nella gara classica e nella procedura negoziata) contenessero l'indicazione "contratto collettivo applicabile al personale dipendente impiegato nell'appalto o nella concessione" ora si esige tale indicazione anche nell'unico atto amministrativo che (secondo il codice) riguarda l'affidamento diretto.

Nel nuovo comma, infatti, dal 31 dicembre 2024 si dispone che "Nei documenti iniziali di gara e nella decisione di contrarre di cui all'articolo 17, comma 2 le stazioni appaltanti e gli enti concedenti indicano il contratto collettivo applicabile al personale dipendente impiegato nell'attività oggetto dell'appalto o della concessione svolta dall'impresa anche in maniera prevalente, in conformità al comma 1 e all'allegato I.01."

Viene definitivamente chiarita, pertanto, la problematica – in realtà inesistente – della applicabilità o meno delle tutele lavoristiche anche agli affidamenti diretti. Anche in questo caso, quindi, il RUP deve aver ben presente/chiaro che contratto deve essere applicato e chiarire, fin dalle fasi negoziali/istruttori, quale

trattamento economico e normativo deve essere applicato al personale impiegato nell'esecuzione della commessa.

La particolarità della redazione della nuova norma, quindi, conferma la differenza sostanziale tra le procedure di aggiudicazione e l'affidamento diretto (che non è una procedura di selezione).

Differenza che si esprime nel richiamo, da un lato, agli atti iniziali della gara che l'affidamento diretto, appunto, non ha. Non a caso si richiama la decisione di affidamento che si colloca a valle del procedimento amministrativo correlato.

“ Come detto, si può ritenere la modifica, oggettivamente, anche superflua visto che nell'affidamento diretto sulle PAD, prima di conseguire il CIG viene richiesto il contratto applicabile/applicato. ”

3. Le modifiche all'articolo 11 del codice

Analizzando le modifiche di maggior rilievo, l'articolo 2 del correttivo introduce nell'articolo 11 anche un comma 2-bis in cui si precisa che "In presenza di prestazioni scorporabili, secondarie, accessorie o sussidiarie, qualora le relative attività siano differenti da quelle prevalenti oggetto dell'appalto o della concessione e si riferiscano, per una soglia pari o superiore al 30 per cento, alla medesima categoria omogenea di attività, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti indicano altresì nei documenti di cui al comma 2 il contratto collettivo nazionale e territoriale di lavoro 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, applicabile al personale impiegato in tali prestazioni".

Pertanto, la tutela lavoristica si amplia/estende ad ogni tipo di prestazione – pur nella percentuale indicata – diversa da quella principale con l'applicazione dei contratti di riferimento.

Il correttivo apporta, quindi, anche adeguamenti anche al comma 3 dell'articolo 11 per il richiamo aggiunto al comma 2-bis.

Si deve rammentare che il comma 3 dell'articolo 11 è probabilmente uno degli articoli di maggior rilievo sul tema visto che precisa che l'operatore economico può presentare un proprio contratto collettivo differente da quello indicato dalla stazione appaltante nella legge di gara **"purché garantisca ai dipendenti le stesse tutele di quello indicato dalla stazione appaltante o dall'ente concedente"**.

In conclusione, si apporta una modifica al comma 4 dell'articolo 11 del Codice volta a precisare che, qualora l'operatore economico individuato durante la procedura di gara presenti alla stazione appaltante o all'ente concedente la dichiarazione di equivalenza – da presentarsi, se necessaria fin dalla presentazione della domanda/offerta di gara - delle tutele, quest'ultima deve essere verificata con le modalità di cui all'articolo 110, e in conformità con le nuove disposizioni di cui all'Allegato I.01

4. L'allegato I.01

Nella relazione illustrativa al correttivo si segnala l'inserimento, nel testo, di un nuovo Allegato I.01, contenente concrete disposizioni per orientare l'operato delle stazioni appaltanti sia rispetto al contratto da individuare nel bando/invito (e nella decisione di affidamento diretto), tenuto conto dell'oggetto dell'appalto, sia rispetto alla verifica di equipollenza dei contratti.

In particolare, si legge nella relazione "si è inteso introdurre dei meccanismi automatici per la valutazione di equipollenza tra i contratti sottoscritti dalle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative, alla luce dei principali indici normativi ed economici rivelatori di tale sostanziale equivalenza.

E' stata poi prevista una disciplina diversificata tra il settore dei lavori e quello dei servizi e forniture: per il primo è stata introdotta una presunzione di equipollenza tra i contratti collettivi sottoscritti dalle organizzazioni maggiormente rappresentative nei quattro settori ATECO applicati nel settore delle costruzioni; per il secondo settore sono stati introdotti dei criteri per il calcolo dell'equipollenza secondo una logica "compensativa" tra le differenti tutele normative previste nei diversi contratti".

Ancora si puntualizza come sia stato necessario "evidenziare che il contenuto dell'Allegato I.01 recepisce, fra l'altro, anche gli orientamenti giurisprudenziali in materia.

Sul punto, si richiama il divieto di prevedere quale requisito di partecipazione l'applicazione di un determinato contratto collettivo (cfr. Consiglio di Stato, sentenza del 18 dicembre 2023 n. 10886); resta fermo che, in sede di verifica della dichiarazione di equivalenza, la stazione appaltante o l'ente concedente sono tenute ad accertare che il costo del personale non sia inferiore ai minimi salariali retributivi (TAR Campania, sede di Napoli, sentenza del 7 novembre 2023, n. 6128)".

L'allegato, pertanto, si pone o dovrebbe costituire uno degli strumenti di maggior rilevanza per il RUP in relazione ad uno dei compiti più delicati (ed evidentemente forieri di contenzioso) – come anche rilevato dall'ANAC nella relazione illustrativa del bando tipo n. 1/2023 -, circa la corretta applicazione, in generale, delle tutele lavoristiche.

5. Il contenuto del nuovo allegato (per i controlli del RUP)

La relazione illustrativa prosegue precisando che tra le modifiche – in tema di tutele lavoristiche - viene introdotto il nuovo allegato I.01 **"contenente concrete disposizioni per orientare l'operato delle stazioni appaltanti (nda leggasi RUP) sia rispetto al contratto da individuare nel bando/invito, tenuto conto dell'oggetto dell'appalto, sia rispetto alla verifica di equipollenza dei contratti"**.

In questo modo, l'estensore ha inteso introdurre – modificando tra l'altro il contenuto dell'allegato previsto nello schema dopo i rilievi del Consiglio di Stato espressi nel parere n. 1463/2024 – dei meccanismi automatici per la valutazione di equipollenza tra i contratti sottoscritti dalle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative, alla luce dei principali indici normativi ed economici rivelatori di tale sostanziale equivalenza.

Altro aspetto non irrilevante – sempre dal "lato" del RUP –, è che l'allegato recepisce gli orientamenti giurisprudenziali in materia ed in specie, come si rileva/annota nella relazione illustrativa:

- il divieto di prevedere quale requisito di partecipazione l'applicazione di un determinato contratto collettivo (cfr. Consiglio di Stato, sentenza del 18 dicembre 2023 n. 10886);
- il fatto che, in sede di verifica della dichiarazione di equivalenza, la stazione appaltante o l'ente concedente sono tenute ad accertare che il costo del personale non sia inferiore ai minimi salariali retributivi (TAR Campania, sede di Napoli, sentenza del 7 novembre 2023, n. 6128)".

L'allegato in argomento viene previsto con l'articolo 73 del correttivo. La particolarità, solo formale, è che l'estensore ha scelto di introdurre un allegato I.01 destinato a precedere, quindi, anche l'allegato I.1 che è dedicato alle definizioni dei riferimenti codicistico.

Sarebbe stato opportuno, probabilmente, introdurre un allegato bis in modo da armonizzare meglio i vari documenti.

L'articolo 1 dell'allegato – relativo all'ambito di applicazione – viene modificato rispetto allo schema con la previsione di un nuovo primo periodo (e l'iniziale comma, dello schema, diventa il secondo periodo).

Con l'articolo 1 si premette che il nuovo documento è destinato a

disciplinare "i criteri e le modalità per l'individuazione, nei bandi, negli inviti e nella decisione di contrarre" relativa all'affidamento diretto – come anche suggerito dal Consiglio di Stato con il parere 1463/2024, di individuazione "del contratto collettivo nazionale e territoriale da applicare al personale impiegato nei lavori, servizi e forniture oggetto di appalti pubblici e concessioni, 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 di cui all'articolo 11, commi 1 e 2, nonché per la presentazione e verifica della dichiarazione di equivalenza delle tutele ai sensi dell'articolo 11, comma 4".

Il secondo periodo spiega che l'allegato disciplina anche i criteri e le modalità che consentono l'individuazione dei contratti collettivi ai sensi del nuovo comma 2-bis (relativo alle prestazioni scorporabili dell'articolo 11 "nonché per la presentazione e verifica della relativa dichiarazione di equivalenza delle tutele ai sensi dell'articolo 11, comma 4").

A più riprese, evidentemente, si chiarisce che l'allegato ha in sostanza due obiettivi:

- **costituire ausilio al RUP per l'individuazione del contratto collettivo da applicare/richiedere e prevedere nella legge di gara e nella decisione di affidamento (per l'affidamento diretto);**
- **costituire ausilio al RUP per le verifiche delle equipollenze (e quindi per la verifica della dichiarazione di equipollenza) come "certificate" dall'operatore economico che dichiara di voler applicare un diverso contratto rispetto a quello richiesto dal RUP.**

La complessità dell'attività istruttoria, del RUP, per individuare il contratto da applicare emerge chiaramente dall'articolo 2 dell'allegato (rubricato "Identificazione del contratto collettivo applicabile").

Il responsabile unico deve valutare la "stretta connessione dell'ambito di applicazione del contratto all'attività oggetto dell'appalto o della concessione, da eseguire anche in maniera prevalente". Occorre, pertanto, "certificare (dagli atti di lavoro del RUP) questa precisa contiguità/aderenza tra attività necessarie per le prestazioni ed il contratto collettivo che meglio tutela le prerogative (normative ed economiche) del personale impiegato.

Più nel dettaglio, l'articolo stabilisce che il contratto collettivo applicabile è individuato previa valutazione/verifica:

a) della stretta connessione dell'ambito di applicazione del contratto collettivo rispetto alle prestazioni oggetto dell'appalto o della concessione, da eseguire anche in maniera prevalente, ai sensi del comma 2;

Circa questa verifica, poi, il comma 2 (richiamato) spiega che i RUP (la previsione richiama in modo asettico "le stazioni appaltanti o gli enti concedenti", sono tenuti ad indentificare "l'attività da eseguire mediante indicazione nei bandi, negli inviti e nella decisione di contrarre di cui all'articolo 17, comma 2, del codice del 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 nei medesimi bandi, inviti e decisione di contrarre".

Non solo, sempre in base a questo comma 2, i RUP "individuano l'ambito di applicazione del contratto collettivo di lavoro in relazione **ai sotto settori** con cui sono 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". Un rinvio, pertanto, a "documentazione" ufficiale.

6. Il criterio della maggiore rappresentatività (del contratto da applicare)

Altro aspetto che deve considerare/valutare il RUP nell'attività istruttoria (che può essere delegata anche ad un collaboratore/responsabile di fase sempre sotto la responsabilità del responsabile unico) finalizzata alla individuazione del carattere (sia consentito) "collettivo" del contratto è quello della verifica "del criterio della maggiore rappresentatività comparativa sul piano nazionale delle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro, ai sensi del comma 3. Il comma 3 spiega che "Nell'ambito dei contratti collettivi di lavoro coerenti con il requisito di cui al comma 1, lettera a), ai fini di cui al medesimo comma 1, lettera b), le stazioni appaltanti o gli enti concedenti:

- a) fanno riferimento ai contratti collettivi nazionali di lavoro stipulati tra le associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente **più rappresentative a livello nazionale** presi a riferimento dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali nella redazione delle tabelle per la determinazione del costo medio del lavoro, adottate ai sensi dell'articolo 41, comma 13;
- b) in assenza delle tabelle per la determinazione del costo medio del lavoro, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti **richiedono al Ministero del lavoro e delle politiche sociali di indicare**, sulla base delle informazioni disponibili, il contratto collettivo di lavoro stipulato tra le associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative a livello nazionale applicabile alle prestazioni oggetto dell'appalto o della concessione".

7. Il RUP non può introdurre cause di esclusione relative al contratto collettivo (da applicare)

Il comma 4 dell'articolo 2 - dell'allegato in commento - rimarca (secondo anche l'orientamento giurisprudenziale) che il RUP

non può pretendere l'applicazione di un dato contratto a pena di esclusione.

Il successivo articolo 3 si sofferma sull'aspetto cardine della problematica ovvero sulla questione della presunzione di equivalenza, mentre l'articolo 4 precisa su quali aspetti/circostanze/elementi dovrà fondarsi/concentrarsi il controllo del RUP.

“ **Controllo/verifica, come detto, finalizzato a confermare e/o a sconfessare l'equivalenza dichiarata dell'operatore economico che propone un contratto collettivo alternativo rispetto a quella richiesta dal RUP nella legge di gara.** ”

Venendo all'analisi, l'articolo 3 - primo comma - prevede che ai fini della dichiarazione di "equivalenza" e della conseguente sua verifica, si considerano **presuntivamente** equivalenti le tutele garantite da contratti collettivi nazionali e territoriali di lavoro, sottoscritti dalle medesime organizzazioni sindacali (nda del contratto, evidentemente, richiesto dal RUP) con organizzazioni datoriali diverse in base alla dimensione o alla natura giuridica delle imprese, a condizione che ai lavoratori dell'operatore economico sia applicato il contratto collettivo di lavoro corrispondente alla dimensione o alla natura giuridica dell'impresa.

Il secondo periodo viene dedicato ai contratti del settore edilizia con la puntualizzazione secondo cui *"si considerano equivalenti, nei limiti di quanto previsto dal comma 1, i contratti collettivi nazionali di lavoro classificati mediante codice unico alfanumerico CNEL/INPES F012, F015, F018"*.

8. Le verifiche sulla dichiarazione di equivalenza

L'articolo 4 - con i commi 2 e 3 - spiega che il

RUP (e gli operatori che intendessero proporre un contratto differente da quello richiesto) è tenuto a verificare il rispetto delle prerogative economiche e normative del contratto alternativo proposto dall'operatore economico (anche attraverso il procedimento di verifica di cui all'articolo 110 del codice).

I commi richiamati - come già fatto dalla relazione tecnica che accompagna il bando tipo ANAC n. 1/2023 ma ora in modo diverso per gli elementi richiamati a differenza di quanto inizialmente previsto nello schema di correttivo - elencano le prerogative, rispettivamente, "economiche" e quelle "normative" che occorre salvaguardare.

Nel dettaglio, il comma 2 prevede che la valutazione di equivalenza economica dei contratti **è effettuata** in relazione alle componenti fisse della retribuzione globale annua, costituite dalle seguenti voci:

- a) retribuzione tabellare annuale;
- b) indennità di contingenza;
- c) elemento distinto della retribuzione (EDR);
- d) eventuali mensilità aggiuntive
- e) eventuali ulteriori indennità previste.

L'equivalenza, spiega il successivo comma 4, si certifica *"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"*.

“ **Il comma 3, sempre dell'articolo 4, come anticipato, richiama le prerogative normative che devono essere assicurate.** ”

Da notare che il passo appena riportato non richiama la decisione di affidamento dell'affidamento diretto (che deve riportare il contratto collettivo da applicare) visto che, probabilmente, il richiamo al contratto dovrebbe valere anche come "certificazione" della congruità.

Nel dettaglio la disposizione prevede che "la valutazione di equivalenza delle tutele normative è effettuata sulla base dei seguenti parametri:

- a) disciplina concernente il lavoro supplementare;
- b) clausole relative al lavoro a tempo parziale;
- c) disciplina del lavoro straordinario, con particolare riferimento ai limiti massimi;
- d) disciplina compensativa relativa alle festività soppresse;
- e) durata del periodo di prova;
- f) durata del periodo di preavviso;
- g) durata del periodo di comporto in caso di malattia e infortunio;
- h) disciplina dei casi di malattia e infortunio, con particolare riferimento al riconoscimento di eventuali integrazioni delle relative indennità;
- i) disciplina relativa alla maternità e alle indennità previste per l'astensione obbligatoria e facoltativa dei genitori;
- l) monte ore di permessi retribuiti;
- m) disciplina relativa alla bilateralità;
- n) obblighi di denuncia agli enti previdenziali, inclusa la Cassa edile, assicurativi e antinfortunistici, inclusa la formazione in materia di salute e sicurezza sul lavoro, anche con riferimento alla formazione di primo ingresso e all'aggiornamento periodico;
- o) previdenza integrativa;
- p) sanità integrativa".

In questo caso, il RUP potrà confermare la congruità se gli scostamenti, rispetto ai parametri sono solo "marginali". L'uso dell'aggettivo, piuttosto che di riferimenti certi, creerà inevitabilmente più di una difficoltà e, sul punto, occorrerà, molto probabilmente attende la prima giurisprudenza in materia e/o l'intervento dell'ANAC.

Non a caso, il successivo comma 5 rinvia a future linee guida del Ministero del Lavoro e delle politiche sociali (di concerto con il MIT) – da adottare entro 90 giorni dal 31 dicembre 2024 "per la determinazione delle modalità di attestazione dell'equivalenza delle tutele di cui al comma 4 e per la valutazione degli scostamenti

che, in ragione anche del numero di parametri interessati, possono essere considerati marginali dalle stazioni appaltanti ed enti concedenti ai sensi del medesimo comma 4".

L'articolo 5, che chiude l'allegato, (rubricato "Verifica della dichiarazione di equivalenza") impone – al primo comma (come annotato sopra) – l'obbligo per l'operatore economico di produrre la dichiarazione di equivalenza già con la domanda di gara (si tratta probabilmente di una richiesta amministrativa e quindi soggetta a soccorso istruttorio integrativo ai sensi dell'articolo 101 qualora non venisse subito allegata) e, in ogni caso (comma 2) in coerenza con il principio generale si sottolinea che "prima di procedere all'affidamento o all'aggiudicazione, la stazione appaltante o l'ente concedente verifica la dichiarazione di equivalenza presentata dall'operatore economico individuato".

Clausole sociali per la parità di genere e generazionale e la tutela delle persone con disabilità dopo il Correttivo al Codice dei Contratti Pubblici

di Ilenia Paziani

SOTTO
LA
LENTE

Introduzione

Con D.lgs. n. 209 del 31 dicembre 2024 è stato approvato il c.d. "Correttivo" al nuovo Codice dei Contratti Pubblici (D.lgs. n. 36/2023), tra le novità troviamo anche un aggiornamento dell'articolo 57 dedicato alle clausole sociali.

In particolare, il Correttivo ha innovato la rubrica dell'articolo 57, riscritto il comma 1 ed inserito un riferimento diretto all'Allegato II.3 con il nuovo comma 2-bis.

L'obiettivo della norma, fin dalla sua prima stesura, è quello di introdurre nei bandi e negli avvisi specifiche clausole sociali richieste come requisiti necessari dell'offerta concernenti:

- la stabilità occupazionale;
- la parità di genere e generazionale;
- l'inclusione lavorativa di persone con disabilità o svantaggiate;
- l'applicazione contratti collettivi nazionali;
- l'applicazione dei CAM (Criteri Ambientali Minimi).

Per quanto riguarda il suo ambito di applicazione, la norma fa esplicito riferimento agli **appalti di lavori e servizi**, sembra dunque non trovare applicazione con riferimento alle mere forniture; la *ratio* sembra essere infatti quella di tutelare maggiormente gli appalti che per loro natura impiegano manodopera.

Le modifiche all'articolo 57, che andremo di seguito ad analizzare, sono orientate a fornire una disciplina organica dei criteri e delle metodologie che le Stazioni Appaltanti devono rispettare per la redazione della legge di gara, il risultato, come si vedrà meglio di seguito, è una armonizzazione della disciplina generale applicabile a tutti gli appalti di lavori e servizi con quella prevista in maniera specifica per gli appalti finanziati in tutto o in parte con i fondi PNRR e PNC.

L'effetto di queste modifiche è inoltre quello di attuare in maniera più concreta quanto già previsto dalla legge di delega (legge 21 giugno 2022, n. 78) al Governo per l'adozione del nuovo Codice, la quale all'articolo 1 lett. h) stabiliva la

“(…) **previsione dell’obbligo per le stazioni appaltanti di inserire, nei bandi di gara, avvisi e inviti, tenuto conto della tipologia di intervento, in particolare ove riguardi beni culturali, e nel rispetto dei principi dell’Unione europea, specifiche clausole sociali con le quali sono indicati, come requisiti necessari dell’offerta, criteri orientati tra l’altro a:**

1. *garantire la stabilità occupazionale del personale impiegato;*
2. *garantire l’applicazione dei contratti collettivi nazionali e territoriali di settore, tenendo conto, in relazione all’oggetto dell’appalto e alle prestazioni da eseguire anche in maniera prevalente, di quelli stipulati dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, nonché’ garantire le stesse tutele economiche e normative per i lavoratori in subappalto rispetto ai dipendenti dell’appaltatore e contro il lavoro irregolare;*
3. **promuovere meccanismi e strumenti anche di premialità per realizzare le pari opportunità generazionali, di genere e di inclusione lavorativa per le persone con disabilità o svantaggiate**”.

Il Correttivo al Codice ha dunque introdotto importanti novità in merito alla tutela della parità di genere e generazionale nei contratti pubblici che danno piena attuazione all’originario obiettivo dettato dalla legge delega e che era rimasto in parte inattuato nella prima versione del Codice.

1. Il nuovo articolo 57 del Codice dei Contratti Pubblici alla luce del Correttivo (D.lgs. n. 209 del 31 dicembre 2024).

Innanzitutto, l’articolo 21 del Correttivo ha modificato la rubrica dell’articolo 57 che è stata aggiornata in **“Clausole sociali dei bandi di gara, degli avvisi e degli inviti e criteri di sostenibilità energetica e ambientale”**, tale

modifica costituisce un coordinamento rispetto al comma 1 (anch’esso riscritto, ma senza una sostanziale modifica del contenuto) che prevede (e prevedeva già nella precedente versione) che le suddette clausole devono essere previste anche negli inviti e non solo nei bandi e negli avvisi.

Articolo 57: Le stazioni appaltanti inseriscono nei bandi, negli avvisi e negli inviti specifiche clausole sociali come requisiti necessari dell’offerta volte a garantire le pari opportunità generazionali, di genere e di inclusione lavorativa per le persone con disabilità o svantaggiate, la stabilità occupazionale del personale impiegato, tenuto conto della tipologia di intervento, con particolare riferimento al settore dei beni culturali e del paesaggio e l’applicazione dei CCNL

Il nuovo comma 1 stabilisce che **“1. Per gli affidamenti dei contratti di appalto di lavori e servizi diversi da quelli aventi natura intellettuale e per i contratti di concessione, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti inseriscono nei bandi di gara, negli avvisi e inviti, nel rispetto dei principi dell’Unione europea, specifiche clausole sociali con le quali sono richieste, come requisiti necessari dell’offerta, misure orientate tra l’altro a:**

- a) **garantire le pari opportunità generazionali, di genere e di inclusione lavorativa per le persone con disabilità o svantaggiate, la stabilità occupazionale del personale impiegato, tenuto conto della tipologia di intervento, con particolare riferimento al settore dei beni culturali e del paesaggio;**
- b) **garantire l’applicazione dei contratti collettivi nazionali e territoriali di settore, in conformità con l’articolo 11”.**

La norma risulta più chiara nell’individuazione del campo di applicazione delle clausole, le quali sono applicabili a tutti gli appalti di lavori e servizi (non solo a quelli relativi al settore dei beni culturali e del paesaggio) e nell’obbligatorietà della previsione di tali

clausole che devono dunque essere individuate come requisiti necessari, e quindi a pena di esclusione, dell'offerta.

Tale lettura era comunque già evincibile dalla precedente formulazione¹, la vera novità introdotta dal Correttivo è infatti ravvisabile nel nuovo comma 2-bis.

2. Il nuovo comma 2-bis: il rinvio all'Allegato II.3.

Il comma 2-bis dell'articolo 57 contiene un rinvio all'Allegato II.3 per **l'individuazione dei meccanismi e strumenti premiali per realizzare le pari opportunità generazionali e di genere e per promuovere l'inclusione lavorativa delle persone con disabilità o svantaggiate.**

Prima di analizzare nel dettaglio l'Allegato occorre precisare che la versione oggi in vigore è stata integrata dalle linee guida ministeriali adottate con DPR 20 giugno 2023.

Il comma 8 dell'articolo 1 dell'Allegato II.3 rinvia infatti alle linee guida ministeriali per la definizione di *"modalità e criteri applicativi delle misure previste dal presente articolo, indicate le misure premiali e predisposti modelli di clausole da inserire nei bandi di gara differenziati per settore, tipologia e natura del contratto o del progetto"*.

Occorre fin da ora precisare che, nelle linee guida (che inizialmente avrebbero dovuto sostituire integralmente l'Allegato) si trovano riferimenti ai contratti riservati, in quanto, come anticipato, prima del Correttivo, solo l'articolo

61 del Codice le richiamava espressamente (insieme all'Allegato II.3).

Ebbene, il Correttivo ha sia previsto il rinvio esplicito all'Allegato (e quindi alle linee guida in esso citate) con il comma 2-bis dell'articolo 57, sia abrogato il comma 5 dell'articolo 61 secondo cui le linee guida avrebbero abrogato e sostituito l'Allegato II.3.

Ne consegue che ad oggi l'Allegato II.3 così come integrato dalle linee guida ha lo stesso ambito di applicazione dell'articolo 57 e quindi trova applicazione per tutti gli appalti di lavori e servizi.

Fatta questa doverosa premessa, volta a fugare ogni dubbio sull'applicabilità dell'Allegato II.3 a tutti gli appalti di lavori e servizi (diversi da quelli di natura intellettuale), se ne analizza di seguito il contenuto.

a) Clausole da inserire come requisiti necessari dell'offerta e le conseguenze della loro violazione

Come emergerà dall'analisi nel dettaglio l'Allegato II.3, quanto ivi previsto può risultare familiare, ed infatti costituisce di fatto la trasfusione di numerose disposizioni contenute nell'art. 47 del decreto-legge 31 maggio 2021, n. 77 (DL Semplificazioni bis), concernenti la previsione di meccanismi e strumenti premiali per realizzare le pari opportunità generazionali e di genere e per promuovere l'inclusione lavorativa delle persone disabili nell'ambito degli appalti finanziati con fondi PNRR e PNC.

In primo luogo, l'articolo 1, al comma 1² stabilisce che gli operatori economici con più di

1. Versione originaria dell'articolo 57, d.lgs. n.36/2023: "Per gli affidamenti dei contratti di appalto di lavori e servizi diversi da quelli aventi natura intellettuale e per i contratti di concessione i bandi di gara, gli avvisi e gli inviti, tenuto conto della tipologia di intervento, in particolare ove riguardi il settore dei beni culturali e del paesaggio, e nel rispetto dei principi dell'Unione Europea, devono contenere specifiche clausole sociali con le quali sono richieste, come requisiti necessari dell'offerta, misure orientate tra l'altro a garantire le pari opportunità generazionali, di genere e di inclusione lavorativa per le persone con disabilità o svantaggiate, la stabilità occupazionale del personale impiegato(...)".

2. D'ora in avanti ci si riferisce ai commi e agli articoli dell'Allegato II.3, ove non indicato diversamente.

50 dipendenti, e cioè quelli tenuti alla redazione del rapporto sulla situazione del personale ai sensi dell'articolo 46 del d.lgs. n. 198/2016 (Codice delle pari opportunità), devono produrre in sede di partecipazione **a pena di esclusione** l'ultimo rapporto redatto sulla situazione del personale, recante l'attestazione dell'avvenuta trasmissione alle rappresentanze sindacali aziendali e ai consiglieri regionali di parità.

Gli operatori economici con più di 50 dipendenti devono produrre in sede di gara a pena di esclusione l'ultimo rapporto sulla situazione del personale

I commi 2 e 3 si riferiscono invece ai soggetti diversi da quelli di cui al primo comma e quindi agli operatori economici con più di 15 dipendenti, ma meno di 50.

Tali operatori economici sono innanzitutto tenuti alla consegna alla Stazione Appaltante, entro sei mesi dalla conclusione del contratto, di una relazione di genere sulla situazione del personale maschile e femminile in ognuna delle professioni e in relazione allo stato di assunzioni, della formazione, della promozione professionale, dei libelli, dei passaggi di categoria o qualifica, di altri fenomeni di mobilità dell'intervento della Cassa integrazione guadagni, dei licenziamenti, dei prepensionamenti e dei pensionamenti, della retribuzione effettivamente corrisposta (comma 2).

Gli operatori economici con più di 15 e meno di 50 dipendenti devono produrre, entro sei mesi dalla conclusione del contratto, l'ultima relazione di genere sulla situazione del personale. In caso di inadempimento si applicano le penali previste dal contratto e l'interdizione per 12 mesi dell'impresa inadempiente dalla partecipazione a gare pubbliche.

I medesimi operatori economici sono inoltre tenuti alla produzione, entro sei mesi dalla conclusione del contratto, della certificazione di regolare assunzione di persone con disabilità (ex art. 17 legge 12 marzo 1999 n. 68) e della relativa relazione (comma 3).

Gli operatori economici con più di 15 e meno

di 50 dipendenti devono produrre, entro sei mesi dalla conclusione del contratto, la certificazione di regolare assunzione di persone con disabilità (ex art. 17 legge 12 marzo 1999 n. 68) e della relativa relazione. In caso di inadempimento si applicano le penali previste dal contratto.

Il comma 6 individua che, in caso di mancato rispetto dei suddetti obblighi di consegna è prevista l'applicazione di penali per l'inadempimento dell'appaltatore commisurate alla gravità della violazione e proporzionali rispetto all'importo o alle prestazioni del contratto.

Solamente nel caso in cui non venga consegnata alla Stazione Appaltante la relazione sulla situazione del personale di cui al comma 2, vi è una ulteriore importante sanzione consistente **nell'interdizione per 12 mesi dell'impresa inadempiente dalla partecipazione a gare pubbliche.**

Stante la gravità delle conseguenze dell'inadempimento occorre inoltre precisare che l'interdizione deriva non dalla tardiva trasmissione della relazione alle rappresentanze sindacali e ai consiglieri regionali di parità, bensì dalla mancata consegna dell'ultima relazione alla Stazione Appaltante (come già chiarito per gli appalti PNRR).

In altri termini, se l'operatore economico invia la relazione (o il rapporto per gli operatori economici con più di 50 dipendenti) oltre il termine previsto dal Codice delle pari opportunità ciò non comporterà automaticamente l'esclusione dalla gara o l'applicazione di penali (o l'interdizione per 12 mesi), tali conseguenze si verificheranno solamente nel caso, in cui nei termini indicati dall'articolo 1, la relazione o il rapporto non saranno consegnati alla Stazione Appaltante.

Il comma 4 prevede inoltre tra i requisiti necessari dell'offerta il rispetto degli obblighi di cui alla legge 12 marzo 1999 n. 68 concernente l'aver assolto agli obblighi di assunzione di persone con disabilità o svantaggiate, anche in questo caso, trattandosi di requisito necessario, la violazione comporta **l'esclusione dalla gara** dell'operatore economico inadempiente.

Le linee guida ministeriali precisano che tali requisiti necessari dell'offerta sono applicabili agli operatori economici partecipanti alla procedura di gara **pur in mancanza di una espressa previsione nel bando**.

Proprio per tale ragione e per garantire la certezza dei rapporti giuridici, il Ministero esorta le amministrazioni a prevederle espressamente nella documentazione di gara.

Pertanto, al fine di agevolare l'attività delle stazioni appaltanti il Ministero ha riportato dei modelli di clausole relative ai requisiti necessari da inserire nei documenti di gara (cfr. pag. 11 linee guida ministeriali).

Il comma 4 tra i requisiti necessari dell'offerta prevede anche l'obbligo di previsione di clausole e criteri volti a garantire parità di genere e generazionale, in particolare è prevista l'assunzione dell'impegno ad assicurare, in caso di aggiudicazione, almeno una quota pari al 30 % delle nuove assunzioni necessarie per l'esecuzione del contratto tra donne e giovani (under36).

L'operatore economico assume in sede di gara l'impegno di riservare una quota pari al 30% delle nuove assunzioni che si renderanno necessarie per l'esecuzione del contratto in favore di donne e giovani (under 36). L'assunzione di tale obbligo costituisce requisito necessario dell'offerta e quindi a pena di esclusione dalla gara.

Sul punto vale la pena chiarire che costituisce requisito necessario, e quindi previsto a pena di esclusione dalla gara, **l'assunzione dell'impegno in sede di partecipazione da parte dell'operatore economico**.

Da tale impegno non discende l'obbligo di assumere in ogni caso il 30% di donne e giovani, ma esclusivamente, nel caso in cui nel corso dell'esecuzione del contratto si renda necessaria l'assunzione di nuovo personale dipendente, **l'obbligo di riservare una quota pari al 30%** delle nuove assunzioni in favore di donne e giovani.

A fronte di quanto previsto dal comma 6, il quale contiene un rinvio anche al comma 4, si può agevolmente dedurre che, qualora in sede di esecuzione l'operatore economico non abbia rispettato la quota riservata di nuove assunzioni, possa essere destinatario di penali per mancato adempimento.

Riepilogando, dunque, costituiscono **requisiti necessari** dell'offerta previsti **a pena di esclusione**:

- 1) Per gli operatori economici con più di 50 dipendenti: **la consegna in sede di gara del Rapporto situazione del personale** (di cui all'articolo 46 del D.lgs. n. 198/2006);
- 2) Per i soggetti a cui si applica l'obbligo ex lege n.68/1999: di **essere in regola con assunzioni di persone disabili e svantaggiate**;
- 3) Per tutti gli operatori economici: **l'assunzione dell'impegno a riservare una quota** (di regola del 30%) **delle nuove assunzioni destinate ad eseguire il contratto in favore di donne e giovani** (under 36).

Costituiscono invece clausole che devono essere inserite nella legge di gara, che non comportano l'esclusione automatica, ma **l'applicazione di penali**, nonché (solo per il punto 1) **l'interdizione per 12 mesi dalla partecipazione a gare pubbliche**:

- 1) Per gli operatori economici con più di 15 dipendenti, ma meno di 50: **la consegna alla Stazione Appaltante**, entro sei mesi dalla conclusione del contratto, di una **relazione di genere sulla situazione del personale**;
- 2) Per gli operatori economici con più di 15 dipendenti, ma meno di 50: **la produzione alla Stazione Appaltante**, entro sei mesi dalla conclusione del contratto, **della certificazione di regolare assunzione di persone con disabilità** (ex art. 17 legge 12 marzo 1999 n. 68) e della relativa relazione (comma 3).

b) Le possibilità di deroga

Chiarita la portata dei nuovi adempimenti, ci si concentra ora sulle possibilità di deroga ammesse dalla normativa.

In particolare, mentre nessuna deroga può essere invocata per la consegna del rapporto sulla situazione del personale (o della relazione) e per il rispetto degli obblighi di assunzione di persone con disabilità o svantaggiate, il comma 7 consente alle Stazioni Appaltanti di derogare all'inserimento nella legge di gara dell'impegno dell'operatore economico a riservare una quota pari al 30% delle nuove assunzioni destinate ad eseguire il contratto, in favore di donne e giovani (under 36).

La stessa deroga può essere invocata anche per l'inserimento delle clausole premiali (vedi *infra* par. d). È prevista la possibilità di derogare sia parzialmente che totalmente.

In altri termini, la Stazione Appaltante può decidere di non inserire *tout court* l'assunzione di tale impegno nella *lex specialis*, ovvero di chiedere l'impegno a riservare una quota per una percentuale più bassa.

In entrambi i casi, tale deroga può operare esclusivamente **“dandone adeguata e specifica motivazione, qualora l'oggetto del contratto, la tipologia o la natura del progetto o altri elementi puntualmente indicati ne rendano l'inserimento impossibile o contrastante con obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche”**.

Previa adeguata e specifica motivazione basata sull'oggetto del contratto, la tipologia o la natura del progetto o altri elementi puntualmente indicati, le Stazioni Appaltanti possono escludere l'impegno a riservare una quota pari al 30% delle nuove assunzioni destinate ad eseguire il contratto, in favore di donne e giovani o prevederlo per una quota percentuale inferiore al 30%.

Le Linee Guida Ministeriali, al punto 5, individuano le circostanze che rendono il ricorso all'inserimento di clausole di premialità o il rispetto della destinazione della quota del 30 % alle nuove assunzioni giovanili e femminili, in tutto o in parte impossibile o contrastante con obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche e pertanto plausibile il ricorso alle deroghe previste dai commi 4 e 5 dell'art. 1 dell'Allegato II.3.

L'applicazione delle deroghe rappresenta una facoltà che spetta alle Stazioni Appaltanti, le quali possono decidere di non avvalersene anche quando esistono, in astratto, i presupposti per la loro applicazione.

In ogni caso, le deroghe non sono automatiche, poiché la loro attivazione dipende dall'esistenza di **specifici requisiti** stabiliti dal comma 7 dell'art. 1 dell'Allegato II.3.

Tali requisiti, per ciascuna tipologia di deroga, si riferiscono a situazioni in cui **l'oggetto del contratto, la natura del progetto o altri elementi individuati dalla Stazione Appaltante rendano impossibile o incompatibile l'inserimento delle clausole premiali o l'obbligo di assunzioni nella misura del 30%**.

Questo potrebbe accadere, ad esempio, quando tali misure siano in contrasto con obiettivi di universalità, socialità, efficienza, economicità, qualità del servizio e un ottimale utilizzo delle risorse pubbliche.

In presenza di tali presupposti, la Stazione Appaltante è obbligata a fornire una **motivazione adeguata e specifica**, come previsto dalla normativa, quando intende avvalersi di una deroga.

L'onere motivazionale è particolarmente rigoroso e deve essere esplicitato con un atto formale da parte del responsabile della Stazione Appaltante, prima o contemporaneamente all'avvio della procedura di evidenza pubblica. La

motivazione può essere espressa **nella determina a contrarre** o in un atto immediatamente esecutivo ad essa collegato.

La motivazione deve **spiegare in dettaglio le ragioni per cui l'oggetto del contratto, la tipologia del progetto o altri fattori specifici (come il tipo di procedura, il mercato di riferimento, l'importo del contratto, ecc.) rendano difficile applicare le misure previste dal comma 4, oppure le rendano incompatibili con gli obiettivi sopra menzionati.**

Un esempio potrebbe essere rappresentato da affidamenti diretti per importi contenuti o da procedure che richiedono un numero di assunzioni inferiore a tre unità.

Altri esempi possono includere l'assunzione di personale con qualifiche specifiche che limitano il numero di potenziali assunti nel breve periodo, oppure procedure di somma urgenza o di protezione civile giustificate da situazioni di emergenza.

In generale, l'applicazione delle deroghe negli appalti per contratti ad alta intensità di manodopera (dove il costo della manodopera rappresenta almeno il 50% dell'importo totale del contratto) è difficile da motivare, salvo in casi specifici. Inoltre, nei casi in cui le assunzioni nuove riguardino "clausole sociali" per il riassorbimento occupazionale, come nel caso di subentro in appalti di servizi, la deroga può essere giustificata dall'obiettivo di garantire la stabilità occupazionale per i lavoratori provenienti dalla precedente fornitura.

Nel caso di occupazione giovanile, la motivazione a sostegno della deroga all'obbligo di garantire almeno il 30% di nuove assunzioni giovanili potrebbe essere fondata su esigenze specifiche legate alle caratteristiche delle mansioni da svolgere, che richiedono esperienza o specializzazione, escludendo in tal modo una parte significativa della fascia anagrafica giovanile. In questi casi, la Stazione Appaltante può ridurre la quota prevista, motivando adeguatamente la necessità di esperienza pregressa.

Per quanto riguarda la quota di genere, la Stazione Appaltante può fare riferimento alle differenze nei tassi di occupazione femminile tra settori economici, dove il raggiungimento del 30% di nuove assunzioni potrebbe risultare difficile in alcuni contesti.

In questi casi, l'applicazione della deroga può essere giustificata dal fatto che, nel settore di riferimento, il tasso di occupazione femminile si discosta significativamente dalla media nazionale. La motivazione in questi casi può includere l'indicazione di un *target* differenziato per settore, in modo da favorire un aumento del tasso di occupazione femminile, pur consentendo deroghe motivabili, ad esempio chiedendo di riservare una percentuale più bassa all'impiego di donne.

Le Linee Guida, infine, sul punto suggeriscono alle Stazioni Appaltanti che, in caso di attivazione delle suddette deroghe per l'inserimento del requisito necessario, potrebbero comunque rafforzare le misure premiali volte alla promozione della parità di genere e generazionali, così promuovendo comunque la finalità delle pari opportunità di genere e generazionali anche in quelle gare in cui tale finalità non confluisca in un requisito a pena di esclusione.

c) Come si calcola la quota del 30% da riservare a donne e giovani

A fronte di quanto sopra esposto, risulta evidente che l'impegno dell'operatore economico a riservare una quota di nuove assunzioni per l'esecuzione del contratto in favore di donne e giovani costituisca un requisito necessario dell'offerta e quindi un requisito di partecipazione, richiesto a tutti gli operatori economici che partecipano alla gara.

L'effettivo rispetto dell'impegno riguarda tuttavia il periodo di esecuzione di tutto il contratto, ne consegue che da un lato l'effettivo adempimento dovrà essere verificato dalla Stazione Appaltante solamente nei confronti dell'aggiudicatario (insieme ad altri soggetti, come vedremo di seguito); dall'altro lato che, al fine di verificarne l'effettivo rispetto, è necessario delimitarne l'oggetto ed il funzionamento.

In primo luogo, occorre chiarire che gli obiettivi di incremento dell'occupazione giovanile e femminile sono **due target distinti e autonomi nelle politiche di assunzione**, il che implica che ogni *target* debba essere trattato separatamente durante le procedure di affidamento.

In altri termini, l'obbligo di garantire il 30% di assunzioni riguarda *sia* i giovani *sia* le donne, **e la percentuale deve essere raggiunta per entrambe le categorie.**

Per verificare il rispetto dell'impegno a riservare la quota di assunzioni in favore di donne e giovani assunto in gara il personale assunto deve contemporaneamente soddisfare entrambi i target (donne e giovani): rispetta la percentuale del 30% l'assunzione del 20% di donne sotto i 36 anni, 10% di donne over 36 e 10% di uomini sotto i 36 anni.

Per esempio, un'azienda che si impegna a raggiungere il 30% di assunzioni, suddividendo tale quota tra il 20% di giovani e il 10% di donne, non rispetta il requisito, salvo che non sussistano le condizioni previste per le deroghe.

Tuttavia, un'impresa che, pur non superando nominalmente il 30%, rispetta il *target* con assunzioni che combinano entrambi i requisiti di età e genere, può essere accettata.

Ad esempio, può risultare conforme un'azienda che assume il 30% di donne sotto i 36 anni, oppure una combinazione di assunzioni come il 20% di donne sotto i 36 anni, 10% di donne over 36 e 10% di uomini sotto i 36 anni.

In concreto, se un aggiudicatario assume 20 persone, rispettando le quote previste, l'impegno sarà considerato assolto anche se il mix di assunzioni varia, purché siano rispettati i requisiti di età e genere.

Il rispetto dell'impegno assunto in gara è dunque verificato dalle Stazioni Appaltanti sulla base dei seguenti principi guida:

1. Numero complessivo di assunzioni:

Il calcolo delle percentuali deve considerare tutte le nuove assunzioni previste durante (e per) l'esecuzione del contratto;

2. Tipologia di assunzioni: Le assunzioni devono riguardare contratti di lavoro subordinato, come previsto dal decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81, e dai contratti collettivi nazionali applicabili.

Il comma 4 stabilisce inoltre che l'obbligo di garantire almeno il 30% di assunzioni riguarda non solo quelle necessarie per l'esecuzione diretta del contratto, ma anche per le attività connesse o strumentali.

L'Allegato precisa che non è necessario fare una distinzione netta tra assunzioni "necessarie" e "non necessarie", ma il calcolo deve includere **tutte le assunzioni che sono funzionali all'esecuzione del contratto.**

Devono essere escluse le assunzioni che non abbiano un impatto diretto sul contratto.

Per verificare il rispetto della quota di assunzioni riservate devono essere considerate tutte le nuove assunzioni funzionali all'esecuzione del contratto; quindi, anche quelle effettuate dai subappaltatori o dalle imprese ausiliarie. Se considerate anche queste assunzioni, l'appaltatore ha già rispettato la quota riservata non è necessario che subappaltatori e imprese ausiliarie provvedano all'assunzione di donne e giovani.

L'obbligo si applica esclusivamente ai contratti diretti stipulati tra la Stazione Appaltante e l'aggiudicatario, non estendendosi, ad esempio, ai contratti stipulati con terzi (come i contratti di fornitura).

L'articolo fa riferimento alle attività "connesse o strumentali", cioè quelle attività che, pur non essendo direttamente legate all'oggetto principale del contratto, sono comunque necessarie per il suo corretto adempimento.

Pertanto, l'obbligo di assunzione **riguarda solo le prestazioni derivanti dal contratto principale e si estende anche alle prestazioni eseguite tramite subappalto o avvalimento, sempre che rientrino nell'ambito applicativo previsto dalla legge.**

Le stazioni appaltanti hanno la facoltà di stabilire le modalità di applicazione dell'obbligo di assunzione per l'appaltatore e il subappaltatore, definendo i dettagli sin dalla fase di autorizzazione del subappalto.

In questo contesto, se l'appaltatore raggiunge la quota del 30%, il subappaltatore non sarà obbligato a rispettare il medesimo impegno, ma le sue assunzioni contribuiranno al calcolo complessivo della quota.

Infine, il rispetto di tale impegno per il 30% di assunzioni, destinato sia a giovani che a donne, sarà soggetto a un controllo specifico da parte delle stazioni appaltanti durante la verifica di conformità, che avverrà nel corso dell'esecuzione del contratto.

d) Ulteriori misure premiali

In base al comma 4 dell'art. 1 dell'Allegato II.3, le stazioni appaltanti **devono prevedere**, nei bandi di gara, negli avvisi e negli inviti, anche specifiche **clausole premiali** che favoriscano l'inserimento di criteri volti a promuovere l'imprenditoria giovanile, l'inclusione lavorativa delle persone con disabilità, la parità di genere, nonché l'assunzione di giovani sotto i 36 anni e donne.

Anche le clausole premiali volte a promuovere la parità di genere e generazionale, l'imprenditoria giovanile e l'inclusione di persone con disabilità devono essere previste nei documenti di gara, la mancata previsione è prevista solamente in caso di deroga espressa.

Ne consegue che anche la previsione di clausole premiali deve intendersi come obbligatoria per le Stazioni Appaltanti, salvo il corretto esercizio del potere di deroga per come previsto dal comma 7; evidentemente trattandosi di

misure, appunto premiali, la conseguenza per l'operatore economico che non le rispetta sarà la mancata assegnazione del punteggio migliorativo previsto.

Il comma 5 dello stesso articolo identifica alcune tipologie di clausole premiali, stabilendo che possa essere attribuito un punteggio aggiuntivo all'offerente o al candidato che:

- a. Nei tre anni precedenti alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte, non sia stato destinatario di accertamenti relativi ad atti o comportamenti discriminatori ai sensi delle normative in materia, tra cui l'art. 44 del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, l'art. 4 del decreto legislativo 9 luglio 2003, n. 215, l'art. 4 del decreto legislativo 9 luglio 2003, n. 216, l'art. 3 della legge 1° marzo 2006, n. 67, gli articoli 35 e 55-quinquies del decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198, e l'art. 54 del decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151;
- b. Utilizzi o si impegni a utilizzare strumenti specifici di conciliazione tra le esigenze di cura, vita e lavoro per i propri dipendenti, nonché modalità innovative di organizzazione del lavoro;
- c. Si impegni ad assumere, oltre alla quota minima percentuale prevista come requisito di partecipazione, persone con disabilità, giovani sotto i 36 anni e donne per l'esecuzione del contratto o per la realizzazione di attività ad esso connesse o strumentali;
- d. Nell'ultimo triennio, abbia rispettato i principi di parità di genere e adottato misure per promuovere pari opportunità generazionali e di genere, considerando anche il rapporto tra uomini e donne nelle assunzioni, nei livelli retributivi e nel conferimento di incarichi apicali;
- e. Nell'ultimo triennio, abbia rispettato gli obblighi previsti dalla legge 12 marzo 1999, n. 68, in materia di lavoro delle persone con disabilità;

- f. Abbia presentato o si impegni a presentare, per ciascuno degli esercizi finanziari compresi nella durata del contratto di appalto, una dichiarazione volontaria di carattere non finanziario ai sensi dell'art. 7 del decreto legislativo 30 dicembre 2016, n. 254.

3. Conclusioni

Il nuovo articolo 57 per come modificato e integrato dal Correttivo risulta dunque non solo certamente più armonico rispetto ai principi della legge delega per la redazione del Codice, ma anche maggiormente coordinato anche con riferimento alle norme del Codice.

Ed infatti, l'articolo 57 va letto specularmente all'articolo 102, il quale prevede gli obblighi che l'operatore economico deve assumere in sede di presentazione dell'offerta, tra i quali sono richiesti (e non sono stati oggetto di modifica da parte del Correttivo) agli operatori economici gli obblighi di assumere i seguenti impegni:

- "a) *garantire la stabilità occupazionale del personale impiegato;*
- b) *garantire l'applicazione dei contratti collettivi nazionali e territoriali di settore, tenendo conto, in relazione all'oggetto dell'appalto e alle prestazioni da eseguire, anche in maniera prevalente, di quelli stipulati dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e di quelli il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto o della concessione svolta dall'impresa anche in maniera prevalente, nonché garantire le stesse tutele economiche e normative per i lavoratori in subappalto rispetto ai dipendenti dell'appaltatore e contro il lavoro irregolare;*
- c) **garantire le pari opportunità generazionali, di genere e di inclusione lavorativa per le persone con disabilità o svantaggiate.**"

La suddetta norma specifica poi (comma 2) che l'operatore economico è tenuto ad indicare in offerta le modalità con cui intende adempiere agli impegni assunti, la cui attendibilità sarà però verificata solamente in capo all'aggiudicatario e secondo i metodi previsti per la verifica delle offerte anomale. Ne consegue che ad un obbligo delle Stazioni Appaltanti di prevedere determinate clausole come requisiti necessari dell'offerta, corrisponde uno speculare obbligo dell'operatore economico di impegnarsi ad adempiere (o avere già adempiuto nel caso delle tutele previste per le persone con disabilità o svantaggiate) a garantire la tutela della parità di genere e generazionale.

Occorre infine precisare un mancato coordinamento tra le novità introdotte dall'articolo 57 (e l'Allegato II.3) e la disciplina delle cause di esclusione.

Ed infatti, articolo 94, comma 5, lett. c) che disciplina le cause di esclusione automatica dalla gara prevede ancora che *"Sono altresì esclusi: (...) c) **in relazione alle procedure afferenti agli investimenti pubblici finanziati, in tutto o in parte, con le risorse previste dal regolamento (UE) n. 240/2021 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 10 febbraio 2021 e dal regolamento (UE) n. 241/2021 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 febbraio 2021, gli operatori economici tenuti alla redazione del rapporto sulla situazione del personale, ai sensi dell'articolo 46 del codice delle pari opportunità tra uomo e donna, di cui al decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198, che non abbiano prodotto, al momento della presentazione della domanda di partecipazione o dell'offerta, copia dell'ultimo rapporto redatto, con attestazione della sua conformità a quello trasmesso alle rappresentanze sindacali aziendali e alla consigliera e al consigliere regionale di parità ai sensi del comma 2 del citato articolo 46, oppure, in caso di inosservanza dei termini previsti dal comma 1 del medesimo articolo 46, con attestazione della sua contestuale trasmissione alle rappresentanze sindacali aziendali e alla consigliera e al consigliere regionale di parità"***.

Ebbene, come visto nei precedenti paragrafi, la mancata produzione in gara di tale relazione comporta oggi l'esclusione per tutte le gare e non solo per quelle finanziati con il fondo PNRR.

Appare evidente che il mancato coordinamento non impedisce l'operatività della causa di esclusione, in quanto è espressamente prevista dall'articolo 57 e dall'Allegato e dovrà espressamente prevista dalla *lex specialis*, ma sarebbe stato senz'altro più trasparente inserire una così importante modifica anche nell'articolo che disciplina le cause di esclusione automatica, quantomeno eliminando il riferimento alle sole procedure PNRR.

Ecco il calendario formativo dei prossimi mesi

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

I nostri corsi sono in fase di accreditamento ai fini della formazione valida per ottenere e mantenere i requisiti richiesti per le stazioni appaltanti qualificate. In base alle tue esigenze, scegli tra:

* **Formazione base (20 ore)**

** **Formazione specialistica (60 ore)**

Clicca sui [link](#) per leggere il programma completo, e contattaci per maggiori informazioni.

Percorsi Base / Avanzati

>>> PERCORSI AVANZATI

Il codice dei contratti e il decreto correttivo.

Indicazioni applicative **

XVIII Edizione

60 crediti C.N.I.

Docenti: Cacciari, Faviere, Fidanza, Monassi, Porzio, Riso, Toschei

[WEBINAR](#) - 15 incontri (60 ore) dal 24 Marzo
(termine percorso: 08 Luglio)

Una guida per la gestione delle gare sotto e sopra soglia e per la redazione degli atti amministrativi più rilevanti alla luce del Correttivo *

Docenti: Cacciari, Faviere, Fidanza

[WEBINAR](#) - 5 incontri (20 ore) - dal 14 Aprile

>>> PERCORSI BASE

Percorso per la formazione base dei RUP *

Docenti: Morolla, Rizzi

[WEBINAR](#) - I ed. - 5 incontri (20 ore) dal 21 Febbraio

[WEBINAR](#) - II ed. - 5 incontri (20 ore) dal 28 Aprile

ABC degli appalti pubblici.

Come cambiano le gare con il decreto correttivo

Docente: Morolla

[WEBINAR](#) - I ed. - 3 incontri - dal 21 Febbraio

[WEBINAR](#) - II ed. - 3 incontri - dal 28 Aprile

Decreto Correttivo

Il decreto correttivo al codice dei contratti pubblici.

Cosa cambia.

[WEBINAR](#) - *Docenti: Faviere, Toschei*

2 incontri: 11 e 25 Febbraio

[ROMA](#) * - *Docenti: Faviere, Toschei*

3 incontri (20 ore) dal 27 Febbraio

[BARI](#) - *Docente: Fidanza*

27 Febbraio

[BOLOGNA](#) * - *Docenti: Faviere, Toschei*

3 incontri (20 ore) dal 27 Febbraio

[FIRENZE](#) - *Docente: Fidanza*

04 Marzo

[CAGLIARI](#) * - *Docenti: Faviere, Toschei*

3 incontri (20 ore) dal 06 Marzo

[GENOVA](#) - *Docente: Fidanza*

11 Marzo

[TRIESTE](#) * - *Docenti: Faviere, Riso*

3 incontri (20 ore) dal 11 Marzo

[PESCARA](#) - *Docente: Fidanza*

18 Marzo

[NAPOLI](#) - *Docenti: Lilli, Maceroni*

02 Aprile

[TORINO](#) - *Docenti: Faviere, Riso*

27 Marzo

PROGRAMMAZIONE 2025 IN FASE DI DEFINIZIONE

Visita mediaconsult.it per il calendario aggiornato.



Adempimenti e MePA

>>> ADEMPIMENTI

Gli adempimenti obbligatori pre e post gara

Docente: Rizzi

[WEBINAR](#) - I ed. - 2 incontri - 14 e 19 Febbraio

[WEBINAR](#) - II ed. - 2 incontri - 4 e 11 Aprile

[WEBINAR](#) - III ed. - 2 incontri - 23 e 26 Maggio

>>> MEPA

Esercitazioni pratiche su come gestire sul MePA:

- gli affidamenti diretti, le procedure negoziate e l'interoperabilità con ANAC e PCP

Docente: Porzio

[WEBINAR](#) - 2 incontri - 28 Febbraio e 14 Marzo

- gli affidamenti diretti e l'interoperabilità con la piattaforma ANAC e la PCP

Docente: Porzio

[WEBINAR](#) - 28 Febbraio

- le procedure negoziate e l'interoperabilità con la piattaforma ANAC e la PCP

Docente: Porzio

[WEBINAR](#) - 14 Marzo

- le gare soprasoglia sul MePA e l'interoperabilità con ANAC e PCP

Docente: Porzio

[WEBINAR](#) - 11 Aprile

>>> SINTEL

Esercitazione pratica sull'utilizzo delle funzioni di interoperabilità della piattaforma SINTEL

Docente: Della Marta

[WEBINAR](#) - 19 Marzo

Settori Speciali

La disciplina sui settori speciali alla luce del Decreto Correttivo

Docente: Galli

[WEBINAR](#), 2 incontri - 07 e 14 Maggio

Fase di Esecuzione

Laboratorio: La fase esecutiva e la gestione delle modifiche contrattuali

Docente: Fasano

[WEBINAR](#), 07 Marzo

Laboratorio: L'esecuzione negli appalti di servizi e forniture

Docente: Faviere

[WEBINAR](#), 14 Marzo

Laboratorio: L'accordo bonario e la gestione delle riserve

Docente: Fasano

[WEBINAR](#), 28 Marzo

La fase esecutiva negli appalti di lavori, forniture e servizi: soggetti e adempimenti

Corso Base valido per l'accreditamento per la fase esecutiva (Livello L3 - SF3)

Docente: Ponti

[WEBINAR](#), 07 Aprile

La fase esecutiva negli appalti di lavori, forniture e servizi: soggetti, adempimenti, documentazione

Corso Base valido per l'accreditamento per la fase esecutiva (Livello L2 - SF2 e L1 - SF1)

Docente: Ponti

[WEBINAR](#), 3 incontri, dall'11 Aprile

Procedure di gara, Concessioni e PPP

Focus sui sottosoglia: affidamenti diretti e procedure negoziate alla luce del Correttivo

Docente: Miniero

[WEBINAR](#), 2 incontri - 03 e 10 Marzo

Il Partenariato Pubblico Privato e le Concessioni

Docente: Rizzo

[WEBINAR](#), 11 Aprile

Redazione Atti di Gara

Laboratorio. La redazione della documentazione tecnica nella GOEV di servizi e forniture

Docente: Faviere

[WEBINAR](#) - 17 Febbraio

Laboratorio: la redazione degli accordi quadro

Docente: Faviere

[WEBINAR](#) - 24 Febbraio - I edizione

[WEBINAR](#) - 13 Giugno - II edizione

La gara d'appalto tra procedura e redazione atti alla luce del Correttivo

Docente: Cacciari

[WEBINAR](#) - 2 incontri - 12, 15 Maggio

Soft skills e Analisi comportamentale

La leadership personale e le dinamiche comportamentali applicate in contesti lavorativi

Docente: Legisa

[WEBINAR](#)

Formazione Base - 4 incontri - dal 16 Aprile

Formazione Avanzata - 4 incontri - dal 28 Maggio

Project Management e BIM

>>> PROJECT MANAGEMENT

Corso base + avanzato di Project Management **

Docenti: Legisa, Tramontana

[WEBINAR](#), I ed. - 15 incontri (64 ore) - dal 25 Febbraio

[WEBINAR](#), II ed. - 15 incontri (64 ore) - dal 29 Aprile

Corso base di Project Management (ISIPM-Base®), con focus sull'analisi comportamentale *

Docenti: Legisa, Tramontana

[WEBINAR](#), I ed. - 7 incontri (30 ore) - dal 25 Febbraio

[WEBINAR](#), II ed. - 7 incontri (30 ore) - dal 29 Aprile

Corso avanzato di Project Management (ISIPM-Avanzato®) *

Docente: Tramontana

[WEBINAR](#), I ed. - 8 incontri (34 ore) - dal 28 Marzo

[WEBINAR](#), II ed. - 8 incontri (34 ore) - dal 26 Maggio

>>> BIM

Percorso per la gestione del BIM nella PA: Organizzazione, best practices e casi pratici.

Docenti: Accettulli, Barutta, Lento, Mottola, Paiella, Spiccia, Versolato

- Formazione Specialistica **

[WEBINAR](#) - 16 incontri (64 ore) - dal 07 Marzo

- Formazione Base *

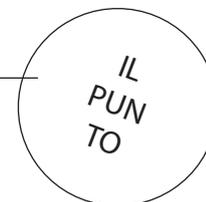
[WEBINAR](#) - 5 incontri (20 ore) - dal 07 Marzo

- Formazione Avanzata *

[WEBINAR](#) - 11 incontri (44 ore) - dal 08 Aprile

Il codice dei contratti tra principio della fiducia e responsabilità erariale

di Barbara Carducci



Premessa

Tra i principi più importanti codificati dal Legislatore, soprattutto quello della fiducia – declinato all’art. 2 del Codice - riscuote l’attenzione degli operatori pubblici, particolarmente attenti agli effetti che tale principio, orientato a prediligere l’azione rispetto alla condotta omissiva, produce in termini di responsabilità erariale.

Le ragioni ispiratrici di tale principio sono le stesse che muovono l’intero Codice: superare la cd. *paura della firma* per consentire che gli obiettivi di risultato, affermati all’art. 1 del d. lgs. 36/2023, possano concretamente essere perseguiti mitigando la responsabilità erariale attraverso una serie di interventi legislativi di cui il Codice dei contratti costituisce solo una parte.

Alle novità introdotte dal Codice si aggiungono, infatti, altre norme contenute in provvedimenti legislativi altrettanto rilevanti, che devono essere tenute in pari considerazione se si vuole godere di una lettura sistematica e completa dell’argomento in grado di orientare l’operato del funzionario pubblico.

All’orizzonte, poi, oltre alla proroga del cd. *scudo erariale* entrata di recente in vigore a seguito del d.l. *Milleproroghe 2025*, si potrebbero profilare ulteriori importati novità se fosse approvato il cd. disegno di legge *Foti* che mira a limitare ulteriormente le funzioni giurisdizionali della Corte dei conti attraverso la riforma dell’intero sistema erariale e di cui si farà cenno appresso.

Cerchiamo allora di fornire una panoramica per quanto possibile esaustiva del tema tenendo conto della portata, che investe non solo il dipendente pubblico *tout court* ma anche i privati che, per legge o convenzionalmente, si trovano a svolgere attività amministrative o siano destinatari di contribuzioni concesse per la realizzazione di progetti di pubblico interesse.

1. Brevi cenni sugli elementi della responsabilità erariale

Occorre preliminarmente rammentare che, affinché la condotta posta in essere dall'agente pubblico possa rilevare in termini di responsabilità erariale, è necessario che si configurino tutti gli elementi costitutivi della fattispecie di danno, vale a dire:

- il rapporto di servizio
- il nesso di causalità
- l'elemento oggettivo
- l'elemento soggettivo

In linea generale, il rapporto di servizio, come detto, presuppone che il soggetto agente svolga attività di rilievo pubblico in grado di incidere sull'erario.

In questi termini la nozione include anche i dipendenti di società *in house* che, pur sottoposti ad una disciplina privatistica per quanto attiene al rapporto di lavoro e alla gestione del bilancio aziendale, sono soggetti a responsabilità erariale nel caso di danno direttamente o indirettamente recato alle casse pubbliche. Sul tema, oltre a formarsi consolidata giurisprudenza nel corso degli anni, ha fornito chiarezza il d. lgs. 175/2016 (cd. *decreto Madia*) che all'art. 12, recante *Responsabilità degli enti partecipanti e dei componenti degli organi delle società partecipate*, da un lato ha chiaramente affermato la giurisdizione della Corte dei Conti per il danno erariale causato dagli amministratori e dai dipendenti delle società *in house* e, dall'altro, ha fornito la nozione di tale tipologia di danno, includendovi anche quello non patrimoniale o che sia conseguente alla condotta dei rappresentanti degli enti pubblici partecipanti o comunque dei titolari del potere di decidere per essi, che, nell'esercizio dei propri diritti di socio, abbiano con dolo o colpa grave pregiudicato il valore della partecipazione.

Il nesso di causalità presuppone che il danno erariale debba essere stato conseguenza dell'azione o omissione posta in essere dal soggetto agente.

Abbandonata la primigenia teoria della

conditio sine qua non – secondo cui si riteneva sufficiente un minimo apporto alla provocazione del danno al fine di poter configurare la relativa responsabilità - in dottrina prevale oggi la *teoria della causa efficiente* in virtù della quale la condotta tenuta dall'agente deve aver inciso in misura determinante al verificarsi del danno.

Quest'ultimo, inteso quale elemento oggettivo, della responsabilità, non include solo il danno materiale all'erario, ma può comprendere anche la lesione di beni immateriali, tra cui il diritto all'immagine o il danno da disservizio. Il danno può inoltre configurarsi come diretto, indiretto o obliquo a seconda che sia causato direttamente alla Pubblica Amministrazione, oppure sia recato ad un terzo che la Pubblica Amministrazione è tenuta a risarcire o, infine, sia cagionato ad altra pubblica amministrazione.

Tra gli elementi su cui ha più inciso il Legislatore, sicuramente vi è quello soggettivo del dolo o della colpa grave.

Quest'ultima in particolare, si configura come una evidente trascuratezza dei propri doveri conseguente ad un comportamento improntato a massima negligenza imprudenza o imperizia tale da rendere manifestamente evidente la noncuranza dell'interesse pubblico. Indici tipici di riconoscimento di tale grado della colpa sono stati ritenuti:

- la prevedibilità dell'evento dannoso;
- il superamento apprezzabile dei limiti di comportamento dell'uomo medio, o anche il notevole superamento di detti limiti, per chi riveste una figura professionale alla quale vanno richieste particolari doti di diligenza, prudenza e perizia.

Il relativo giudizio deve ispirarsi all'atteggiamento tenuto dal convenuto in relazione agli obblighi di servizio ed alle regole di condotta relativi allo svolgimento degli specifici compiti di ufficio affidati alla sua responsabilità (cfr. Corte dei conti, sentenza 12 agosto 2022, n. 141).

E' evidente che la scelta operata dal Legislatore di rimettere la definizione del concetto di

gravità della colpa agli indirizzi giurisprudenziali formati nel corso del tempo e che, di volta in volta, e con orientamenti mutevoli individuano gli indici rivelatori dello stato di gravità, ha contribuito a ingenerare un certo grado di indeterminatezza, non consentendo agli operatori pubblici di individuare agevolmente i margini di legittimità dell'azione entro i quali l'operato amministrativo può dirsi esente da rischi di natura erariale.

Per consentire una celere ripresa del mercato degli appalti, fortemente compromesso dalla pandemia Covid del 2019/2020 si è allora reso necessario, proprio al fine di favorire il principio del risultato, prendere coscienza di tale criticità il cui superamento richiede una delimitazione normativa – e non più solo giurisprudenziale – possibilmente chiara del concetto di *colpa grave*, così da renderla meno scabra da interpretazioni mutevoli.

In tal senso l'obiettivo di definire la colpa grave ha rappresentato una delle due direttrici che hanno orientato la riforma.

L'altra è costituita dalla individuazione dei casi che certamente non generano responsabilità erariale e per i quali, sempre nell'ottica del risultato, il Legislatore ha preferito prediligere la condotta commissiva piuttosto che quella omissiva così evitando, in concreto, che la maggiore discrezionalità concessa agli amministratori pubblici proprio nell'ottica del principio della fiducia possa essere fiaccata da norme e presupposti poco chiari e dunque forieri di eventuali rischi di responsabilità erariale.

Quindi, nell'intento di rimettere in moto l'economia con una certa urgenza, il Legislatore, oltre a definire in senso *positivo* la colpa grave, ne ha anche fornito una definizione *negativa*, individuando i casi che certamente non integrano tale elemento soggettivo.

2. La nozione in positivo di colpa grave

La definizione in positivo di colpa grave si rinviene ora per la prima volta – seppur limitatamente all'ambito della contrattualistica pubblica - nella

prima parte del comma 3 dell'art. 2 del Codice. I casi di colpa grave tipizzati dal Legislatore sono indentificati nella *"violazione di norme di diritto, degli auto-vincoli amministrativi, nella palese violazione di regole di prudenza, perizia e diligenza e nell'omissione delle cautele, verifiche ed informazioni preventive normalmente richieste nell'attività amministrativa, in quanto esigibili nei confronti dell'agente pubblico in base alle specifiche competenze e in relazione al caso concreto"*.

Oltre alla grave negligenza, imprudenza o imperizia, dunque, pure la violazione di diritto e degli auto-vincoli amministrativi da parte dell'agente pubblico che per competenza sia deputato ad averne piena cognizione legittimano la sussistenza dell'elemento soggettivo della colpa grave. Anche per tali casi la sussistenza della colpa grave dovrà essere dimostrata in relazione al caso concreto e alle ragioni che hanno motivato l'agire amministrativo, in attuazione dei principi ispiratori del Codice ed, in particolare di quello del risultato, che, insieme al principio della fiducia costituiscono *"criteri prioritari per l'esercizio del potere discrezionale delle amministrazioni"* (Consiglio di Stato, sentenza 13 settembre 2024, n. 7571).

Con riferimento, nello specifico, agli auto-vincoli amministrativi, rientrano nella suddetta casistica tutti i casi di violazione delle regole che la stazione appaltante, pur non essendo tenuta ad adottare, si è imposta nell'esercizio del proprio potere discrezionale, decidendo di porle a presidio dello svolgimento del proprio operato; ciò al fine di regolamentare criteri e modalità dell'agire amministrativo in modo da evitare, per quanto possibile, decisioni imparziali e, nel caso specifico dei contratti pubblici, lesive del principio di concorrenza oltre che del principio di affidamento che l'operatore economico ripone nell'amministrazione (art. 3 del Codice) .

L'esempio più immediato è costituito dall'adozione da parte di una pubblica amministrazione di procedimenti tipizzati che, sebbene non resi obbligatori dalle norme, vengano poi immotivatamente disattesi dall'agente pubblico (si veda Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 24 maggio 2024, n. 4659).

3. La nozione in negativo di colpa grave

Nell'ottica di sostenere l'operato dell'agente pubblico, il Legislatore ha anche delimitato i confini esterni della colpa grave individuando *in negativo* le condotte che non rientrano nella suddetta casistica e costituiscono, pertanto, vere e proprie esimenti della responsabilità.

Le norme di riferimento sono in tal caso costituite dai seguenti articoli:

- l'ultimo capoverso del comma 3 dell'art. 2 del Codice;
- l'art. 215 del Codice;
- l'art. 21 del d.l. 76/2020;
- l'art. 1 del d. lgs. 20/1994.

L'ultimo capoverso del comma 3 dell'art. 2, in particolare, afferma che *"Non costituisce colpa grave la violazione o l'omissione determinata dal riferimento a indirizzi giurisprudenziali prevalenti o a pareri delle autorità competenti"*.

La scelta operata dal Legislatore non appare in tal caso scevra da problematiche di tipo interpretativo soprattutto nella parte in cui rinvia agli indirizzi giurisprudenziali *"prevalenti"* senza fornire una definizione di tale concetto.

Se è chiaro, infatti, che può definirsi come prevalente l'indirizzo univoco relativo ad una determinata questione, non altrettanto può dirsi allorché insorgano contrasti giurisprudenziali tra giudici di diverso grado o, addirittura, tra giurisdizioni diverse. Che fare in tal caso? Quale orientamento seguire?

Parimenti anche il riferimento ai *"pareri delle autorità competenti"* lascia adito a dubbi: a parte i pronunciamenti dell'ANAC, possono, ad esempio, rientrarvi anche i pareri espressi dalla Struttura del Ministero delle Infrastrutture che fornisce supporto giuridico alle Stazioni Appaltanti?

Sul tema, a fronte di specifica istanza formulata da una stazione appaltante, ha avuto modo di esprimersi lo stesso Ufficio senza però dare un riscontro effettivamente risolutivo alla problematica atteso che nel parere n. 2159 reso in data 19 luglio 2023 esso si è limitato

a chiarire che *"le risposte fornite dal Servizio, hanno natura di atti meramente consultivi e non vincolanti per le stazioni appaltanti e rappresentano valutazioni di tipo ermeneutico circa le disposizioni in materia di contratti pubblici, ferma restando l'autonomia e responsabilità gestionale delle stesse stazioni appaltanti"*.

Certamente vi è da dire che tale Ufficio non rientra propriamente nel concetto di *"autorità"*, secondo l'accezione tipica del termine, non essendo esso investito di poteri di comando o di controllo il che potrebbe indurre la Corte dei Conti a non includere la Struttura del Ministero nel novero delle autorità propriamente dette.

Oltre all'art. 2, il Codice dei contratti prevede anche un'ulteriore esimente della responsabilità erariale all'art. 215, comma 3 correlata all'utilizzo dell'istituto del Collegio Consultivo Tecnico.

Nella specie tale articolo stabilisce che *"L'inosservanza dei pareri o delle determinazioni del collegio consultivo tecnico è valutata ai fini della responsabilità del soggetto agente per danno erariale e costituisce, salvo prova contraria, grave inadempimento degli obblighi contrattuali. L'osservanza delle determinazioni del collegio consultivo tecnico è causa di esclusione della responsabilità per danno erariale, salva l'ipotesi di condotta dolosa"*.

Il contenuto della norma può essere schematicamente riassunto come segue:

- l'inosservanza di pareri o determinazioni del CCT genera:
 - sul piano civile, un'inversione dell'onere della prova del grave inadempimento a carico della stazione appaltante;
 - sul piano erariale è valutata ai fini di un'eventuale responsabilità;
- l'osservanza delle determinazioni del CCT (e non anche dei pareri) costituisce esimente, limitatamente ai casi colpa grave, della responsabilità erariale;
- l'osservanza dei pareri del CCT non è parimenti esimente della responsabilità erariale.

Al fine di arginare il più possibile la responsabilità contabile, è allora evidente l'interesse dell'amministrazione ad attribuire poteri determinativi al CCT in luogo di quelli meramente consultivi propri dei pareri ogni qualvolta ciò risulti possibile.

Alle specifiche disposizioni del Codice, evidentemente circoscritte solo ai procedimenti inerenti alla contrattualistica pubblica, si aggiungono le previsioni, di contenuto più generale in quanto riferite anche a procedimenti diversi da questi ultimi, della legge 14 gennaio 1994, n. 20 (recante *Disposizioni in materia di giurisdizione e controllo della Corte dei conti*).

In particolare l'art. 1 di tale legge se da un lato – per effetto delle modifiche introdotte dal d. l. n. 76/2020 – afferma la necessità di comprovare la volontà dell'evento dannoso in caso di dolo (così escludendo una lettura civilistica di tale elemento soggettivo, optando per un'interpretazione in chiave penalistica) dall'altro prevede l'esimente dalla colpa grave per tutti i casi in cui l'evento dannoso tragga origine dall'emanazione di atti vistati e registrati in sede di controllo preventivo di legittimità, nei limiti dei profili oggetto di controllo.

Lo stesso articolo prevede poi l'esclusione della gravità della colpa laddove il fatto dannoso abbia tratto origine da decreti che determinano la cessazione anticipata, per qualsiasi ragione, di rapporti di concessione autostradale oggetto di decreti vistati e registrati dalla Corte dei conti in sede di controllo preventivo di legittimità svolto su richiesta dell'amministrazione precedente.

La norma in argomento, e più in generale i contenuti della legge n. 20/1994, costituiscono oggetto di una proposta di riforma, avanzata con il ddl n. 1621/2024 (meglio noto come *disegno Foti*) che mira ulteriormente ad estendere l'ambito applicativo delle esimenti dalla colpa grave, prevedendone l'esclusione anche nel caso in cui il fatto dannoso tragga origine da atti o documenti propedeutici a quello vistato e registrato in sede di controllo preventivo di legittimità e non più, solo, ai profili della condotta oggetto di controllo preventivo.

È evidente che siffatta modifica, ove attuata, è volta a introdurre un effetto tombale sulla responsabilità erariale del soggetto agente estendendo l'operatività dell'esimente all'intero procedimento amministrativo che conduce all'emanazione dell'atto sottoposto a controllo di legittimità e non limitatamente a quest'ultimo.

Su tale disegno di legge la Corte dei Conti con il parere n. 3/2024 ha avuto modo di esprimere le proprie perplessità soprattutto in considerazione del fatto che, attraverso l'eliminazione del riferimento normativo che circoscrive l'esimente ai *"profili presi in considerazione nell'esercizio del controllo"*, esclude *"a priori, la gravità della colpa solo per la circostanza che sia stato espletato il controllo preventivo di legittimità e senza che vi sia alcun legame tra l'esimente e le attività conseguenti all'esecuzione dell'atto su cui è stato apposto il visto"*.

In tal modo, secondo la Corte, la modifica proposta pecca di ragionevolezza e si pone in contrasto con i dettami statuiti dalla Corte costituzionale nella recente sentenza n. 132/2024 – di cui si farà cenno appresso – secondo la quale l'elemento soggettivo della responsabilità amministrativa può essere limitato e circoscritto solo in presenza di particolari o eccezionali ragioni che la giustificano.

4. L'art. 21 del d.l. 76/2020: lo scudo erariale

Oltre alle norme già citate, il Legislatore ne ha introdotta un'altra più ampia portata: l'art 21 del d. l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito nella legge 11 settembre 2020, n. 120 finalizzata a circoscrivere ulteriormente i casi in cui possa essere invocata la responsabilità per colpa grave attraverso l'introduzione di un deroga al sopracitato art. 1 della legge n. 20/1994.

Si tratta di una disposizione *a tempo* originariamente destinata a rimanere in vigore solo fino al 30 giugno 2023 e poi successivamente prorogata per mezzo di ulteriori provvedimenti legislativi e, da ultimo, dal d.l. 27 dicembre 2024, n. 2024, meglio noto come *"Milleproroghe 2025"*, fino al 30 aprile 2025.

L'articolo in questione ha introdotto un vero e proprio *scudo erariale* disponendo che *"Limitatamente ai fatti commessi dalla data di entrata in vigore del presente decreto e (ora) fino al 30 aprile 2025 la responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti in materia di contabilità pubblica per l'azione di responsabilità di cui all'articolo 1 della legge 14 gennaio 1994, n. 20, è limitata ai casi in cui la produzione del danno conseguente alla condotta del soggetto agente è da lui dolosamente voluta. La limitazione di responsabilità prevista dal primo periodo non si applica per i danni cagionati da omissione o inerzia del soggetto agente"*.

L'intento del Legislatore è evidente: privilegiare *il fare* rispetto al *non fare*, così da indurre l'agente amministrativo ad una condotta attiva orientata al perseguimento dell'obiettivo pubblico.

L'ampia portata applicativa di tale norma ha sollevato dubbi di legittimità costituzionale (con riferimento in particolare agli artt. 3, 28, 81, 97 e 103 della Costituzione) che sono poi sfociati in un giudizio concluso con la già citata sentenza di inammissibilità della Corte costituzionale n. 6 giugno 2024, 132.

La pronuncia resa dalla Corte è destinata a costituire una pietra miliare della giurisprudenza in tema di responsabilità erariale, essendosi dovuta esprimere sul bilanciamento tra i profili soggettivi della responsabilità erariale e le esigenze di *"risultato"* imposte alla pubblica amministrazione, braccata dalla *"paura della firma"*. Tale problematica, secondo la Corte, scaturisce da una serie di concause: la difficoltà di individuare le norme applicabili anche per effetto di una sovraregolamentazione che rende difficilmente individuabili i confini di una conforme condotta del soggetto agente; l'inadeguatezza dell'amministrazione a stare al passo con le nuove norme; la complessità dei procedimenti amministrativi, resi ancora più articolati dal pluralismo sociale e istituzionale che inevitabilmente vede più attori coinvolti negli *iter* amministrativi.

Sul tema la Corte, partendo da un precedente del 1998 (in particolare la sentenza n.

371/1998) ha rintracciato il punto di equilibrio tra i due interessi relazionandolo *"al contesto istituzionale, giuridico e storico in cui opera l'agente pubblico"*.

Ne deriva che tale punto di equilibrio è mutevole nel tempo e come tale non può essere cristallizzato in una norma valevole *come un vestito per tutte le stagioni*. Proprio sulla base di tale presupposto la Corte ha dichiarato l'inammissibilità dei profili di legittimità ad essa sottoposti rilevando che l'art. 21 è sostanzialmente legato ad un determinato periodo temporale nel quale il Legislatore, nell'ottica dei principi di efficacia ed efficienza dell'agire amministrativo, ha avvertito la prevalente esigenza di limitare entro un determinato periodo temporale la responsabilità per colpa grave.

Ma proprio tale limitazione temporale, caratterizzante la norma in argomento e che è valsa a garantire la rispondenza della norma al dettato costituzionale costituisce secondo la Corte dei Conti il limite invalicabile oltre il quale qualsivoglia esimente di contenuto così generale, come quella proposta nel ddl Foti, potrebbe porsi in contrasto con la nostra Carta costituzionale, ragione per la quale, presumibilmente, tale disegno di legge sta incontrando una serie di rallentamenti.

La disciplina delle concessioni di aree pubbliche per lo svolgimento di attività commerciali. Vigè il divieto di proroga automatica.

di Giuseppe Laurieri

IL
PUN
TO

Premessa

La disciplina inerente al meccanismo di rilascio e/o di proroga delle concessioni da parte della pubblica amministrazione è ormai da tempo al centro delle riflessioni dei più autorevoli studiosi del diritto.

La materia *de qua* ha assunto nell'ultimo periodo ancora più centralità in considerazione delle criticità emerse con riguardo alla normativa nazionale concernente le procedure di affidamento delle concessioni demaniali con finalità turistico ricreative.

La succitata normativa, infatti, è stata oggetto nel tempo di frequenti e disorganici interventi di riforma, mossi dall'urgente ed impellente necessità di rendere la legislazione italiana in materia, conforme ai dettami ed ai fondamentali principi comunitari, quali la libera concorrenza e l'indiscriminato accesso al mercato¹.

Il rilascio della concessione non comporta in alcun modo il riconoscimento in capo all'operatore di un diritto "perenne" e "intangibile" di esclusiva "sine die" per l'esercizio e lo sfruttamento del bene affidato in concessione. Bensì è un rapporto negoziale², il quale si caratterizza per alcune peculiarità, riconducibili alla funzione collettiva che la prestazione oggetto del contratto svolge.

I principii sin qui enunciati hanno evidentemente una valenza generale e devono ritenersi applicabili a qualsivoglia tipologia di atto concessorio di un bene pubblico, compreso quello che nel presente contributo si andrà ad analizzare, ossia quello preordinato all'affidamento di aree pubbliche per l'esercizio di attività commerciali.

Con riferimento alle concessioni demaniali marittime, il quadro sembra divenuto più chiaro all'esito dell'approvazione del decreto-legge 16 settembre 2024, n. 131 ("DL **Salva Infrazioni**"),

1. Ex multis, sulla disciplina e le criticità del meccanismo di proroga e/o affidamento delle concessioni demaniali marittime, si veda R. Chieppa, R. Giovagnoli, Le concessioni demaniali con finalità turistico ricreativa e l'obbligo di evidenza pubblica imposto dal diritto U.E.: le sentenze dell'Ad. Plen. N. 17 e 18 del 2021 in *Manuale di Diritto Amministrativo*, p.463 ss, Giuffrè 2022; C. Benetazzo, Il regime giuridico delle concessioni demaniali marittime tra vincoli U.E. ed esigenze di tutela dell'affidamento, 2016, www.federalismi.it; V. Lopilato, Concessioni demaniali marittime, in *Manuale di diritto amministrativo*, G. Giappichelli Editore, 2021, 905 ss.; M. Gargano, La giurisprudenza costituzionale sulle concessioni demaniali marittime tra tutela dell'affidamento, certezza del diritto e principio di concorrenza, *Ratio Iuris*, 2019; G. Bellitti, La direttiva Blokenstein e le concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2017, 60 ss.

2. Sulla natura del contratto di concessione, si veda, ex multis, C. Cacciavillani, A. Police, N. Paolantonio, A. Police, La nozione di appalto e di concessione e la rilevanza del valore ai fini della determinazione della disciplina applicabile, in *Diritto Amministrativo*, (a cura di Franco Gaetano Scoca), VII Edizione, Giappichelli, 2021; E. Casetta, Contratti di concessione e appalti nei settori speciali, in *Manuale di Diritto Amministrativo*, XXVI edizione, Giuffrè, 2024 p. 555 ss.

convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, L. 14 novembre 2024, n. 166, il quale, all'art. 1, rubricato "*Disposizioni urgenti in materia di concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali per finalità turistico-ricreative e sportive - Procedura di infrazione n. 2020/4118*" ha introdotto un'ultima proroga delle concessioni in essere fino al 30 settembre 2027, con obbligo inderogabile, però, di indire gare entro il 30 giugno dello stesso anno.

Peraltro, in presenza di ragioni oggettive, come la pendenza di un contenzioso o «difficoltà oggettive legate all'espletamento della procedura stessa», la scadenza delle concessioni potrà essere posticipata fino al 31 marzo 2028.

Relativamente, invece, alle concessioni per il commercio su aree pubbliche, come si vedrà, il quadro normativo sembra avere ancora non pochi dubbi ed incertezze.

La rilevanza di un'analisi della suddetta disciplina è evidente, per diversi motivi.

Non solo per le primarie considerazioni giuridiche che la materia introduce nel dibattito, ma anche e soprattutto per i notevoli impatti che quotidianamente riproduce nei confronti degli operatori di settore, i quali devono elaborare politiche di sviluppo e programmi economici di investimento senza, tuttavia, conoscere con chiarezza quali saranno le sorti dei rispettivi atti concessori.

Le attività commerciali su aree pubbliche, poi, in particolare, rappresentano una realtà consolidata e particolarmente presente del nostro Paese dove si contano oltre 162.000 attività³.

1. Il procedimento di rilascio e rinnovo delle concessioni per lo svolgimento di attività commerciali su aree pubbliche. Alcuni cenni storici della disciplina⁴.

Il primo provvedimento di regolazione del commercio ambulante su aree pubbliche in Italia risale al 1934, ed in particolare si rinviene nella Legge 5 febbraio 1934, n. 327 e regolamento di attuazione, R.D. 29 dicembre 1939, n. 2255. Con la succitata Legge, per la prima volta, il Legislatore ha introdotto quali requisiti per lo svolgimento di tale peculiare attività commerciale, l'obbligo di iscrizione in apposito registro e il possesso di specifica licenza. Successivamente, nel 1976 è stata approvata la Legge n. 398 che ha sostanzialmente parificato il commercio ambulante con le altre forme di commercio, dettagliandone meglio le caratteristiche e i procedimenti autorizzativi.

Nel 1991, legge 29 marzo 1991, n. 112 (attuata con il regolamento di esecuzione di cui al D.M. 4 giugno 1993, n. 248) è tornati ad incidere sulla normativa, adoperando, oltre a mere precisazioni terminologiche⁵, anche modifiche sul profilo procedimentale autorizzatorio: vennero infatti introdotte tre diverse autorizzazioni, di tipo "A", "B" e "C". La prima, rilasciata dal comune di residenza, riguardava l'attività da svolgersi in un mercato di durata settimanale o per almeno cinque giorni la settimana.

La seconda, rilasciata dalla Regione, consentiva ai soggetti in possesso dell'autorizzazione di tipo "A" di svolgere l'attività di vendita nei posteggi mercatali oggetto di concessione pluriennale. La terza ed ultima autorizzazione, di tipo "C", sempre rilasciata dalla Regione, concerneva lo

3. Dati riferibili al 2022 riportati da ANVA – Associazione nazionale commercio su aree pubbliche nel dossier "Commercio su aree pubbliche: i mercati appesi a un filo", consultabile al seguente link: <https://www.confesercenti.it/wp-content/uploads/2023/06/Anva-DEF.pdf>.

4. Per un approfondimento del tema si veda il dossier ANVA, "Il commercio su aree pubbliche in Italia", 27 maggio 2018, consultabile al seguente link: <https://www.confesercenti.it/wp-content/uploads/2018/07/IL-COMMERCIO-SU-AREE-PUBBLICHE-IN-ITALIA.pdf>.

5. Il commercio ambulante viene "denominato" come "commercio su aree pubbliche".

svolgimento dell'attività in forma itinerante. Seguirono poi rapide e numerose modifiche, sino ad arrivare, nel 1998, all'approvazione della riforma cd. "Bersani", decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 114, il quale rimetteva alle Regione il compito di disciplinare più dettagliatamente la materia, lasciando, tuttavia, inalterato il ruolo del Comune di rilasciare le autorizzazioni per lo svolgimento dell'attività. Venne, inoltre, ridotto a due, il numero di autorizzazioni per lo svolgimento dell'attività commerciale: una per ciascun posteggio mercatale, l'altra per commercio in forma itinerante.

Nel 2010, con il decreto legislativo n. 59 si assiste per la prima volta alla sottoposizione della disciplina sul rilascio delle concessioni per lo svolgimento di attività commerciale su aree pubbliche alla direttiva 2006/123/CE cd. *Bolkestein*⁶, con conseguente obbligo per le amministrazioni di procedere all'assegnazione degli spazi pubblici tramite procedura ad evidenza pubblica. In particolare, l'art. 70, rubricato *"Commercio al dettaglio sulle aree pubbliche"* prevedeva che, con intesa in sede di Conferenza unificata, fossero *"individuati, senza discriminazioni basate sulla forma giuridica dell'impresa, i criteri per il rilascio e il rinnovo della concessione dei posteggi per l'esercizio del commercio su aree pubbliche e le disposizioni transitorie da applicare, con le decorrenze previste, anche alle concessioni in essere alla data di entrata in vigore del presente decreto ed a quelle prorogate durante il periodo intercorrente fino all'applicazione di tali disposizioni transitorie."*

La norma, invero, ebbe una storia travagliata, della quale se ne colgono in maniera evidente

ancora oggi i tratti nell'attuale discussione concernente le modalità di rilascio e proroga di tali tipologie di concessioni.

La disposizione, infatti, venne abrogata dall'art. 1, comma 686, lett. c), L. 30 dicembre 2018, n. 145, a decorrere dal 1° gennaio 2019. In particolare, il succitato intervento normativo del 2018, contestualmente, oltre ad abrogare la predetta previsione, introdusse il comma 4-*bis* dell'art. 16 al decreto legislativo 59/2010, prevedendo che le regole sulla selezione concorrenziale degli operatori non si applicassero al commercio sulle aree pubbliche. Tale esclusione, a sua volta, è stata abrogata recentemente, dall'art. 11, comma 7, lett. a), L. 30 dicembre 2023, n. 214 (cd. Legge concorrenza per il 2022) (**"Legge sulla concorrenza"**), a decorrere dal 31 dicembre 2023, ai sensi di quanto disposto dall'art. 22, comma 1, della medesima Legge concorrenza. La materia non è stata poi nuovamente toccata dalla Legge 16 dicembre 2024 n. 193 (cd. Legge concorrenza per il 2023)⁷.

2. Nuove modalità di assegnazione delle concessioni per il commercio su aree pubbliche: le criticità delle disposizioni introdotte dalla Legge sulla concorrenza.

La Legge sulla concorrenza ha abrogato le norme che escludevano l'attività di commercio su aree pubbliche dall'ambito di applicazione della direttiva *Blockestein*.

Nel dettaglio oggi l'art. 11 della Legge sulla concorrenza, rubricato *"Modalità di assegnazione delle concessioni per il commercio"*

6. Si veda, ex multis, sent. Corte Costituzionale n. 291 del 2012 che ha affermato come la disciplina del commercio su aree pubbliche rientra nell'ambito di applicazione della direttiva 2006/123/CE, relativa ai servizi nel mercato interno (cd. "direttiva servizi"), escludendo procedure di rinnovo automatico.

7. Per quanto qui di interesse, è opportuno precisare che la legge non interviene sulla ordinaria disciplina prevista per il rilascio di concessioni per lo svolgimento di attività commerciale su aree pubbliche, bensì, comunque, sulla disciplina della concessione di spazi e aree pubblici di interesse culturale o paesaggistico alle imprese di pubblico esercizio per l'installazione di strutture amovibili funzionali all'attività esercitata, sul cui approfondimento ci si soffermerà in separata sede, viste le numerose riflessioni ed implicazioni che tale normativa suggerisce.

su aree pubbliche" prevede che le concessioni di posteggio per l'esercizio del commercio su aree pubbliche devono essere rilasciate, per una durata di dieci anni, sulla base di procedure selettive, nel rispetto dei principi di imparzialità, non discriminazione, parità di trattamento, trasparenza e pubblicità, secondo linee guida adottate dal Ministero delle imprese e del made in Italy, previa intesa in sede di Conferenza unificata.

Le linee guida, invero, stante la loro importanza, avrebbero dovuto essere adottate entro tre mesi dalla data di entrata in vigore della legge, tuttavia, ancora non risultano allo stato approvate.

Alle amministrazioni competenti, il comma 3 dell'art. 11, affida il compito di procedere ad una ricognizione annuale delle aree destinate all'esercizio del commercio su aree pubbliche e, verificata la disponibilità di aree concedibili, ad indire procedure selettive con cadenza annuale nel rispetto delle già menzionate linee guida. Sono, invece, fatte salve le concessioni in essere, non ancora scadute, che continuano ad avere efficacia fino al termine previsto nel relativo titolo. Con particolare riferimento a tale tipologia di concessioni, è interessante notare che la norma fa riferimento alle concessioni già assegnate prima dell'entrata in vigore della legge e alle concessioni prorogate in attuazione dei commi 4-*bis* e 4-*ter* dell'art. 181 del Decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34, convertito con Legge 17 luglio 2020, n. 77.

La previsione è peculiare perché fa salve le concessioni prorogate in attuazione di una disposizione "eccezionale" introdotta durante il periodo emergenziale per via della pandemia da Covid-19.

Infatti, il predetto comma 4-*bis* disponeva, a suo tempo, il rinnovo per la durata di dodici anni per le concessioni in scadenza al 31 dicembre 2020, mentre il comma 4-*ter* prevedeva la facoltà delle Regioni di disporre che i comuni potessero assegnare, su richiesta degli aventi titolo, in via prioritaria e in deroga ad ogni altro criterio, concessioni per posteggi liberi, vacanti o di nuova istituzione, ove necessario, agli operatori

in possesso dei requisiti prescritti, che fossero rimasti esclusi dai procedimenti di selezione previsti dalla vigente normativa ovvero che, all'esito dei procedimenti stessi, non avessero conseguito la riassegnazione della concessione.

La disposizione, infatti, è stata aspramente criticata, poiché si lasciano in vigore quelle concessioni che sono state prorogate esclusivamente per via di una situazione assolutamente imprevedibile ed eccezionale, in presenza della quale non era possibile procedere all'assegnazione per mezzo di una procedura ad evidenza pubblica.

L'art. 11, comma 5 della Legge sulla concorrenza prevede che i procedimenti di rinnovo dei titoli concessori aventi scadenza entro il 31 dicembre 2020, non già riassegnati, e che alla data di entrata in vigore della Legge sulla concorrenza non sono ancora conclusi, proseguono e si chiudono, entro sei mesi, secondo le modalità di cui all'art. 181, Decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34. Qualora, invece, l'amministrazione non concluda il procedimento nel termine predetto, le concessioni si intendono comunque rinnovate, salva rinuncia dell'avente titolo e salvo il potere di adottare determinazioni in autotutela ai sensi dell'articolo 21-*nonies* della legge 7 agosto 1990, n. 241, in caso di successivo accertamento dell'originaria mancanza dei requisiti di onorabilità e professionalità e degli altri requisiti prescritti.

Ad ogni modo, precisa il comma 6, le concessioni non interessate dai procedimenti di rinnovo, descritte al comma 5, conservano la loro validità sino al 31 dicembre 2025 anche in deroga al termine previsto nel titolo concessorio e ferma restando l'eventuale maggiore durata prevista. Le disposizioni appena citate, invero, presentano non poche criticità.

Non si comprende la *ratio* della scelta legislativa che, così, permette il rinnovo del titolo concessorio anche in caso di mancata conclusione del procedimento a ciò preordinato (!). Neppure si comprende la ragione per cui i titoli concessori non interessati dai procedimenti di rinnovo dovrebbero continuare a rimanere in piedi fino al 31 dicembre 2025,

indipendentemente dalle previsioni contenute all'interno del negozio.

Vi è il rischio più che concreto che tali criticità conducano ad un'applicazione non omogenea della legge, oltre che a condizioni di evidente disparità tra gli operatori del settore. L'insieme delle circostanze illustrate, può seriamente contribuire ad un accesissimo contenzioso nel settore *de qua* oltre che ad ipotizzare dubbi di costituzionalità della norma.

Fra tutti, lo stesso Presidente della Repubblica, ripercorrendo gli orientamenti giurisprudenziali consolidatisi a riguardo e le posizioni espresse dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato sul punto, all'atto di promulgazione della Legge sulla concorrenza, ha trasmesso una lettera al Presidente delle Camere e al Presidente del Consiglio, evidenziando potenziali contrasti tra la disciplina introdotta dalla Legge sulla concorrenza e i più importanti principii in materia di concorrenza e libero accesso al mercato, sollecitando un celere intervento correttivo da parte del Legislatore che possa scongiurare il rischio di una nuova procedura di infrazione da parte della Commissione Europea nei confronti dell'Italia.

Nel dettaglio, è stato osservato come *"La proroga di dodici anni prevista dalla legge in esame per le concessioni in essere appare, alla luce di questi orientamenti giurisprudenziali, eccessiva e sproporzionata."* La lettera concludeva, addirittura, affermando come *"I profili di contrasto con il diritto europeo e con decisioni giurisdizionali definitive accrescono l'incertezza del quadro normativo, determinando*

la necessità di garantire la certezza del diritto e l'uniforme interpretazione della legge da parte di tutti i soggetti coinvolti", rendendosi, in definitiva necessari *"indispensabili, a breve, ulteriori iniziative di Governo e Parlamento"*.⁸

3. Lo scenario attuale: sentenza del Consiglio di Stato, Sez. V, 19 novembre 2024, n. 9266

Ad oggi, quindi, permane un'incertezza sconcertante e preoccupante nella disciplina dell'affidamento delle concessioni per lo svolgimento di attività commerciali su aree pubbliche. Da una parte è stato sancito l'obbligo di procedere all'assegnazione delle aree tramite procedura ad evidenza pubblica, dall'altra, però, le disposizioni introdotte, comunque, appaiono critiche per i diversi profili detti. In secondo luogo, poi, non sono state ancora adottate le linee guida che definiscano le modalità con le quali tali procedure debbano avere luogo (!). Nel frattempo, alcune amministrazioni stanno procedendo alla ricognizione delle aree di competenza, dando atto, tuttavia, dell'assenza delle citate linee guida⁹.

Un oceano di incertezze così ampio, come detto, non pone solamente dubbi di natura giuridica e di compatibilità costituzionale dell'intera disciplina, ma coinvolge direttamente numerose realtà imprenditoriali del nostro Paese, chiamate ad operare in un quadro di totale instabilità. Infatti, potrebbe anche realisticamente verificarsi che talune amministrazioni regionali o locali decidano di procedere ad

8. Comunicato Stampa della Presidenza della Repubblica, 2 gennaio 2024, consultabile al link: <https://www.quirinale.it/elementi/103918>.

9. Alcune Regioni hanno provveduto ad una ricognizione delle aree destinate all'esercizio del commercio su aree pubbliche. Tra queste si veda l'Emilia-Romagna che in data 27 settembre 2024 ha approvato la delibera n. 299, recante "Disciplina del commercio su aree pubbliche. Ricognizione, ai sensi dell'articolo 11, comma 3, della Legge 30 dicembre 2023, n. 214 (Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2022), delle aree destinate all'esercizio del commercio su aree pubbliche che risultano concedibili". La succitata delibera, peraltro, da atto che "nonostante sia ampiamente scaduto il termine stabilito all'articolo 11, comma 1, della legge n. 214/2023, non è stata sancita l'intesa in sede di Conferenza unificata, né sono state adottate le linee guida ministeriali" e "che la norma statale non stabilisce disposizioni transitorie in ordine al rilascio delle concessioni di posteggio per l'esercizio del commercio su aree pubbliche nelle more dell'adozione delle linee guida da parte del Ministero competente e che quest'ultimo non ha fornito indicazioni al riguardo".

una ricognizione delle aree concedibili, ed altre no, in attesa dell'approvazione delle linee guida ministeriali di regolamentazione della materia, creando un'immane ingiustizia sociale ed economica nel tessuto del nostro Paese. Ancora, conseguentemente, non è non è assurdo ipotizzare, come peraltro accaduto con riferimento alle concessioni demaniali marittime, che talune amministrazioni decidano, nel quadro di assoluta incertezza normativa, di prorogare le concessioni in scadenza, nell'attesa dell'approvazione delle linee guida ministeriali che definiscano come procedere all'aggiudicazione delle aree (!).

In questo caso, come avvenuto per le concessioni demaniali marittime, interviene la giurisprudenza a fornire alcuni chiarimenti. A tal proposito è il caso di analizzare la recente sentenza del Consiglio di Stato, Sez. V, 19 novembre 2024, n. 9266¹⁰.

La decisione trae origine dal ricorso promosso da diversi lavoratori, concessionari dei posteggi a rotazione nel territorio di Roma Capitale, avverso la determinazione dirigenziale con cui veniva annullata una precedente determinazione, a loro favorevole, di avvio della procedura per il rinnovo della concessione di 'posteggi a rotazione' per l'esercizio del commercio su aree pubbliche, aventi la scadenza del 31 dicembre 2020.

I ricorrenti denunciavano, in particolare, l'agire dell'amministrazione capitolina, per aver disapplicato la normativa nazionale, la quale, seppure contrastante con il diritto comunitario, avrebbe dovuto prevalere. A detta dei concessionari, peraltro, il settore del commercio su aree pubbliche non avrebbe neppure dovuto considerarsi rientrante nell'ambito applicativo della Direttiva 'Bolkestein'.

In primo grado, il T.A.R. Lazio, respingeva il ricorso, concludendo che *'la correttezza della impostazione di Roma Capitale (per la quale l'Amministrazione ben può disapplicare una legge contrastante con il diritto europeo) risulta corroborata proprio dalle sentenze nn. 17 e 18 del 2021 dell'Adunanza Plenaria, le quali hanno chiarito, ben oltre il perimetro della singola fattispecie trattata, che le disposizioni sul rinnovo automatico (in quel caso, delle concessioni marittime con finalità turistico - ricreative) contrastano con l'art. 49 del TFUE e con l'art. 12 della direttiva n. 123 del 2006'*.

I concessionari, soccombenti in primo grado, proponevano allora appello al Consiglio di Stato, lamentando, questa volta, *ex multis* l'erroneità della decisione del giudice di prime cure, per aver travisato i fatti e non considerato la non applicabilità della direttiva *Bolkestein'* al caso di specie.

Il Consiglio di Stato rigetta per intero l'appello proposto, seguendo un *iter* logico argomentativo utile ai fini della presente analisi e soprattutto, si ritiene, di illuminante portata ermeneutica ai fini dell'evoluzione normativa e giurisprudenziale che seguirà nel prossimo futuro.

Secondo i giudici di Palazzo Spada, in particolare, la decisione del Comune di Roma di disapplicare la normativa nazionale in ragione dell'applicazione nel nostro ordinamento dei principi del sovraordinato diritto dell'Unione Europea, è da ritenersi legittima. Infatti, la Direttiva *Bolkestein* è chiaramente *self executing*, poiché, possiede *"un livello di dettaglio sufficiente a determinare la non applicazione della disciplina nazionale e ad imporre, di conseguenza, una gara rispettosa dei principi di trasparenza, pubblicità, imparzialità, non discriminazione, mutuo riconoscimento e proporzionalità."*

10. Per un'ulteriore analisi della sentenza in commento, si veda R. Felato, Commercio su aree pubbliche: il divieto di proroga automatica delle concessioni tra inderogabilità del diritto unionale e disapplicazione della normativa domestica, in *ItaliAppalti.it*, 7 gennaio 2025.

11. Corte di giustizia UE con la sentenza 30 gennaio 2018 (C- 360/15 e C- 31/16).

Inoltre, come già precisato anche dalla Corte di Giustizia¹¹, la Direttiva *Bolkestein* "si applica 'non solo al prestatore che intende stabilirsi in un altro Stato membro, ma anche a quello che intende stabilirsi nel proprio Stato'."

Il Collegio, poi, indaga le caratteristiche e le modalità attraverso le quali l'attività di commercio su aree pubbliche viene erogata, al fine di comprendere se possa o meno essere soggetta alla disciplina comunitaria.

La decisione, nel dettaglio, qualifica "il commercio ambulante o il commercio su area pubblica", come "una attività di vendita di merci al dettaglio, effettuata su aree di proprietà pubblica, ovvero su piazzole o posteggi assegnati, oppure in forma itinerante", "una attività economica non salariata, fornita normalmente dietro retribuzione secondo la definizione fornita dall'art. 57 TFUE" pertanto, in quanto tale, rientra "senza alcun dubbio nella nozione di servizi di cui alla Direttiva 2006/123"¹².

L'originaria scelta, sopra descritta, del Legislatore di escludere dall'ambito di applicazione della Direttiva *'Bolkestein'*, la disciplina delle concessioni per il commercio sulle aree pubbliche si poneva in evidente contrasto con il diritto comunitario e, per questa ragione, deve essere disapplicata.

A questo proposito, precisa bene il Consiglio di Stato, "gli Stati membri non hanno, quindi, alcun margine di discrezionalità nel prevedere

ulteriori ipotesi di esclusione dall'ambito di applicazione della Direttiva, e ogni questione sulle modalità di applicazione delle disposizioni della Direttiva Servizi si pone logicamente dopo la corretta definizione del suo ambito di applicazione."

Valgono, quindi, anche nel settore del commercio su aree pubbliche, i medesimi principii e le medesime regole fissate dal Supremo Consesso Amministrativo¹³ con riferimento alle concessioni demaniali marittime. In particolare, afferma la sentenza, "gli spazi commerciali sono assimilabili alle spiagge: infatti, il rilascio della concessione di un 'parcheggio a rotazione' non può non tenere conto che sul bene, o attraverso il medesimo, il concessionario andrà a svolgere una attività lucrativa."

Peraltro, come osservato dal Presidente della Repubblica, anche la Corte costituzionale¹⁴ ha chiarito che la disciplina delle concessioni delle aree pubbliche per commercio rientra nell'ambito di applicazione della direttiva *Bolkestein'*, la quale è "autoapplicativa", con la conseguente necessità della disapplicazione delle norme interne incompatibili, con l'obbligo di una procedura di selezione "qualora il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili", escludendo procedure di rinnovo automatico.

Dunque, anche le aree pubbliche per il commercio, in questo caso parcheggi a

12. Cfr. ibidem.

13. Ad. Plen. Consiglio di Stato, n. 17 e 18 del 2021. Secondo le due importanti pronunce, con riferimento alla disciplina dell'affidamento delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico – ricreative, che le norme legislative nazionali che hanno disposto (o che in futuro dovessero ancora disporre) la proroga automatica delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico – ricreative – compresa la moratoria introdotta in correlazione con l'emergenza epidemiologica da Covid 19 dall'art. 182, comma 2, D.L. n. 34 del 2020, convertito in legge n. 77 del 2020 - sono in contrasto con il diritto eurounitario, segnatamente con l'art. 49 TFUE e con l'art. 12 della Direttiva 2006/123/CE; tali norme, pertanto, non devono essere applicate né dai giudici né dalla pubblica amministrazione. In entrambe le sentenze si è affermato il principio di diritto secondo cui il dovere di non applicazione della norma nazionale illegittima per violazione del diritto europeo si estende, oltre agli organi giudiziari, a tutte le articolazioni dello Stato, compresi gli enti territoriali e gli enti pubblici in generale anche in caso di direttiva self executing.

14. Sentenza n. 291 del 2012.

rotazione, costituiscono un bene "scarso"¹⁵ che, in quanto tale, deve essere assegnato per lo svolgimento di un'attività commerciale solo previo esperimento di una procedura ad evidenza pubblica che rispetti i principi di matrice comunitaria ispirati a libero accesso al mercato¹⁶.

Nel caso interessato dalla sentenza in commento, poi, quanto detto vale ancora di più in considerazione dei seguenti aspetti (i) il carattere territoriale del Comune concedente, (ii) l'attuale assenza di concorrenzialità del settore e (iii) l'elevata attrattività che rivestono per gli operatori tali attività, specie nel contesto caratterizzato da profili di unicità e assoluta particolarità quale è quello di Roma.

La Sentenza, in ultimo, conclude affermando come il Legislatore, ha seguito la strada dell'apertura al mercato, provvedendo al riordino del settore con la legge 30.12.2023, n. 214, stabilendo che le concessioni di posteggio per l'esercizio del commercio su aree pubbliche sono rilasciate, per una durata di dieci anni, sulla base di procedure selettive, nel rispetto dei principi di imparzialità, non discriminazione, parità di trattamento, trasparenza e pubblicità.

4. Conclusioni

Rimane evidentemente da capire cosa potrà succedere nelle more dell'approvazione delle Linee guida ministeriali. Nell'attesa, le coordinate ermeneutiche viste escludono inderogabilmente che si possa procedere ad una proroga delle concessioni in essere.

Nel frattempo, il rischio di una nuova procedura di infrazione, oltre che di una nuova mole di contenzioso sul punto, è quanto mai reale e sconcertante, visti i costanti richiami da parte dell'Unione Europea e le evidenti mancanze da parte del Legislatore a una compiuta regolamentazione anche della disciplina di cui si discute.

Per evitare dunque che si crei nella materia lo stesso grottesco contenzioso emerso con riguardo alle concessioni delle aree demaniali con finalità turistico ricreative è bene che le amministrazioni si uniformino ai principi sanciti dalla giurisprudenza, evitando di procedere all'assegnazione delle suddette aree in assenza di criteri concorrenziali.

Il rischio è quanto mai reale e possibile. Le linee guida non sono un mero atto presupposto, ma sono chiamate a colmare la lacuna normativa sul settore che deve quanto prima essere colmata.

15. È bene precisare che la nozione di scarsità non presenta connotati assoluti, bensì relativi. In particolare, la Corte di giustizia UE ha chiarito il concetto di 'scarsità' con la sentenza del 20.4.2023, nella causa C- 348/22 del 20.04.2023, affermando che "...risulta dallo stesso tenore letterale dell'art. 12, paragrafo I, della direttiva 2006/123 che, qualora il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali, gli Stati membri devono applicare una procedura di selezione tra i candidati potenziali, che presenti garanzie di imparzialità e trasparenza e preveda, in particolare, un'adeguata pubblicità dell'avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento".

16. Cfr. Cons. St., Sez.VII, 19 ottobre 2023, n. 9104.

Divieto di commistione degli elementi dell'offerta: il caso peculiare dei curricula del gruppo di lavoro tra componente 'tecnica' e componente 'amministrativa' al vaglio del Consiglio di Stato

di Antonio Ragazzo

IL
PUN
TO

Premessa

Accanto al R.U.P., la Commissione rappresenta l'altro 'attore protagonista' nella dinamica di gara.

Depone anzitutto in tal senso il dato normativo che, nella organizzazione codicistica ha avvertito l'esigenza di dedicarne alle competenze e, più latamente alle caratteristiche, un Capo autonomo¹: quasi a voler rimarcare l'indiscutibile rilevanza assunta dalla Commissione, e per essa dei suoi componenti, nella fase di selezione del concorrente 'migliore'.

In quest'ottica, dunque, si è previsto, all'art. 93 del d.lgs. 36/2023, che: "ai fini della selezione della migliore offerta nelle procedure di aggiudicazione di contratti di appalti con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, dopo la scadenza del termine per la presentazione delle offerte, è nominata una commissione giudicatrice" che, tra l'altro, "su richiesta del RUP, svolge anche attività di supporto per la verifica dell'anomalia".

Tra l'altro - a rimarcare quanto appena accennato - lo stesso articolo, non a caso, chiarisce che la Commissione di gara è necessariamente "presieduta e composta da dipendenti della stazione appaltante o delle amministrazioni beneficiarie dell'intervento in possesso del necessario inquadramento giuridico e, [diremmo, soprattutto] di adeguate competenze professionali".

Il rilievo assunto dal lavoro di quest'organo, come facilmente intuibile, sta nel fatto che lo stesso è chiamato a condurre importanti valutazioni in ordine alla bontà tecnica delle offerte presentate; valutazioni che, chiaramente, orientano sensibilmente gli esiti della competizione.

Come si dirà nel proseguo, è anche (se non soprattutto) in questa logica che, allora, attorno alle attività della Commissione giudicatrice la giurisprudenza è stata impegnata a definire e puntellare importanti principi di diritto che, nel silenzio del dato normativo, ne agevolano e ne chiariscono l'operato.

1. Vd. d. lgs. 36/2023, Libro I, Parte III, Titolo IV, Capo I.

1. Il caso

La legittimità delle valutazioni condotte dalla Commissione giudicatrice – in generale, quale organo della procedura – è stata oggetto di attenzione in una recente pronuncia del Consiglio di Stato²; là dove il giudice è stato chiamato a confrontarsi con un caso peculiare che, ai fini del presente commento, costituisce un'utile occasione per riflettere su principi consolidati che animano questi temi.

La vicenda vedeva coinvolti una Stazione Appaltante ed un raggruppamento d'impresе – secondo graduato – nell'ambito di una procedura di gara per l'affidamento dei servizi di progettazione e gestione della strategia d'immagine della stessa Amministrazione, per l'implementazione del *branding* ad essa relativo e per l'implementazione della sua attività di promozione turistica.

Nel dettaglio, il raggruppamento ricorreva avverso l'aggiudicazione e gli altri atti di gara, lamentando, per quanto qui rileva: *i)* "l'omesso inserimento nell'offerta tecnica dell'aggiudicataria dei *curricula* dei professionisti coinvolti [nelle attività oggetto della commessa], con [sua] conseguente necessaria esclusione"³; *ii)* "in ogni caso, l'erronea attribuzione dei punteggi della commissione per il corrispondente criterio valutativo"⁴.

Non accoglieva il ricorso il giudice di *prima curae*, evidenziando come l'aggiudicataria avesse legittimamente inserito i *curricula* richiesti dalla *lex* di gara nella c.d. 'busta amministrativa', con contestuale, e legittima, indicazione dei soli nominativi dei professionisti (eventualmente) interessati dalle (future) prestazioni nella documentazione delle c.d. 'busta tecnica'.

Sempre il giudice di primo grado, chiariva inoltre come non si ponesse alcuna "questione di soccorso istruttorio", considerato che la documentazione oggetto d'interesse era stata tempestivamente caricata dall'operatore nella piattaforma di gara; ben che meno, che si ponesse alcun problema circa il rispetto del principio di segretezza delle offerte presentate o del divieto di commistione tra elementi 'amministrativi' ed elementi 'tecnici', valendo – tale principio – per i diversi "rapport[i] fra l'offerta tecnica e quella economica".

Proponeva appello contro la sentenza lo stesso ricorrente, articolando nella sostanza le stesse censure.

2. La legittimità dell'operato della Commissione di gara, tra mancata esclusione...

Sulla farsa riga di quanto sostenuto pure dal giudice di prima istanza, il Consiglio di Stato, nel confrontarsi con le argomentazioni spese dal ricorrente, giunge alle medesime conclusioni contenute nel primo pronunciamento.

E così, nel confrontarsi con la valutazione di illegittimità in ordine alla mancata esclusione del primo graduato, i giudici di Palazzo Spada esprimono, preliminarmente, un chiaro intendimento sulla portata della clausola del disciplinare di gara che 'sanzionava' con l' "esclusione" ovvero con l' "inammissibilità" la mancata produzione dei (più volte citati) *curricula* tra la documentazione dell'offerta tecnica.

Nel caso di specie, infatti, in considerazione della avvenuta produzione degli stessi nell'ambito della sola documentazione contenuta nel FVOE, e tenuto conto – quindi – della loro consultabilità, il giudice ha

2. Cons. St., sez. V, 31.12.2024, n. 10557.

3. Vd. Cons. St. n. 10557/2024, cit.

4. Vd. Cons. St. n. 10557/2024, cit.

condivisibilmente chiarito che “le previsioni [del disciplinare cui si faceva poc’anzi cenno] [...] non possono che essere lette nel senso di sanzionare con l’espulsione la [sola] *carezza materiale*”⁵ degli elementi informativi richiesti.

Allo stesso tempo, e a maggior ragione, la presenza dei *curricula* nel FVOE, dopo aver eseguito il seggio di gara la “apertura e verifica della documentazione amministrativa presentata dagli operatori economici”⁶, non ha certo impedito alla Commissione di operare le proprie valutazioni: dacché, è risultato non accoglibile nemmeno la censura complementare di decurtazione del punteggio attribuito al riguardo.

Ancora, nel senso della corretta gestione amministrativa della vicenda da parte della Commissione giudicatrice, rileva poi la circostanza – non banale – per cui, nel caso in esame, non si assiste ad alcuna “commistione” tra gli atti di gara.

Ad una lettura poco attente della vicenda, infatti, potrebbe erroneamente supporre che la produzione di elementi essenziali per la determinazione dell’offerta tecnica, come quelli di cui si discorre, nel solo ambito ‘amministrativo’, possa aver dato luogo ad una indebita ‘mescolanza’ dei dati conoscitivi, inquinando il regolare andamento della procedura competitiva.

A simili supposizioni, tuttavia, non lascia spazio l’analisi condotta dal giudice amministrativo che, ricordando il granitico orientamento giurisprudenziale formatosi sul punto, sottolinea come – a ben vedere – la “commistione” che realmente rileva ai fini della eventuale declaratoria di illegittimità, è quella che

ottiene alla ben diversa produzione di elementi economici nell’ambito dell’offerta tecnica o della busta amministrativa.

Del resto, non diversamente potrebbe essere se, come è vero, la logica che permea tale considerazione è quella di “evitare in particolare che le valutazioni tecniche [della Commissione] possano essere influenzate da elementi economici preventivamente conosciuti dalla [stessa]”⁷.

Difatti, come è stato correttamente sostenuto in giurisprudenza, “la conoscenza di elementi economici da parte della Commissione di gara, nella fase della valutazione dell’offerta tecnica, che precede quella di valutazione dell’offerta economica, appare di per sé idonea a determinare anche solo in astratto un condizionamento dell’operato della Commissione medesima, alterando o perlomeno rischiando potenzialmente di alterare la serenità e l’imparzialità dell’attività valutativa della Commissione stessa”⁸.

In considerazione di tanto, allora, vale implicitamente anche in questo caso quel complesso di ‘regole’ tracciate dalla giurisprudenza amministrativa nel corso degli anni che, scomponendo su un piano eminentemente operativo i principi e le riflessioni *de quibus*, ha sostenuto: “[i]) la componente tecnica dell’offerta e la componente economica della stessa devono essere necessariamente inserite in buste separate e idoneamente sigillate, proprio al fine di evitare la suddetta commistione [...] ; [ii]) è precluso ai concorrenti l’inserimento di elementi economico-quantitativi all’interno della documentazione che compone l’offerta tecnica (qualitativa) [...] ; [iii]) l’apertura della busta contenente l’offerta economica

5. Vd. Cons. St. n. 10557/2024, cit.

6. In questi termini il verbale di gara citata in sentenza.

7. Vd. Cons. St. n. 10557/2024, cit. e giurisprudenza ivi citata: Cons. St. sez. V, 27.10.2022, n. 9187 e Cons. St., sez. V, 06.09.2022, n. 7748.

8. Vd. Cons. St., sez. III, 09.01.2020, n. 167 che rimanda, a sua volta, a Cons. St., sez. V, 12.09.2015, n. 5181.

deve necessariamente seguire la valutazione dell'offerta tecnica⁹.

Senza considerare pure che il divieto di 'commistione' per come appena declinato, non vada certo inteso in senso assoluto, al punto da eliminare ogni possibilità di obiettiva interferenza tra l'aspetto tecnico e quello economico dell'appalto posto a gara¹⁰, attesa l'assenza di una norma di legge che vieti l'inserimento di elementi economici nell'offerta tecnica¹¹, e sempre che uno specifico divieto non sia espressamente ed inequivocabilmente contenuto nella legge di gara¹².

3. ... e mancato soccorso istruttorio.

Chiariti i corretti limiti di operatività del divieto di 'commistione' e la sua esatta latitudine concettuale, la sentenza in commento si lascia apprezzare anche per un interessante passaggio in materia di soccorso istruttorio.

Come noto, questo istituto – oggi disciplinato all'art. 101 del d.lgs. 36/2023 – si propone lo specifico obiettivo di consentire agli operatori economici di "integrare" o "sanare" omissioni, inesattezze, irregolarità o elementi mancanti della documentazione prodotta in sede di offerta.

Altrettanto noto è il fatto che tali integrazioni e sanatorie non possano mai, in alcun caso, riferirsi alla "documentazione che compone l'offerta tecnica e l'offerta economica", al fine di evitare che taluno degli operatori interessati possa modificare, secondo le proprie esigenze,

aspetti e contenuto dell'offerta traendone indebitamente vantaggio.

Ebbene, nel caso specifico, la valutazione dei *curricula* in assenza della loro collocazione tra i documenti dell'offerta tecnica potrebbe (erroneamente) indurre a ritenere che la Commissione abbia illegittimamente dato luogo ad un'ipotesi inammissibile di soccorso.

Si potrebbe ritenere, invero, che la valutazione della documentazione professionale, per come recuperata nella diversa sede del FVOE, in ragione del suo mancato inserimento nel campo dell'offerta tecnica, si atteggiasse proprio ad "integrazione" o a "sanatoria" benché, come visto, la stessa sia assolutamente vietata quando abbia ad oggetto documentazione di tipo tecnico ed economico.

Ad escludere l'ipotesi di soccorso istruttorio provvede, in ogni caso, direttamente il giudice che, in maniera più che condivisibile, riflette, come il giudice di primo grado prima di lui, sulla circostanza in forza della quale "la documentazione di rilievo [...] era [...] già presente agli atti dell'amministrazione [ed] in relazione a figure professionali esse stesse già indicate nell'offerta tecnica"¹³.

Pertanto, è proprio in ragione della mai constatata presenza nella documentazione tecnica del gruppo di lavoro, che è ben possibile escludere ogni forma di "etero-integrazione a posteriori del contenuto di quest'ultima"¹⁴ e – quindi – escludere ogni ipotesi di illegittimità, avuto riguardo ad un soccorso istruttorio che, di fatto, non è stato mai attivato dalla Stazione Appaltante.



9. Vd. Cons. St., sez. III, 09.01.2020, n. 167 e la giurisprudenza lì richiamata: Cons. St., sez. V, 21.11.2017, n. 5392; Cons. St., sez. VI, 27.11.2014, n. 5890; Cons. St., sez. V, 24.01.2019, n. 612; Cons. St., sez. V, 20.07.2016, n. 3287.

10. Così, Cons. St., n. 5181/2015, cit.

11. Cons. St., 5890/2014, cit.

12. Cons. St., sez. V, 14.12.2018, n. 7057.

13. Vd. Cons. St. n. 10557/2024, cit.

14. Per una situazione simile la sentenza stessa rimanda a Cons. St., V, 28.03.2024, n. 2945 e Cons. St., sez. V, 26.08.2020, n. 5210.

Resta da rilevare, tra l'altro, che la soluzione prospettata dal Consiglio di Stato, pur nel silenzio della sentenza sul punto, si pone in linea con quanto previsto oggi all'*incipit* del già menzionato art. 101, nella parte in cui lo stesso prescrive che l'intera operatività della fattispecie di soccorso è comunque circoscritta ai casi in cui "al momento della scadenza del termine per la presentazione dell'offerta il documento sia presente nel fascicolo virtuale dell'operatore economico".

4. Conclusioni

Come anticipato in premessa, la sentenza in commento si inserisce in quel filotto di pronunce della giustizia amministrativa che chiarisce e, quindi, allo stesso tempo favorisce, il corretto operato della Commissione di gara nelle procedure d'acquisto.

Alla luce delle considerazioni svolte, la stessa restituisce all'interprete ed agli operatori del settore almeno due importanti notazioni di cui occorre dare conto.

Per un verso, l'approccio che pare permeare l'intero *iter* argomentativo è chiaramente improntato al rispetto di quel principio di risultato che – oggi – codificato all'art. 1 del d.lgs. 36/2023, restituisce anche in un caso come questo tutta la sua forza innovativa.

Lo si coglie, in particolare, nella scelta di valorizzare una lettura 'sostanzialistica' della documentazione di gara; e se ne ricava – pertanto – l'indicazione per la Commissione di non escludere l'operatore economico incappato in un mero 'peccato venale' di forma.

La soluzione ben si sposa, all'evidenza, con la spinta volta a favorire la partecipazione e la competizione nel mercato.

Da altro angolo prospettico, ancora, il pronunciamento diventa l'occasione ideale per confermare e ribadire la validità di quell'orientamento che, in punto di 'commistione' tra elementi economici ed altri elementi della documentazione di gara, segna una chiara

direzione a cui la Commissione può fare riferimento nelle proprie attività amministrative quotidiane.

Una chiara direzione – è bene ribadirlo – che non si debba tradurre, anche in questo caso, in una formalistica valutazione della sola presenza di elementi economici in altri 'punti' della documentazione di gara; ma che debba, piuttosto, impegnarsi a setacciare, tra le tante, quelle 'commistioni' che sole si traducano in un potenziale pericolo per le valutazioni a cui la stessa Commissione è chiamata.

Le opinioni espresse nel presente lavoro sono strettamente personali e non impegnano in alcun modo l'Istituzione di appartenenza.

Sopralluogo non obbligatorio. Ammesso il soccorso istruttorio nel caso di mancanza di delega

di Andrea Magagnoli

IL
PUN
TO

Le procedure di selezione degli operatori economici dirette alla scelta dell'effettivo contraente e del soggetto che otterrà l'incarico a seguito dell'esito dell'espletamento di una gara presentano con grande frequenza due aspetti.

Esse, infatti, si caratterizzano in molti casi da un elevato grado di complessità e tecnicismo, elementi ai quali potrà accompagnarsi, altresì, la presenza di consistenti difficoltà nell'opera oggetto dell'affidamento.

In considerazione di tali elementi che frequentemente caratterizzano le procedure di selezione pubblica, l'ordinamento prevede due rimedi diversi basati su specifiche disposizioni destinati in ogni caso ad agevolare la partecipazione alle gare pubbliche. È oggi previsto, infatti, il soccorso istruttorio che si sostanzia in un sub-procedimento all'interno del più ampio procedimento amministrativo della gara pubblica e che svolge la funzione di sanare le irregolarità della domanda e di facilitare la partecipazione alle procedure di gara che presentino aspetti di particolare difficoltà.

Accanto al soccorso istruttorio viene previsto anche il sopralluogo ovvero una procedura di verifica dello stato dei luoghi da compiersi da parte dell'operatore economico prima della formulazione dell'offerta al fine di consentirgli l'acquisizione di tutte le informazioni necessarie per la redazione di una proposta adeguata e conferente alla situazione di fatto.

Si tratta di due istituti, di due gruppi di norme che determinano lo sviluppo di questioni di non poco conto in sede applicativa e che vengono fatte oggetto della recente sentenza emessa da parte del Consiglio di Stato. Oggetto d'analisi da parte dei giudici amministrativi nel provvedimento qui in commento sono infatti due questioni vigenti che si pongono su piani diversi e che traggono origine in un certo senso dalle lacune della normativa vigente.

La motivazione della sentenza prende posizione, infatti, sui limiti applicativi del soccorso istruttorio per definire in seguito le caratteristiche del sopralluogo nel procedimento di gara e la sua obbligarietà.

La recente decisione emessa da parte dei giudici amministrativi di secondo grado portante il numero 9783 e depositata il giorno 6 dicembre 2024 pone infatti i seguenti due principi di diritto:

1) Non esistono preclusioni alla applicabilità del soccorso istruttorio ad eventuali irregolarità presenti nella documentazione presentata da parte dell'operatore economico che intenda prendere parte ad una procedura di gara salvo quelle espressamente previste dalla legge, esso pertanto potrà trovare applicazione anche nel caso in cui venga contestata la mancanza di una delega;

2) Il sopralluogo antecedente alla presentazione dell'offerta da parte di un soggetto interessato alla partecipazione alla gara non presenta in ogni caso un carattere obbligatorio data la sua superfluità nel caso in cui l'operatore economico si trovi per ragioni diverse dalla verifica dello stato dei luoghi comunque in possesso delle nozioni e delle informazioni sufficienti per la formulazione dell'offerta;

2. Il caso concreto che ha portato all'emanazione della sentenza n. 9783

Il caso di specie che ha portato all'emissione della sentenza qui in commento trae origine da una procedura di gara indetta da una pubblica amministrazione ed avente ad oggetto l'affidamento: "dei servizi di manutenzione degli impianti termoidraulici e di condizionamento e dei servizi di manutenzione degli impianti elettrici e speciali nell'ambito del sistema dinamico di acquisizione della pubblica amministrazione per la fornitura dei servizi agli immobili in uso a qualsiasi titolo alla pubblica amministrazione."

La Stazione appaltante che aveva indetto la procedura decideva la esclusione di uno degli operatori economici. A fondamento del provvedimento che ne inibiva la partecipazione alla gara pubblica veniva posta l'inosservanza dell'obbligo del sopralluogo trattandosi di una verifica imprescindibile per potere partecipare alla selezione.

La società esclusa lamentava una lesione

nei propri diritti da parte della Stazione Appaltante. Rappresentava, infatti, che era necessario riservare tale adempimento ai soli casi caratterizzati dalla effettiva necessità di consentire l'acquisizione delle informazioni necessarie alla formulazione di una offerta adeguata e rispondente alle caratteristiche dell'incarico oggetto dell'affidamento.

La tesi della società ricorrente veniva sin dalla fase cautelare del processo amministrativo ritenuta fondata da parte dei giudici del Tribunale Amministrativo Regionale che si orientano per l'inefficacia del provvedimento di esclusione dalla gara riammettendovi dall'immediato la società.

Le medesime conclusioni vengono raggiunte anche a seguito della discussione tenuta nel corso del procedimento di primo grado al cui esito veniva deciso l'annullamento del provvedimento di esclusione emesso da parte della Stazione Appaltante.

La decisione dei giudici del Tribunale Amministrativo Regionale non poggiava esclusivamente su di una sola ragione ma su traeva la propria base in una pluralità di motivazioni.

Tra di esse, comunque, quella che presentava una maggiore importanza veniva tratta dal mancato obbligo di esecuzione del sopralluogo nel caso di specie derivante da possesso da parte dell'operatore economico delle informazioni sufficienti alla formulazione di una offerta adeguata alla situazione concreta.

Al sopralluogo, infatti, osservano i giudici del Tribunale Amministrativo Regionale, deve essere attribuita una mera funzione informativa per l'operatore economico.

Si tratta, prosegue la motivazione dei giudici amministrativi di primo grado, di una verifica che non presenta il carattere di un vero e proprio obbligo ma di un mero strumento destinato ad uno scopo specifico costituito dalla necessità di ricorso alla formazione in capo all'operatore economico di un complesso di nozioni idonee a consentirgli una partecipazione consapevole di gara.

In particolare, osservavano i giudici amministrativi, esso si rende necessario al fine di consentire all'operatore economico di acquisire tutte le informazioni necessarie per la formulazione di una offerta comunque adeguata all'incarico oggetto della procedura di gara.

Ipotesi, osservano i giudici del Tribunale Amministrativo Regionale riprendendo le ragioni difensive della società ricorrente, che ricorre appieno nel caso di specie in quanto la società illegittimamente esclusa dalla procedura di selezione aveva in precedenza svolto la funzione di gestore del servizio oggetto della procedura di gara. Incarico che sicuramente le avrebbe consentito di conoscere in maniera approfondita tutte le circostanze della situazione di fatto.

L'amministrazione riteneva comunque corretta la propria posizione e legittimo il provvedimento di esclusione dalla gara. La Stazione appaltante infatti dava ulteriore corso alla procedura giudiziaria attraverso un ricorso ai giudici amministrativi di secondo grado. Rappresentando in sintesi le medesime motivazioni oggetto di deduzione durante il procedimento di primo grado fondate in particolare sulla mancanza del sopralluogo che costituiva in ogni caso un adempimento necessario per potere partecipare alla procedura di selezione.

Il procedimento dopo avere compiuto il proprio corso giungeva all'esame dei giudici del Consiglio di Stato che in prima istanza rigettano la richiesta di sospensiva della sentenza emessa in primo grado.

La causa, in seguito, passava in discussione così da venire decisa con la sentenza qui in commento la cui motivazione pone i principi di cui sopra.

3. Precedenti di giurisprudenza sulla natura del sopralluogo

Le questioni decise con la sentenza qui in commento non presentano sicuramente il carattere della novità dato che a più riprese erano state fatte oggetto di discussione innanzi ai giudici amministrativi sia di primo che di secondo grado.

Le disposizioni relative al sopralluogo erano state esaminate da parte dei magistrati in una serie di precedenti decisioni. Vedremo comunque come l'orientamento interpretativo si sia modificato nel corso del tempo. Infatti in una prima fase i giudici amministrativi avevano assunto una posizione favorevole alla obbligatorietà del sopralluogo mentre in tempi più recenti le loro decisioni ne avevano limitato la necessità alle sole ipotesi in cui la verifica dello stato dei luoghi si renda necessaria al fine di consentire all'operatore economico il possesso delle informazioni necessarie per la formulazione di una offerta adeguata.

Nelle sentenze Cons. Stato 23 giugno 2016 n. 2800, Cons. Stato sez. quinta n. 4597 2018 i giudici amministrativi di secondo grado avevano abbracciato un tesi che ravvisava nel sopralluogo la natura di un adempimento di carattere obbligatorio imprescindibile per la partecipazione alla gara pubblica.

Si tratta, secondo l'indirizzo interpretativo espresso dalla sentenze, di un vero e proprio obbligo cui l'operatore economico sarà in ogni caso tenuto a provvedervi. Esso dovrà essere eseguito con la diligenza necessaria in relazione alla situazione di fatto. Precisano inoltre i giudici del Consiglio di Stato nelle loro decisioni più risalenti nel tempo come dalla mancata esecuzione del sopralluogo derivi l'impossibilità per il concorrente che vi era tenuto a partecipare alla procedura di gara.

Tuttavia, tale posizione non presenta un carattere definitivo in quanto essa verrà integralmente modificata da parte della successiva giurisprudenza del Consiglio di Stato che giungerà a conclusioni diametralmente opposte rispetto a quelle raggiunte in precedenza. La radicale modifica dell'indirizzo interpretativo trova la propria base in una serie di motivazioni specifiche che essenzialmente fanno leva su di una considerazione circa le caratteristiche giuridiche del sopralluogo.

Ma vediamo come i giudici del Consiglio di Stato siano giunti alle loro conclusioni sulla questione della natura giuridica del sopralluogo e sugli effetti della sua mancata esecuzione.

Astrattamente la verifica dello stato dei luoghi potrebbe essere fatta rientrare nella categoria degli adempimenti di carattere obbligatorio ovvero all'interno di quella degli adempimenti facoltativi.

Con le sentenze più recenti, infatti, il Consiglio di Stato esclude in maniera categorica la natura obbligatoria del sopralluogo sulla base di una considerazione basata sulle disposizioni che l'ordinamento dedica alla verifica dei luoghi. Dal loro esame emerge in maniera indiscutibile la natura di mero strumento, precisano infatti i giudici amministrativi come il sopralluogo costituisca un semplice mezzo che l'ordinamento predispone al fine di consentire all'operatore economico di acquisire tutte le informazioni necessarie per redigere l'offerta in maniera adeguata e conferente alla situazione di fatto ed alle caratteristiche della prestazione richiesta da parte della Stazione Appaltante. Il sopralluogo, precisano i giudici del Consiglio di Stato, non presenta le caratteristiche di un vero e proprio obbligo formale. Ci si trova infatti in presenza di un adempimento, come si vedrà in seguito, in determinate ipotesi del tutto superfluo.

La verifica infatti sarà superflua nel caso in cui l'operatore economico che intenda partecipare alla gara si trovi comunque in possesso delle informazioni necessarie per la formulazione di una offerta adeguata. Non avrebbe senso, infatti, pretendere un adempimento diretto a consentire la formazione di un "patrimonio informativo" di cui l'operatore economico si trovi già in possesso.

La tesi a favore della facoltatività del sopralluogo è stata espressa attraverso le sentenze del Consiglio di Stato sez. V n. 1037/2018 e Consiglio di Stato n. 6033/2020.

La tesi del carattere facoltativo del sopralluogo non era comunque sicuramente nuova nella giurisprudenza amministrativa posto che era già stata sostenuta anche sotto la vigenza della normativa contenuta nel decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50. Il carattere facoltativo del sopralluogo in particolare era stato desunto da una lettura del contenuto dell'art. 79 del d.lgs. n. 50/2016.

La disposizione, infatti, anche se pare contenere una norma favorevole alla tesi dell'obbligatorietà del sopralluogo, ad una più attenta lettura porta a propendere invece per la tesi opposta. Ma vediamo che cosa dispone. Essa contiene la dicitura: "le offerte possono essere formulate soltanto a seguito di una visita dei luoghi o dopo la consultazione". Orbene da una lettura sommaria emergerebbe una natura obbligatoria per il sopralluogo, tuttavia, ad un esame dell'intero testo legislativo emerge un dato del tutto diverso, infatti, la locuzione poc'anzi citata non limita la partecipazione alla gara all'effettiva esecuzione del sopralluogo ma più semplicemente impone alla Stazione appaltante di prevedere termini tali da consentire all'operatore economico di poter procedere alla verifica dello stato dei luoghi.

Pertanto, ed in sintesi, non si potrà che concludere come il principio della non obbligatorietà del sopralluogo in determinati casi non costituisca di certo un elemento del tutto nuovo data la presenza di numerosi precedenti giurisprudenziali orientati in tal senso.

4. Le decisioni dei giudici amministrativi basate sul favor participationis

L'esclusione del carattere obbligatorio del sopralluogo viene ricavata dalla giurisprudenza non solo sulla base della natura e delle caratteristiche attribuite al sopralluogo dalla normativa vigente, ma trae origine altresì da un esame dell'ordinamento nel suo complesso e dai principi in esso presenti.

All'interno della legislazione vigente infatti sono contenuti una serie di principi dai quali è possibile evincere un complessivo favor participationis ovvero una tendenza ad agevolare l'ingresso degli operatori economici nelle procedure di gara.

Si tratta di una tendenza rilevabile non solo a livello nazionale ma anche sovranazionale e che tende ad espandersi nel tempo. Essa a propria volta trae origine da una considerazione circa il fatto che assicurare una partecipazione più

ampia possibile alla gara pubblica presenti un utile per l'intera collettività infatti tanto più alto sarà il numero dei concorrenti tanto migliori potenzialmente saranno le condizioni che l'amministrazione potrà ottenere.

Le disposizioni che manifestano il favore legislativo per una maggiore partecipazione possibile sono numerose e possono essere rinvenute sia all'interno della normativa nazionale che in quella di carattere sovranazionale.

Si tratta in ogni caso di norme di carattere cogente ed obbligatorio destinate ad assumere una funzione vincolante per le Stazioni Appaltanti in sede di regolamentazione delle gare pubbliche. Nel caso, infatti, in cui le loro prescrizioni non siano state osservate da parte di coloro che vi sono obbligati verrà a determinarsi un vizio nell'intera procedura di gara che potrebbero portare ad un suo annullamento.

Una norma che manifesta in maniera evidente tale tendenza e che pone importanti principi in materia di procedure di gara pubblica è senza ombra di dubbio l'articolo 3 del d.lgs. n.36 2023 che presenta un contenuto inequivoco.

Essa, infatti, dispone: "Le stazioni e gli enti appaltanti favoriscono, secondo le modalità indicate dal Codice, l'accesso al mercato degli operatori economici secondo i principi di concorrenza, imparzialità di non discriminazione, di pubblicità e trasparenza, di proporzionalità."

La norma che esprime un indiscusso favore per la partecipazione alle gare pubbliche può in certo senso essere suddivisa in due parti. Nella sua parte iniziale, infatti, essa individua un principio di carattere generale da osservarsi da parte delle Stazioni appaltanti. Queste ultime, infatti, saranno tenute ad agevolare in ogni caso la partecipazione dell'operatore alla procedura di gara.

La disposizione nella sua seconda parte invece specifica le modalità tramite le quali l'obbligo di cui sopra dovrà trovare realizzazione. Le stazioni appaltanti, infatti, al fine di facilitare l'ingresso dell'operatore alla gara dovranno agire secondo i principi indicati dalla norma

ovvero quello della concorrenza dell'imparzialità della non discriminazione della pubblicità della trasparenza ed infine della proporzionalità.

Si tratta di una disposizione di carattere comunque cogente la cui mancata osservanza potrà essere dedotta anche innanzi al giudice amministrativo e che potrebbe quale violazione di legge portare all'annullamento dell'intera procedura. Le indicazioni contenute nell'articolo 3 al di là dell'importanza del loro contenuto presentano un ulteriore aspetto rilevante.

Infatti, ai sensi di quanto previsto dall'art. 4 del d.lgs. n. 36/2023 gli oneri previsti per le Stazioni Appaltanti dall'art. 3 costituiscono veri e propri principi di interpretazione ed applicazione delle altre disposizioni contenute nel Codice dei contratti pubblici.

Dal contenuto del d.lgs. n. 36/2023 è possibile evincere un principio per il quale la Stazione appaltante dovrà operare in modo da agevolare la partecipazione alla gara facilitando pertanto gli adempimenti a ciò necessari. Tale principio non potrà che trovare applicazione anche alla verifica dello stato dei luoghi tramite il sopralluogo. Tale adempimento, infatti, potrà essere imposto all'operatore economico nel solo caso in cui ci si trovi in presenza di una situazione di fatto che presenti determinate caratteristiche.

L'operatore economico sarà infatti tenuto a darvi corso nel solo caso in cui esso non si trovi nel possesso delle nozioni necessarie per la formulazione dell'offerta circostanze che rende del tutto superfluo il sopralluogo.

5. La sentenza del Consiglio di Stato n. 9783 in materia di sopralluogo durante le procedure di gara pubblica

La recente sentenza del Consiglio di Stato, come abbiamo visto, pone in materia di sopralluogo un principio che anche se con certi limiti manifesta un certo favore per l'operatore economico che intenda partecipare ad una procedura di gara. In linea di massima l'operatore economico è

tenuto a dare corso al sopralluogo tale obbligo, tuttavia, non assume un carattere assoluto dato che è possibile sottrarsi nel caso in cui le informazioni che con esso avrebbero potuto essere acquisite si trovino già in possesso del soggetto che intenda partecipare alla gara pubblica.

Il principio come abbiamo visto costituisce una affermazione o meglio una riaffermazione di un precedente indirizzo interpretativo contenuto nelle precedenti sentenze emesse da parte del Consiglio di Stato.

Tale posizione in ragione della sempre maggior tendenza del legislatore, non solo nazionale, per il favor participationis nelle procedure di gara pubbliche che si esprime attraverso l'emanazione di disposizioni specifiche volte ad agevolare l'ingresso nelle procedura di selezioni pubblica sarà con tutta probabilità destinato a rafforzarsi in futuro restringendo in maniera sempre più consistente gli ambiti applicativi del sopralluogo alle sole ipotesi in cui la verifica si renda indispensabile ed effettivamente necessaria in relazione alla situazione di fatto.

Inoltre, sia pure in assenza nell'ordinamento del precedente giudiziario vincolante, deve essere considerato come il principio promani da un organo molto autorevole così da potere influenzare le future decisioni dei giudici amministrativi che si troveranno ad esaminare una questione analoga ed a decidere sugli effetti della mancanza del sopralluogo.

6. L'applicazione del soccorso istruttorio nel caso di mancanza di delega al soggetto che abbia materialmente eseguito il sopralluogo

La motivazione della sentenza qui in commento non decide la sola questione degli effetti giuridici del sopralluogo ma prende posizione anche su di una altra questione di non secondaria importanza riguardante in particolare le modalità tramite le quali sia possibile provvedere alla sanatoria dei vizi eventualmente presenti nella procedura di gara.

La questione può essere sintetizzata nel seguente modo: è possibile sanare attraverso l'esercizio del soccorso istruttorio l'assenza di una delega in capo all'operatore economico che abbia partecipato al sopralluogo?

In altri termini la partecipazione al sopralluogo sarà possibile da parte di un soggetto privo della delega necessaria ovvero da tale mancanza discenderà l'invalidità dell'intera procedura.

Prima di passare all'esame della soluzione individuata nella motivazione della sentenza qui in commento è necessario compiere alcuni accenni sulla misura del soccorso istruttorio.

La sua funzione può essere colta nella sentenza del Consiglio di Stato 22 ottobre 2018 n. 6033, che specifica che esso ha la funzione di integrare la documentazione già prodotta nella procedura di gara ma ritenuta dalla Stazione Appaltante incompleta od irregolare da un punto di vista formale.

Si tratta in particolare di una procedura che costituisce un vero e proprio sub procedimento all'interno del procedimento vero e proprio rappresentato dalla complessiva procedura di gara che trova attualmente una propria regolamentazione nel Codice dei contratti pubblici ed in particolare nell'articolo 101 del d.lgs. n.36/2023 che individua quattro diverse forme di soccorso istruttorio ovvero le seguenti:

- 1) Soccorso istruttorio integrativo o completivo;
- 2) Soccorso istruttorio sanante;
- 3) Soccorso istruttorio in senso stretto o procedimentale
- 4) Soccorso istruttorio correttivo.

Quello che qui interessa la seconda delle fattispecie ovvero quella del cd soccorso istruttorio sanante. Si tratta di un sistema che consente all'operatore economico di effettuare un intervento che sani irregolarità omissioni od imperfezioni presenti nella documentazione presentata in precedenza al fine di partecipare alla gara pubblica. Nel caso, infatti, in cui la Stazione Appaltante ravvisi anche solo una delle tre fattispecie potrà assegnare un termine all'operatore economico entro il quale potrà

essere posto in essere l'intervento necessario a porvi rimedio tale termine, tuttavia, non potrà essere inferiore a cinque giorni ed in ogni caso superiore ai dieci. Il soccorso istruttorio, tuttavia, trova un limite riferibile alla natura dei vizi sanabili attraverso il suo esercizio.

È infatti escluso che esso possa essere attivato nel caso in cui ci si trovi in presenza di irregolarità, omissioni od imperfezioni che rendano assolutamente incerta l'identità del concorrente. La questione decisa con la sentenza qui in commento riguarda l'attivazione del soccorso istruttorio nel caso in cui nella procedura di gara sia all'apparenza rilevabile un difetto di legittimazione.

In particolare, si tratta di accertare se possa essere ritenuto valido un sopralluogo effettuato da parte di un soggetto privo di delega da parte dell'operatore economico che intenda partecipare alla procedura di gara.

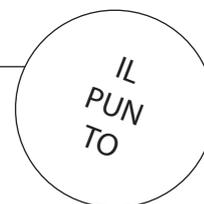
I giudici del Consiglio di Stato escludono che tale vizio possa essere fatto rientrare tra quelli che non rendono attivabile il soccorso istruttorio.

Infatti, come abbiamo visto la normativa esclude che esso possa essere attivato nel caso in cui ci si trovi in presenza di una imperfezione tale da rendere assolutamente incerta l'identità del concorrente fattispecie che non trova riscontro nel caso esaminato da parte dei giudici del Consiglio di Stato e che ha portato alla emissione della sentenza qui in commento in quanto dalle caratteristiche complessive della situazione era comunque possibile evincere l'identità del soggetto che avrebbe dovuto sottoscrivere la delega.

Si tratta anche in questo caso di un principio che manifesta un certo favore per l'operatore economico consentendogli di ampliare le possibilità di candidarsi nella procedura di selezione pubblica.

L'accordo di collaborazione

Stefano de Marinis



L'accordo di collaborazione: un nuovo istituto nel codice dei contratti

Tra le principali novità apportate dal decreto legislativo n.209 del 2024, c.d. Correttivo, al codice dei contratti pubblici spicca senz'altro l'istituto dell'accordo di collaborazione, ivi previsto agli articoli 29 e 89 che introducono nel decreto legislativo n.36/2023 rispettivamente un nuovo articolo 82 bis ed un nuovo allegato II.6-bis.

La rilevanza dell'iniziativa è duplice. Ciò sia in rapporto al contenuto di un modello contrattuale inedito, per lo meno in termini di tipizzazione, che vanterebbe precedenti solo in limitate evocate prassi¹, sia per il fatto che, nonostante le importanti osservazioni formulate dal Consiglio di Stato in sede di parere sullo schema del provvedimento, spinte al punto di suggerirne l'espunzione, la scelta del Governo risulta esser stata per intero confermata nel testo pubblicato in Gazzetta Ufficiale lo scorso 31 dicembre (Serie Generale n. 305, Suppl. Ord. n. 45/L).



1. Secondo la Relazione illustrativa di accompagnamento allo schema di decreto legislativo sottoposto all'esame parlamentare, "nella prassi molte stazioni appaltanti hanno già fatto ricorso in via negoziale ai fini dell'esecuzione di opere complesse, con esiti positivi in termini di prevenzione dei rischi e risoluzione dei conflitti." (p. 12, sub § 3.8 "Fase esecutiva del contratto di appalto").

“ **L'accordo di collaborazione è un istituto altamente innovativo introdotto, nonostante le osservazioni del Consiglio di Stato, per incidere positivamente sull'esecuzione dei contratti.** ”

1. Natura ed obiettivi dell'accordo

Partendo dalla definizione dei contenuti, come indicati nel comma 1 dell'art. 82-bis, in uno con l'articolo 1 dell'all. II.6-bis, trattasi di un accordo di natura plurilaterale con il quale *le parti coinvolte in misura significativa nella fase di esecuzione di un contratto di lavori, servizi o forniture, disciplinano le forme, le modalità e gli obiettivi della reciproca collaborazione al fine di perseguire il **principio del risultato** ... mediante la definizione di meccanismi di esame contestuale degli interessi pubblici e privati coinvolti finalizzati alla prevenzione e riduzione dei rischi e alla risoluzione delle controversie che possono insorgere nell'esecuzione dell'accordo.*

Questo, precisa l'evocata normativa, *non sostituisce il contratto principale né gli altri ad esso collegati in quanto strumentali all'esecuzione dell'appalto - si pensi, ad esempio alle forniture di importanti materiali - non ne integra i contenuti ed ha natura facoltativa (art.82 bis, comma 1); in tal senso infatti, le stazioni appaltanti possono inserire nei documenti di gara il relativo schema, da redigersi in conformità all'all.II.6-bis, che, laddove previsto, dovrà essere poi sottoscritto dal l'aggiudicatario e da una serie di altri soggetti sia di natura pubblica che privati.*

Dispone in particolare il comma 2 dell'art.82 bis che l'accordo è volto a definire *gli obiettivi principali e collaterali della collaborazione, nel rispetto del **principio della fiducia**, dovendo altresì indicare le eventuali premialità previste per la realizzazione dei medesimi obiettivi.*

Quanto **agli obiettivi principali**, da fissare *in coerenza con l'oggetto e le caratteristiche specifiche dell'appalto, ai sensi dell'art. 3, comma 3, dell'all. II.6-bis, questi possono riguardare le attività, i compiti e lo scambio di informazioni necessarie al fine di garantire il rispetto dei tempi di esecuzione, le modalità di verifica delle prestazioni eseguite, il contenimento del costo o del prezzo del contratto entro i limiti di spesa dal medesimo fissati, nonché ogni ulteriore aspetto funzionale al raggiungimento del risultato.*

Quanto a **quelli collaterali**, il successivo comma 4 richiama *le attività e gli impegni a carico delle parti finalizzati al conseguimento di ulteriori benefici di comune interesse tenuto conto anche degli aspetti sociali, culturali e ambientali connessi all'appalto: in tale ambito viene espressamente citata la promozione della partecipazione ai subappalti o sub-contratti delle piccole e medie imprese con sede operativa nell'ambito territoriale di riferimento per l'efficiente gestione delle prestazioni di prossimità.*

“ **L'istituto ha natura di contratto plurilaterale, facoltativo e aperto, riguarda i modi con cui parti pubbliche e private significativamente coinvolte nell'esecuzione regolano forme, modi e obiettivi della reciproca collaborazione, nell'ottica dei principi di fiducia e di risultato.** ”

Sulle **premialità**, da legare al conseguimento dei predetti obiettivi, il comma 7 precisa anzitutto che queste devono pienamente rispettare le previsioni del codice, ovvero non possono consistere nel l'attribuzione di posizioni o vantaggi dallo stesso vietati; in specie possono riguardare l'inserimento degli operatori aderenti all'accordo *negli elenchi e negli albi per l'affidamento dei contratti di lavori, servizi*

e forniture di importo inferiore alle soglie comunitarie; l'attribuzione di opzioni, di premi economici connessi al raggiungimento degli obiettivi della collaborazione, determinati dalla stazione appaltante nello schema di accordo, tenuto conto della rilevanza dell'obiettivo raggiunto e comunque nei limiti delle risorse disponibili nell'ambito del quadro economico dell'intervento; di premi reputazionali da far valere nelle successive procedure di gara, secondo quanto previsto dall'articolo 108 del codice.

2. Le parti

Ciò detto in ordine alla natura dell'accordo, va poi considerato chi ne può esser parte.

Dispone al riguardo l'art. 2, comma 2, dell'all. II.6-bis, che oltre a stazioni appaltanti ed operatori economici aggiudicatari della gara, partecipano ad esso il R.U.P. e, ove previsto in relazione all'oggetto del contratto principale, il Direttore dei lavori o il Direttore dell'esecuzione (a seconda che si tratti di lavori o di forniture e servizi), il Coordinatore per la sicurezza, il progettista per le opere realizzate mediante metodi e strumenti di gestione informativa digitale delle costruzioni (BIM).

La legge altresì include *i sub-appaltatori, i sub-contraenti e i fornitori che, su accordo della stazione appaltante e dell'appaltatore, sono coinvolti in misura significativa nella fase di esecuzione, tenuto conto dell'oggetto e del valore del subappalto, del sub-contratto o della fornitura, e della rilevanza delle prestazioni al fine del raggiungimento del risultato perseguito con il contratto principale.*

In tal senso da notare come l'accordo abbia per legge (comma 3 dell'art. 82 bis) natura aperta, dovendo questo disciplinare *le modalità di adesione degli ulteriori operatori economici coinvolti nella fase dell'esecuzione in un momento successivo alla sottoscrizione del medesimo.*

Precisa in merito l'all. II.6-bis che *la stazione appaltante, anche su motivata istanza dell'appaltatore, può altresì invitare ad aderire*

all'accordo di collaborazione ulteriori soggetti, pubblici e privati, inclusi gli investitori istituzionali, nonché le amministrazioni partecipanti alla conferenza di servizi di cui all'articolo 38 del codice, e, comunque, le amministrazioni e gli enti titolari di autorizzazioni e pareri e gli enti gestori di interferenze, coinvolti, a vario titolo, nelle attività e funzioni strumentali al raggiungimento del risultato dell'esecuzione. L'accordo di collaborazione, chiarisce la norma, definisce le funzioni e le attività svolte dai soggetti individuati in coerenza con i compiti loro attribuiti dalla legge (art.2. Comma 3).

Detto fin qui delle parti, fatta salva la relativa autonomia in ragione degli obiettivi e degli impegni della collaborazione, sono soggetti tipici dell'esecuzione dell'accordo **il direttore strategico**, quale riferimento *imparziale munito delle necessarie competenze e capacità organizzative* con il compito di coordinare le parti per *migliorarne la cooperazione* e gli eventuali **consulenti** delle parti *che monitorano l'andamento della collaborazione e supportano le stesse parti nel raggiungimento degli obiettivi dell'accordo.*



Parti necessarie dell'accordo sono stazione appaltante, appaltatore, RUP, Direttore Lavori o del l'esecuzione, CSE, progettista per opere in BIM; ulteriori soggetti pubblici e privati possono essere invitati ad aderirvi dalla stazione appaltante.



3. I contenuti

Circa i contenuti, l'allegato (art.3 comma 2) enfatizza l'importanza delle premesse generali, che costituiscono parte integrante e sostanziale di tutti i contratti, viepiù di tale tipo di accordi laddove ne devono illustrare *il contesto di riferimento, le caratteristiche dell'appalto al quale accedono, le ragioni alla base della ... stipulazione, i principi e gli obiettivi principali e collaterali della collaborazione.*

Nel merito, occorre altresì indicare *l'oggetto, le attività finalizzate al raggiungimento degli obiettivi principali e collaterali, e i corrispondenti impegni delle parti; le modalità di verifica degli obiettivi di collaborazione; i meccanismi di prevenzione e riduzione dei rischi e di risoluzione delle possibili controversie relative all'esecuzione dell'accordo; i sistemi di allerta volti a prevenire eventuali criticità che potrebbero compromettere la corretta esecuzione dell'accordo e a fornire tempestivi rimedi, in coerenza con il principio del risultato; le responsabilità per l'esecuzione dell'accordo ... in ragione delle attività e dei compiti conferiti a ciascuna parte; le eventuali premialità relative al raggiungimento degli obiettivi ... e i relativi meccanismi di operatività; le funzioni e le attività delle parti e dei soggetti della collaborazione; le ipotesi e modalità di scioglimento (comma 1).*

Ancora, è previsto che l'accordo disciplini *le modalità di verifica degli obiettivi di collaborazione conseguiti dalle parti mediante la definizione di indicatori di prestazione o di risultato e individui le scadenze temporali del monitoraggio e di raggiungimento degli obiettivi ai quali sono connesse le eventuali premialità (comma 5).*

L'accordo deve altresì definire le ipotesi ed il relativo procedimento di suo scioglimento *per cause attinenti al raggiungimento dello scopo e alla scadenza degli adempimenti previsti o per cause imputabili ad una grave e non giustificata violazione degli impegni concordati ad opera delle parti.*

Le eventuali controversie che dovessero insorgere in sede di esecuzione devono

essere risolte *in buona fede, con gli strumenti collaborativi previsti dall'accordo* che dovrà altresì prevedere, se non sia possibile risolverle *in forma collaborativa, ... il ricorso preferenziale agli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie* previsti dal codice. In tal senso dispone l'art.4 dell'allegato che *in caso di costituzione di un collegio consultivo tecnico le parti dell'accordo di collaborazione sono tenute ad osservare i pareri e le determinazioni del collegio, ove incidenti su aspetti da esso regolati.*

Oggetto dell'accordo sono, tra l'altro, le attività volte a conseguire gli obiettivi principali e collaterali, i corrispondenti impegni delle parti, le modalità per la relativa verifica, gli alert, i meccanismi di prevenzione e riduzione dei rischi.

4. Le osservazioni del Consiglio di Stato

Sul contesto legislativo fortemente innovativo fin qui sinteticamente illustrato si sono riversate, come anticipato in apertura, diffuse ed articolate critiche del Consiglio di Stato rese in sede di parere sullo schema di correttivo ad esso trasmesso dal Governo.

Nelle non poche pagine che il supremo organo della giurisdizione e della consulenza amministrativa dedica all'istituto, è possibile rinvenire tre principali linee di argomentazioni critiche in base alle quali la conclusione è nel senso della sua espunzione, salva l'eventuale riproposizione all'esito di una *accurata ricognizione dei suoi contenuti concreti normativamente compatibili, sul piano negoziale-dispositivo e della procedimentalizzazione, con l'intera sistematica in cui si inseriscono ...* ricognizione che dovrà

essere correlata ad un'analisi di impatto completa e realistica, in particolare sotto il profilo costi/benefici di cui al momento non vi sarebbe traccia.

Al di là delle osservazioni riguardanti la più efficace collocazione di alcune previsioni nell'allegato piuttosto che nel codice, ciò che determinerebbe l'oggettiva complessità e conseguente inevitabile onerosità di elaborazione e gestione dell'accordo di collaborazione, le obiezioni del Consiglio di Stato muovono dalla forte incertezza rilevata in ordine alla sua adeguatezza nell'apportare un quid migliorativo nella gestione esecutiva dei contratti, passando per l'evidenziazione, al contrario, del rischio di un notevole appesantimento degli oneri e degli adempimenti gravanti sulle parti fino a prefigurare una potenzialità quasi connaturale nel determinare *l'aumento dei rischi di fenomeni di opaca collusione ... all'estremo di aspetti sia concussivi che corruttivi.*

In particolare la prima critica riguarda la non utilità dell'accordo di collaborazione, posta la ritenuta indeterminatezza dei contenuti aggiuntivi e funzionali rispetto all'interesse perseguito dalle parti, che nelle valutazioni del Consiglio è già fortemente tipizzato e disciplinato dalla normativa vigente, anche e specialmente in funzione esecutiva, con una pluralità di previsioni *aventi (nella loro proiezione sul piano negoziale) carattere di norme imperative che (pre-)determinano, in modo tipicamente dettagliato, i contenuti, le prestazioni e gli obblighi principali e complementari incumbenti sulle parti.*

Di più; oltre che inutile si tratterebbe di un intervento legislativo addirittura dannoso. Lo strumento contrattuale proposto sembra infatti avere addirittura *l'attitudine ad aggravare l'area degli oneri e degli adempimenti gestionali della fase esecutiva, oltretutto duplicando, nei suoi stessi contenuti "tipizzati", istituti e meccanismi (a loro volta sicuramente espressione del principio collaborativo tra le parti) già regolati in forma auto-applicativa nel Codice; e tutto ciò, senza trovare alcun bilanciamento concretamente percepibile ed evidente, in base all'ordito normativo, neppure nella, meramente*

enunciata, "prevenzione e riduzione dei rischi", nonché nella "risoluzione delle controversie che possono insorgere nell'esecuzione dell'accordo".

In altri termini non potendo sostituire il contratto o integrarne i contenuti, cosa che di fatto la legge espressamente prevede, l'accordo di collaborazione viene oggettivamente ad estendere gli impegni a carico delle parti, al punto da aumentare "la superficie" di attrito degli interessi contrapposti ed enunciati in forma di generici principi ed obiettivi.

L'esito delle norme che si intende introdurre, finisce per condurre, si potrebbe dire inevitabilmente, ad ulteriori ragioni di controversia tra le parti, come comprova l'articolo 3, comma 9, dell'allegato II.6-bis, laddove prevede lo scioglimento dell'accordo (tra l'altro) "per cause imputabili ad una grave e non giustificata violazione degli impegni concordati ad opera delle parti aderenti" non senza un certo effetto paradossale, poiché questa ulteriore materia di potenziale conflitto tra le parti, sanzionata con l'estinzione del rapporto, potrebbe, in astratto, essere perfettamente compatibile con un'esatta esecuzione delle prestazioni del contratto principale e con il rispetto integrale dei contenuti obbligatori (ex lege) dello stesso.

Quanto al fatto, infine, che l'accordo di collaborazione possa determinare l'aumento del rischio di fenomeni di opaca collusione tra pubblico e privato, fino all'estremo di comportamenti concussivi e corruttivi, tali rischi derivano, secondo il Consiglio di Stato, dal fatto di includere nell'accordo una pluralità di soggetti sul fronte della committenza pubblica

Le critiche del Consiglio di Stato: inadeguatezza nel miglioramento dell'esecuzione dei contratti, rischio di appesantirne oneri e procedure e di favorire fenomeni distortivi.

superando quell'unicità di riferimento fin qui costituita dal RUP; ciò conferirebbe alla stessa stazione appaltante che determina, anteriormente all'aggiudicazione, i contenuti dell'accordo, una posizione di forte preminenza che a sua volta, sotto l'indeterminata etichetta del risultato e della riduzione dei rischi in fase di esecuzione, può condurre a fenomeni di abuso strumentale e non cooperativo, con pressioni in direzione inversa laddove, invece, sia l'operatore economico a trovarsi in posizione di (non pareggiabile) maggior forza economico-negoziale generando l'ampliamento del rischio di effetti opposti, del pari illeciti.

5. Considerazioni sul nuovo istituto

Alla luce di quanto precede è possibile svolgere alcune prime considerazioni.

La premessa è che, nella prospettiva degli impegni comunitari assunti dall'Italia in ottica PNRR, il decreto che noi definiamo "correttivo" più che a correggere e/o ad aggiustare il tiro sui contenuti del nuovo codice doveva servire ad attuare la seconda parte della semplificazione procedurale richiesta per attivare efficacemente la "messa a terra" degli investimenti finanziati su tale canale; in altri termini dopo l'intervento del d.lgs. n.36/2023 sulle regole volte a favorire le aggiudicazioni, snellendone tempi e modi, in egual misura occorre intervenire sull'esecuzione; da qui anche l'esigenza di chiudere tutto il pacchetto delle modifiche entro il 31 dicembre 2024.

Quanto il d.lgs. 209 sia nel complesso riuscito ad incidere positivamente su questo fronte, dato il termine del 2026 per concludere gli investimenti del PNRR, non è dato, ad oggi, potersi valutare. Di fatto l'istituto dell'accordo di collaborazione sembrerebbe, in principio, poter corrispondere a tale obiettivo in quanto oggettivamente destinato ad operare, peraltro in modo assai

innovativo, solo nella fase di esecuzione dei contratti, per migliorarne gestione e conseguimento degli esiti finali.

Ciò valorizzando l'adozione di uno strumento atipico, di tipo associativo, basato su un accordo plurilaterale di natura aperta in grado di legare parti pubbliche e private che, fin dall'individuazione dell'aggiudicatario del contratto principale, o in parte anche dopo, aderiscano ad un patto voluto dalla committenza pubblica per conseguire un obiettivo comune, ancorché variamente declinato in termini di interesse in rapporto alla differente natura ed al ruolo dei soggetti coinvolti.

L'obiettivo è quello di realizzare complessivamente al meglio la totalità di un intervento al quale ognuno è già tenuto a concorrere seppur finora solo per la propria parte²; ciò in vista di una premialità capitalizzabile esclusivamente in comune, ancorché da ciascuna parte in modo diverso.

Alcuni esempi possono provare a definire il contesto in cui il nuovo istituto pare potersi muovere.

Il titolare di una fornitura significativa aderente al patto potrà, ad esempio, beneficiare di un'utilità aggiuntiva anche rispetto all'eventuale premio di accelerazione previsto nel suo contratto con l'appaltatore: in ipotesi una valutazione reputazionale positiva spendibile per affidamenti successivi o anche un ulteriore distinto premio in danaro laddove l'opera, nel suo complesso, venga realizzata secondo programma, ai costi previsti e con gli standard fissati, andando ad operare, ad esempio, con l'apertura della scuola oggetto dell'appalto nei termini stabiliti nel programma stesso; diversamente, detto fornitore avrà semplicemente adempiuto ai rispettivi obblighi assunti in base al proprio contratto, beneficiando del solo premio di

2. Secondo la Relazione citata nella precedente nota, la ratio sottesa è quella di promuovere una responsabilizzazione di soggetti coinvolti rispetto alla corretta esecuzione dell'appalto, dal punto di vista del rispetto dei tempi di esecuzione, dei costi, nonché della verifica degli adempimenti

accelerazione eventualmente ivi previsto, in modo del tutto autonomo, laddove abbia consegnato in anticipo i beni contrattualizzati, senza beneficiare di ulteriori premialità laddove l'opera, nel suo complesso, non consegua gli obiettivi programmati.

Sul fronte pubblico l'interesse a concorrere alla riuscita dell'accordo potrà essere coniugato con specifiche modulazioni della voce incentivi già contemplata dal diritto vigente, ovvero della quota variabile di retribuzione legata al conseguimento di obiettivi per l'ambito dirigenziale.

Così ricostruito, lo schema contrattuale in parola sembra potersi fondare sul principio di atipicità delle pattuizioni contrattuali e per alcuni profili, quali il possibile coinvolgimento delle Conferenze di Servizi, sugli ambiti della collaborazione pubblico privata di cui alla legge n.241 del 1990.

“ Obiettivo dell'accordo di collaborazione è realizzare complessivamente un intervento rispetto al quale ognuno è già tenuto a concorrere per la propria parte in vista di premialità capitalizzabili esclusivamente in comune, ancorché da ciascuna parte in modo diverso. ”

Nell'ottica prefigurata, che sembrerebbe dover puntare solo a favorire il raggiungimento di un comune obiettivo, più che a introdurre penalizzazioni singole nel caso di mancato conseguimento degli obiettivi dell'accordo, peraltro dipendenti dal comportamento di soggetti terzi, potrebbero ritenersi superate molte delle perplessità puntualmente sollevate dal Consiglio di Stato.

Tutto, nella sostanza dipenderà da come verranno costruiti i singoli accordi che le amministrazioni decideranno di accludere, in schema, alla documentazione di gara, in quanto basati su indicazioni legislative assai nuove che, anche alla luce delle obiezioni raccolte nell'iter approvativo, potrebbero rendere desueti i tentativi finora registrati nelle evocate prassi di costruire contratti di tale tipologia.

Al riguardo, ed al di là di fattispecie troppo specifiche, l'ambito che nella prospettiva tracciata dal l'art. 82 bis pare poter realizzare la più efficace applicazione del nuovo istituto sembra individuarsi in tutte quelle opere quali scuole, ospedali ecc. che, realizzabili in tempi esecutivi di 3-4 anni e con un numero di parti incluse nell'accordo non troppo ampio, potrebbero beneficiare, anche sul fronte dell'amministrazione cui fa capo la stazione appaltante, dei dividendi politici conseguenti alla realizzazione di un investimento con erogazione del connesso servizio, nel rispetto dei tempi e dei modi previsti.

Il reiterato riferimento alla parola appalto nel testo della relativa disciplina oltre che nella Relazione pare, peraltro, escludere dal contesto di utilizzo dell'istituto le concessioni.

Pareri & Sentenze

PARERI
E SEN-
TENZE

TAR Campania, Sez. III, 04/02/2025, n. 909

La procedimentalizzazione dell'affidamento diretto (mediante acquisizione di una pluralità di preventivi o la richiesta del possesso, in capo agli operatori, di requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale) non lo trasforma in una procedura di gara

"... giova osservare che nelle procedure di affidamento diretto, il d.Lgs. n. 36/2023 prevede che la scelta dell'operatore "anche nel caso di previo interpello di più operatori economici" è "operata discrezionalmente dalla stazione appaltante" (art. 3, allegato I.1), fermo restando l'obbligo di motivarne le ragioni (art. 17, c. 2).

Essa sfugge, pertanto, al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, salvo che non sia manifestamente inficiata da illogicità, arbitrarietà, irragionevolezza, irrazionalità o travisamento dei fatti. L'art. 50, c. 1, lett. b), d.Lgs. n. 36/2023 consente l'affidamento diretto dei servizi e forniture, di importo inferiore a 140.000 euro, "anche senza" consultazione di più operatori economici e l'art. 3, allegato I.1 del codice dei contratti prevede espressamente la facoltà per la stazione appaltante di interpellare più operatori.

Come già affermato dalla giurisprudenza in fattispecie analoghe, "la mera procedimentalizzazione dell'affidamento diretto, mediante l'acquisizione di una pluralità di preventivi e l'indicazione dei criteri per la selezione degli operatori (procedimentalizzazione che, peraltro, corrisponde alle previsioni contenute nelle Linee Guida n. 4 per tutti gli affidamenti diretti; cfr. il par. 4.1.2 sull'avvio della procedura), non trasforma l'affidamento diretto in una procedura di gara, né abilita i soggetti che non siano stati selezionati a contestare le valutazioni effettuate dall'Amministrazione circa la rispondenza dei prodotti offerti alle proprie esigenze" (cfr. Cons. di Stato, sez. V, 15.01.2024, n. 503; Sez. IV, 23.04.2021 n. 3287; in termini, TAR Venezia, Sez. I, 13.06.2022 n. 981; TAR Basilicata, Sez. I, 11.02.2022 n. 108; TAR Marche, Sez. I, 07.06.2021 n. 468).

Inoltre, la giurisprudenza ha anche puntualizzato che non trasforma l'affidamento diretto in una procedura di gara neppure la richiesta del possesso, in capo agli operatori, di requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale che è, anzi, conforme a quanto previsto all'art. 17, c. 2, d.Lgs. n. 36/2023, in forza del quale, in caso di affidamento diretto, la decisione di contrarre "individua l'oggetto, l'importo e il contraente, unitamente alle ragioni della sua scelta, ai requisiti di carattere generale e, se necessari, a quelli inerenti alla capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale" (T.A.R. Lazio, sez. seconda bis, 11 novembre 2024, sent. 19840; T.A.R. Lombardia, sez. IV, 11 giugno 2024, sent. 1778)."

TAR Lombardia Milano, Sez. I, 30/1/2025, n. 329

Il quinto d'obbligo e la proroga tecnica vanno computati ai fini della stima del valore complessivo dell'appalto

“L'art. 14, comma 4 del D.lgs. n. 36/2023 stabilisce espressamente che: “Il calcolo dell'importo stimato di un appalto pubblico di lavori, servizi e forniture è basato sull'importo totale pagabile, al netto dell'imposta sul valore aggiunto (IVA), valutato dalla stazione appaltante.

Il calcolo tiene conto dell'importo massimo stimato, ivi compresa qualsiasi forma di eventuali opzioni o rinnovi del contratto esplicitamente stabiliti nei documenti di gara”.

Il calcolo dell'importo stimato, peraltro, deve essere raccordato con la disciplina delle `opzioni e rinnovi` racchiusa nell'art. 120 del D.lgs. n. 36/2023 (la quale ha introdotto sostanziali novità sugli istituti del quinto d'obbligo e della proroga tecnica). ... tanto il quinto d'obbligo quanto la proroga tecnica estendono il perimetro delle obbligazioni contrattuali previste dall'appalto o in senso “quantitativo” (quinto d'obbligo) o in senso dell’“estensione temporale” (proroga tecnica), sicché, ad avviso del Collegio, sorge il complesso onere in capo alla S.A. di specifica previsione degli stessi nella lex specialis, di conseguente quantificazione del loro valore economico e, infine, di inclusione dei relativi importi nel complesso valore contrattuale stimato dalla S.A. ai sensi dell'art. 14, comma 4 del D.lgs. n. 36/2023 (come peraltro previsto dal bando tipo ANAC n. 1/2023).”

Consiglio di Stato, Sez. V, 23/1/2025, n. 486

Le offerte che si discostano dai costi medi indicati nelle tabelle ministeriali sono da considerarsi inammissibili “qualora la discordanza sia considerevole ed ingiustificata” “mentre eventuali riduzioni del costo del lavoro non potrebbero mai portare al di sotto dei valori minimi di trattamento salariale, come tali inderogabili e non soggetti a variazioni in peius”

“[...] il costo del lavoro è determinato annualmente, in apposite tabelle, dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali sulla base dei valori economici definiti dalla contrattazione collettiva nazionale tra le organizzazioni sindacali e le organizzazioni dei datori di lavoro comparativamente più rappresentativi, delle norme in materia previdenziale ed assistenziale, dei diversi settori merceologici e delle differenti aree territoriali”.

Va comunque chiarito che le tabelle ministeriali individuano il costo medio orario del lavoro, mentre la previsione di inderogabilità di cui all'art. 97, comma 6, d.lgs. n. 50 del 2016 si riferisce solo al trattamento minimo salariale stabilito dalla legge o dalla contrattazione collettiva.

Ne consegue che eventuali scostamenti “significativi” rispetto al valore indicato nelle tabelle devono essere puntualmente giustificati e documentati (ex pluribus, Cons. Stato, V, 16 settembre 2024, n. 7603), non valendo a tal fine affermazioni meramente generiche (ex multis Cons. Stato, IV, 12 marzo 2009, n. 1451), ferma restando la possibilità di considerare anormalmente basse le offerte che si discostano dai costi medi indicati nelle citate tabelle “qualora la discordanza sia considerevole ed ingiustificata” (Cons. Stato, V, 22 novembre 2022, n. 10272), mentre eventuali riduzioni del costo del lavoro non potrebbero mai portare al di sotto dei valori minimi di trattamento salariale, come tali inderogabili e non soggetti a variazioni in peius.”

Consiglio di Stato, Sez. V, 10/1/2025, n. 146*Differenze tra concessioni e appalti di servizi*

“Secondo la consolidata giurisprudenza anche di questa Sezione “alla stregua della disciplina di matrice eurounitaria, la concessione di servizi è il contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi e di sfruttare economicamente il servizio od in tale diritto accompagnato da un prezzo; la distinzione attiene dunque alla struttura del rapporto, che nell’appalto di servizi intercorre tra due soggetti, essendo la prestazione a favore dell’amministrazione, mentre nella concessione di servizi pubblici intercorre tra tre soggetti, nel senso che la prestazione è diretta agli utenti (Cons. Stato, Ad. plen., 7 maggio 2013, n. 13)” (Cons. Stato, V, n. 2348 del 2020).”

TAR Lazio Roma, Sez. II, 9/1/2025, n. 397

“qualora la formulazione della relazione tecnica (ossia della relativa offerta) sia ritenuta “ambigua” o non meglio specificata, la stazione appaltante deve (n.d.r. FARE) ricorso al c.d. “soccorso procedimentale” il quale si applica proprio per chiarire il contenuto e la volontà effettiva dell’offerta tecnica e di quella economica”

“ ... il Consiglio di Stato con la sentenza del 31/07/2024, n. 6875 ha affermato che, qualora la formulazione della relazione tecnica (ossia della relativa offerta) sia ritenuta “ambigua” o non meglio specificata, la stazione appaltante deve ricorso al c.d. “soccorso procedimentale” il quale si applica proprio per chiarire il contenuto e la volontà effettiva dell’offerta tecnica e di quella economica.

Secondo tale orientamento giurisprudenziale, si tratterebbe di un’ipotesi di soccorso istruttorio in senso stretto (art. 101, D. Lgs 36/2023, comma 3), che - recuperando gli spazi già progressivamente riconosciuti dalla giurisprudenza alle forme di soccorso c.d. procedimentale - abilita la stazione appaltante (o l’ente concedente) a sollecitare chiarimenti o spiegazioni sui contenuti dell’offerta tecnica e/o dell’offerta economica, finalizzati a consentirne l’esatta acquisizione e a ricercare l’effettiva volontà dell’impresa partecipante, superandone le eventuali ambiguità, a condizione di pervenire ad esiti certi circa la portata dell’impegno negoziale assunto, e fermo in ogni caso il divieto (strettamente correlato allo stringente vincolo della par condicio) di apportarvi qualunque modifica.”

TAR Toscana, Sez. III, 17/12/2024, n. 1505

Deve ritenersi significativa la modifica della lex specialis che abbia per oggetto la diversa indicazione del contratto collettivo nazionale di lavoro, pertanto suscettibile di proroga per la presentazione delle offerte

“... l’art. 92 del d.lgs. n. 36/2023 stabilisce, al comma 1, che «[l]e stazioni appaltanti, fermi quelli minimi di cui agli articoli 71, 72, 73, 74, 75 e 76, fissano termini per la presentazione delle domande di partecipazione e delle offerte adeguati alla complessità dell’appalto e al tempo necessario alla preparazione delle offerte» e, al comma 2, che «[i] termini di cui al comma 1 sono prorogati in misura adeguata e proporzionale: (...) b) se sono apportate modifiche significative ai documenti di gara»; ii) come sopra evidenziato, la sostituzione del disciplinare di gara originariamente pubblicato con la versione del 17.04.2024, contenente la diversa indicazione del contratto collettivo nazionale di lavoro

applicabile, non è stata accompagnata dalla proroga del termine per la presentazione delle offerte, che è rimasto quello fissato dal bando pubblicato il 28.03.2024; ... detta modifica deve ritenersi significativa, dal momento che l'indicazione del contratto collettivo nazionale di lavoro è suscettibile di incidere sui costi della manodopera gravanti sull'operatore economico e, di conseguenza, sulle grandezze economiche di cui tener conto in sede di formulazione dell'offerta, oltre che sulle eventuali valutazioni rimesse alla stazione appaltante ai sensi dell'art. 11, co. 3, del d.lgs. n. 36/2023 in punto di equivalenza delle tutele garantite dal differente contratto collettivo applicato;"

Autorità Nazionale Anticorruzione

Parere di precontenzioso n. 460 del 16 ottobre 2024 UPREC-PRE-0237-2024 - FASC. 3775/2024

"È conforme all'art. 25, comma 2, terzo periodo, d.lgs. 36/2023, la condotta della SA che non ha sospeso né prorogato i termini di presentazione delle offerte, in assenza di un comprovato malfunzionamento della piattaforma digitale e in presenza di regole chiare e precise sulle modalità di presentazione telematica delle offerte nonché dell'indicazione di presentare l'offerta con congruo anticipo contenuti nella lex specialis"

"... l'istante non ha comprovato alcun mancato funzionamento o malfunzionamento della piattaforma, di cui ha dedotto l'eccessiva gravosità di utilizzo mentre la SA ha comprovato il corretto funzionamento della piattaforma e la completezza e chiarezza delle informazioni fornite nei manuali d'uso e nel disciplinare di gara; appare evidente che l'omessa presentazione dell'offerta sia ascrivibile unicamente alla condotta negligente dell'istante.... «La gestione di una procedura di gara in forma telematica, richiedendo l'osservanza con diligenza delle prescrizioni di bando e delle norme tecniche rilevanti, pone a carico del concorrente i rischi dell'eventuale erroneo utilizzo della piattaforma nonché dell'erroneo inserimento dei dati.

Pertanto, l'esclusione dalla procedura è legittima in caso di mancato invio dell'offerta imputabile alla scarsa diligenza di un mandante di un RTI costituendo nell'inserimento dei dati utili all'identificazione dell'operatore, e non all'illegittima predisposizione della piattaforma telematica, né ad una anomalia o malfunzionamento della stessa» (delibera n. 367 del 26.07.2023), ... «L'ampia formulazione dell'art. 79, comma 5 bis, del d.lgs. 50/2016 rende doverosa per la Stazione appaltante, che abbia accertato l'esistenza di un malfunzionamento della piattaforma telematica impeditivo della partecipazione, l'adozione ogni provvedimento idoneo a consentire la regolarità della procedura, ivi compresa la riapertura dei termini per la presentazione delle offerte» (delibera n. 616 del 20.12.2022) ... «Non può essere escluso dalla gara un concorrente che abbia curato il caricamento della documentazione di gara sulla piattaforma telematica entro l'orario fissato per tale operazione, ma non sia riuscito a finalizzare l'invio a causa di un malfunzionamento del sistema, imputabile al gestore. In tali circostanze, è doverosa la riapertura dei termini per la presentazione delle offerte» (delibera n. 538 del 16.11.2022);"

Autorità Nazionale Anticorruzione**Parere di precontenzioso n. 491 del 29 ottobre 2024
UPREC-PRE 0273-2024-S**

"Il divieto di ribasso dei costi del personale non va considerato in senso assoluto e inderogabile. In sede di verifica dell'anomalia, l'operatore economico eventualmente chiamato a fornire le proprie giustificazioni può dimostrare che il ribasso complessivo dell'importo deriva da una più efficiente organizzazione aziendale"

"I Pareri Anac n. 510 dell'8 novembre 2023, n. 528 del 15 novembre 2023 che, nel richiamare la relazione al Bando-tipo n. 1 ("Al fine di facilitare le operazioni di valutazione della componente economica dell'offerta, è stato ritenuto più agevole applicare il ribasso ad un importo totale comprensivo dei costi di manodopera ribadendo che questi ultimi non sono soggetti a ribasso.

Eventuali riduzioni del costo della manodopera proposto dall'operatore nell'offerta saranno, poi, oggetto di verifica"), sottolineano che "il ribasso contenuto nell'offerta si calcola su tutto l'importo a base di gara, ma può anche riverberarsi sul costo della manodopera; infatti, il divieto di ribasso dei costi del personale non va considerato in senso assoluto e inderogabile.

In sede di verifica dell'anomalia, l'operatore economico eventualmente chiamato a fornire le proprie giustificazioni, motiverà il ribasso con la dimostrazione di poter fruire, per esempio, di sgravi contributivi o di aver pianificato una migliore allocazione delle risorse che comporti risparmi di spesa, sempre nel rispetto dei minimi retributivi previsti dalla legge [...].

Pertanto, la nuova norma va letta alla luce di un inquadramento sistematico, tale per cui la stazione appaltante indica nel bando di gara un importo unico comprensivo dei costi stimati della manodopera, l'operatore economico presenta l'offerta con il relativo ribasso, avendo cura di non ribassare i costi della manodopera a meno che il ribasso su questi ultimi non sia riferibile ad una sua più efficiente organizzazione aziendale, fermo restando l'indicazione separata dei medesimi (art. 91, comma 5, D.lgs. n. 36/2023) e il rispetto dei minimi inderogabili stabiliti dalla legge o dai contratti collettivi (art.110 co.5 lett. d) D.lgs.36/2023).

Ciò in perfetta armonia con la necessità di assicurare all'imprenditore la sua libera iniziativa economica (art. 41 Cost.) (Cons. Stato, Sez. V, 9 giugno 2023, n. 5665)"; come evidenziato dall'Autorità (Pareri n. 424 del 26 maggio 2021; n. 1180 del 19 dicembre 2018; n. 488 del 3 maggio 2017) e dalla giurisprudenza, la ratio del sub procedimento di verifica dell'anomalia è quella di accertare la serietà, la sostenibilità e la sostanziale affidabilità della proposta contrattuale in maniera da evitare che l'appalto sia aggiudicato a prezzi eccessivamente bassi, tali da non garantire la qualità e la regolarità dell'esecuzione del contratto oggetto di affidamento.

La valutazione, ad opera della stazione appaltante, ha natura globale e sintetica e costituisce espressione di un tipico potere tecnico-discrezionale riservato all'amministrazione, sindacabile solo in caso di macroscopica illogicità o di erroneità fattuale, che rendano palese l'inattendibilità complessiva dell'offerta (ex multis Cons. Stato, sez. V, 9 marzo 2020, n. 1655; 31 maggio 2019, n. 3672; 3 aprile 2018, n. 2051; 12 marzo 2018, n. 1541); RITENUTO che, nel caso di specie, la contestazione di difformità del costo della manodopera dichiarato all'interno dei giustificativi rispetto a quanto dichiarato in offerta non è fondata in quanto risulta basata su un calcolo errato.

Inoltre, alla luce dei principi sopra richiamati, che comunque non escludono che possa essere giustificato anche un ribasso del costo della manodopera grazie alla propria organizzazione aziendale,

occorre evidenziare che la stazione appaltante, con valutazione rientrante nella propria discrezionalità tecnica, ha ritenuto plausibili, congrui e giustificati i prezzi proposti all'esito del subprocedimento di congruità."

Autorità Nazionale Anticorruzione

DELIBERA N. 503 del 6 novembre 2024

UPREC - PRE 0262 -2024-S

"Gli oneri della sicurezza da interferenza, stimati e quantificati dalla Stazione appaltante, costituiscono un costo non ribassabile, in sede di offerta, dal concorrente e vanno tenuti distinti dai costi della sicurezza aziendale, che ciascun operatore economico è tenuto a considerare nella formulazione della propria offerta e ad indicare separatamente"

"l'art. 108, comma 9, del d.lgs 36/2023 stabilisce che "Nell'offerta economica l'operatore indica, a pena di esclusione, i costi della manodopera e gli oneri aziendali per l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro eccetto che nelle forniture senza posa in opera e nei servizi di natura intellettuale"; ... RICHIAMATA la nota distinzione in materia di gare pubbliche di appalto, tra gli oneri finalizzati all'eliminazione dei rischi da interferenze, adeguatamente quantificati dalla stazione appaltante, non ribassabili in quanto costi necessari finalizzati alla massima tutela dell'integrità dei lavoratori, e gli oneri concernenti i costi specifici connessi con l'attività delle imprese, che sono aperti al confronto concorrenziale e soggetti a ribasso, e vanno indicati dai concorrenti nelle rispettive offerte affinché la stazione appaltante possa valutarne la congruità (nel procedimento di verifica delle offerte anomale) rispetto all'entità ed alle caratteristiche del lavoro, servizio o fornitura da appaltare;"

Autorità Nazionale Anticorruzione

DELIBERA N. 505 del 6 novembre 2024

UPREC/PRE/0307/2024/S/PREC

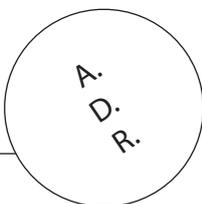
"Nelle procedure dirette all'affidamento degli appalti di servizi e forniture, in disparte i requisiti di idoneità professionale ed eventuali requisiti richiesti da leggi speciali, la Stazione appaltante può richiedere esclusivamente i requisiti speciali del fatturato globale e dell'avvenuto svolgimento di servizi analoghi, la cui specifica modulazione deve avvenire nel rispetto dei principi di attinenza e proporzionalità con l'oggetto della gara"

"... l'art. 100 del D.lgs.36/2023 indica i requisiti speciali che la stazione appaltante può richiedere all'operatore economico in relazione all'oggetto dell'appalto. In particolare, il comma 11 prevede che, nelle more dell'adozione del 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, sentita l'ANAC, per la qualificazione dell'operatore economico nelle procedure di appalto di servizi e forniture, le stazioni appaltanti possono richiedere, come requisito di capacità tecnica professionale, di aver eseguito, nel precedente triennio dalla data di indizione della procedura, contratti analoghi a quello in affidamento, anche a favore di soggetti privati; mentre, come requisito della capacità economica finanziaria, può essere richiesto un fatturato globale non superiore al doppio del valore dell'appalto, maturato nel triennio precedente a quello di indizione della procedura; ... il comma

12 dello stesso articolo dispone che la stazione appaltante non può prevedere ulteriori requisiti di partecipazione, salvo la richiesta di specifici impegni sociali ovvero il possesso di requisiti previsti da leggi speciali; la formulazione del comma 12, quindi, non lascia spazio a interpretazioni che consentano di riconoscere alla stazione appaltante la facoltà di prevedere requisiti di partecipazione diversi da quelli indicati dall'art. 100 (fatte salve le eccezioni sopra richiamate).

In un cambio di prospettiva rispetto all'impostazione dei precedenti codici, la disposizione appare quindi finalizzata a limitare la discrezionalità della stazione nella fissazione dei requisiti di partecipazione anche per le gare di servizi e forniture, a favore di un sistema in cui i soli requisiti utilizzabili per selezionare i concorrenti sono quelli stabiliti dal legislatore.”

A Domanda Rispondiamo



1

Il correttivo ha introdotto semplificazioni in merito alla contabilità semplificata nei contratti di importo inferiore ai 40.000 euro?

Il comma 11-bis dell'Allegato II.14, come modificato dal correttivo, prevede espressamente che: "Per i lavori di importo inferiore a 40.000 euro è consentita la contabilità semplificata, previa verifica da parte del direttore dei lavori della corrispondenza del lavoro svolto con quanto fatturato, tenendo conto dei lavori effettivamente eseguiti.

Il certificato di regolare esecuzione può essere sostituito con l'apposizione del visto del direttore dei lavori sulle fatture di spesa."

Nell'intento di semplificare gli adempimenti a carico delle stazioni appaltanti e degli operatori economici, la riforma ha inteso assicurare in ogni caso il controllo e la verifica della corrispondenza tra lavori eseguiti e fatturato, con una connessa riduzione dei tempi e dei costi amministrativi.

2

La variazione entro il valore del 20% del contratto deve essere inserita e prevista nei documenti di gara e deve, conseguentemente essere pesata sempre nel calcolo del valore complessivo del CIG da acquisire?

L'applicazione dell'art. 120, c. 9 del Codice dei contratti pubblici è rimessa alla lex specialis di gara.

A parere del Ministero non vi sarebbe una sola metodologia di applicazione di detta norma, la decisione è rimessa alla disciplina di gara. Ove la lex specialis di gara preveda l'applicazione dell'art. 120, c. 9 come forma di opzione in base all'art. 14, c. 4 del Codice, detto importo va computato nel valore della procedura, da inserire nel quadro A del quadro economico, pur non necessitando da subito di copertura economica.

Ove, di converso, la lex specialis di gara preveda l'applicazione dell'art. 120, c. 9 del Codice solo come vincolo per l'appaltatore in caso di modifiche contrattuali e/o variante in corso d'opera non previste al momento di gara (non già comprese in clausole opzionali), detto importo non è da conteggiare nell'importo della procedura e non trova corrispondenza esplicita nel quadro economico (rientrando di fatto nella voce imprevisti).

3

Nelle gare PNRR il titolare effettivo è soggetto a verifica dei requisiti?

Per la normativa antiriciclaggio 2019 il titolare effettivo è la persona fisica per conto della quale è realizzata un'operazione e, nel caso di entità giuridica, le persone fisiche che possiedono o controllano tale entità che ne risultano beneficiari.

A tal proposito, nel testo del D.Lgs. n. 231/2007 viene data particolare importanza al titolare effettivo, così come richiesto dalla normativa della comunità Europea e nazionale: ora quest'ultimo non è più trattato come "eventuale", bensì come necessario e sempre presente.

Nel caso di un'entità giuridica, si tratta per l'appunto di quella persona fisica – o le persone – che, possedendo suddetta entità, ne risulta beneficiaria.

L'art. 80 comma 2 del Dlgs 50/16 individua i soggetti che devono essere verificati. Se il titolare effettivo pertanto ricopre anche una delle cariche di cui all'80 comma 2 (oggi art. 94 comma 3 del D.lgs n. 36/2023) dovrà essere soggetto a controlli.

(Cfr Parere MIMS n. 1747 del 26/01/2023)

4

Il differimento del termine di presentazione delle offerte comunicato per il tramite della piattaforma telematica di svolgimento della procedura può prescindere da un atto amministrativo interno?

Secondo il Tar Sardegna, Sez. II, sentenza del 30/01/2025, n. 52, la proroga del termine di presentazione delle offerte mediante variazione sul sito internet istituzionale di gestione telematica della procedura da cui è derivata una comunicazione tramite pec a tutti i partecipanti alla gara, testimonia la volontà dell'amministrazione di procedere in tal senso.

"...Inoltre, trattandosi di procedura di gara integralmente svolta tramite una piattaforma telematica, è la variazione stessa della procedura che manifesta la volontà provvedimentale della Stazione appaltante, non essendo necessario predisporre, contrariamente a quanto indicato dalla ricorrente, un atto a monte che giustifichi poi la modifica della procedura telematica."

Né ritiene di considerare illegittimo l'operato di quest'ultima ribadendo quanto ripetutamente affermato dalla giurisprudenza amministrativa in ordine alla mancanza di tassatività delle ipotesi di proroga del termine tipizzate dalla norma (v. ex multis, T.A.R. Trieste, (Friuli-Venezia Giulia) sez. I, 10/05/2022, n.224). Ne consegue che svariate possono essere le circostanze "che rendano insufficiente il termine concesso e che giustifichino un provvedimento discrezionale di differimento, la cui legittimità dovrà essere vagliata in concreto".

Non solo, la comunicazione generata automaticamente dalla piattaforma a tutti gli operatori economici ha messo tutti nella condizione di poter prendere atto della variante apportata dall'Amministrazione alla procedura di gara e, segnatamente, al termine di presentazione delle offerte, senza lesione alcuna della par condicio competitorum, rendendo legittimo l'operato della stazione appaltante.

5

Alla luce del nuovo codice dei contratti pubblici quali verifiche vanno fatte in capo al socio di maggioranza?

L'art. 94, comma 3, del D.Lgs. n. 36/2023, ha emendato l'elenco, tassativo, dei soggetti per i quali l'O.E. è tenuto ad offrire dichiarazioni.

Il dato testuale di riferimento del comma succitato è il seguente: "l'esclusione di cui ai commi 1 e 2 è disposta se la sentenza o il decreto oppure la misura interdittiva ivi indicati sono stati emessi nei confronti:

- a) dell'operatore economico ai sensi e nei termini di cui al decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231;
- b) del titolare o del direttore tecnico, se si tratta di impresa individuale;
- c) di un socio amministratore o del direttore tecnico, se si tratta di società in nome collettivo;
- d) dei soci accomandatari o del direttore tecnico, se si tratta di società in accomandita semplice;
- e) dei membri del consiglio di amministrazione cui sia stata conferita la legale rappresentanza, ivi compresi gli institori e i procuratori generali;
- f) dei componenti degli organi con poteri di direzione o di vigilanza o dei soggetti muniti di poteri di rappresentanza, di direzione o di controllo;
- g) del direttore tecnico o del socio unico;
- h) dell'amministratore di fatto nelle ipotesi di cui alle lettere precedenti".

Da un lineare confronto con il Decreto 50/2016 il nuovo codice presenta delle novità di rilievo essendo formalmente stati espunti taluni soggetti ed introdotte nuove figure.

Il Consiglio di Stato nella relazione al Codice, rappresenta che "Quanto ai commi 3 e 4 (corrispondenti al comma 3 dell'art. 80):

- a) la indicazione delle figure soggettive cui riferire la causa di esclusione (che si è ritenuto di conservare in quanto è stata di ausilio per la giurisprudenza) è stata mantenuta in seno

all'articolato (originariamente, come prima chiarito, si era ipotizzato di dislocarla in un allegato al codice alleggerendo l'articolato);

b) è stata espunta la disposizione del comma 3 dell'art. 80 in punto di esclusione per fattispecie attingente i soggetti cessati, in quanto non presente nella direttiva; del pari è stato espunto il riferimento del socio di maggioranza in caso di società con un numero di soci pari o inferiore a quattro; ciò non sembra implicare alcun indebolimento delle esigenze di tutela sociale e di legalità e trasparenza degli affidamenti pubblici, anche laddove si consideri che il comma 3, nel fare riferimento alla formulazione "casistica", contempla (innovativamente rispetto al testo del "corrispondente" comma 3 dell'art. 80) la figura dell' "amministratore di fatto" (con ciò recependosi un consolidato quanto avveduto orientamento della giurisprudenza).

In sostanza, è sembrato che il riferimento ai soggetti cessati, per un verso comportasse un inutile appesantimento dei possibili oneri in capo agli offerenti, e, per altro verso, fosse privo di giustificazione, in quanto riferibile a soggetti non facenti (più) parte della compagine societaria e suscettibile di trovare "copertura", nella ipotesi di strumentale cessazione dalla carica e continuazione dell'attività gestoria, nel riferimento all'amministratore di fatto e che analoghe considerazioni potessero traslarsi alla figura del socio di maggioranza in caso di società con un numero di soci pari o inferiore a quattro".

A voler considerare il socio di maggioranza un amministratore di fatto, le verifiche riguarderanno solo gli amministratori di quest'ultima relativamente ai requisiti di ordine generale di cui ai commi 1 e 2 dello stesso art. 94 e di cui all'art. 98, comma 1, lett. g) e h).

7

Quali le incompatibilità per il ruolo di componente del Collegio Consultivo Tecnico?

Le ipotesi di incompatibilità generali previste dall'art. 2.5.1 delle linee guida MIMS del 17.1.2022, stabiliscono che "non può assumere l'incarico di componente del CCT chi:

- ha svolto o svolge sia per la parte pubblica, sia per l'operatore economico affidatario attività di controllo, verifica, progettazione, approvazione, autorizzazione, vigilanza o direzione sui lavori oggetto dell'affidamento".

Tale divieto impone, un'attenta valutazione dei ruoli in precedenza svolti, da includere nel divieto, al fine di verificare anche solo astrattamente l'incidenza sul corretto svolgimento del ruolo del CCT.

Secondo la Delibera Anac n. 22 del 22 gennaio 2025, espressasi nell'ambito di un procedimento di vigilanza relativo alla fase di esecuzione contrattuale, "se un soggetto abbia in precedenza contribuito a verificare un progetto non possa essere oggettivo nel valutare eventuali e successive dispute che dovessero sorgere sul medesimo progetto.

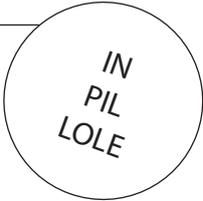
Deve ritenersi che colui che abbia svolto un qualsiasi ruolo sostanzialmente incidente sull'attività di verifica della progettazione di un'opera non possa poi assumere l'incarico di componente del CCT del relativo contratto..., apparendo evidente che se un soggetto abbia in precedenza contribuito a verificare un progetto non possa essere oggettivo nel valutare eventuali e successive dispute che dovessero sorgere sul medesimo progetto.

La previsione sembra quindi volta ad evitare situazioni nelle quali il coinvolgimento in precedenti fasi del ciclo dell'affidamento possa incidere sullo svolgimento in modo obiettivo dei compiti affidati al CCT, e cioè sulla risoluzione delle dispute emerse in fase esecutiva, che potrebbero astrattamente riguardare compiti o prestazioni svolti dal medesimo soggetto in precedenza.

In particolare, può ritenersi che la ratio della norma sia volta ad evitare che un soggetto che abbia svolto un ruolo determinante nella verifica della progettazione possa pronunciarsi su una disputa relativa alla progettazione stessa, eventualmente emersa in fase esecutiva".

Tale pronuncia risulta comunque in linea con l'attuale previsione dell'art. 2 comma 3 lett. b) dell'allegato V.2 per cui non possono essere nominati versando in situazioni di incompatibilità, coloro che oltre agli altri casi previsti, "abbiano svolto per la parte pubblica o per l'operatore economico l'attività di controllo, verifica, progettazione, approvazione, autorizzazione, vigilanza o direzione dell'esecuzione o dei lavori in relazione al contratto di appalto o alle sue fasi pregresse, salvo che l'attività sia stata svolta nell'ambito di organi collegiali consiliari."

La Sentenza del TAR Salerno, 09.01.2025 n. 30: analisi della violazione del principio di tassatività nelle clausole di esclusione



IN
PIL
LOLE

La sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale (TAR) di Salerno n. 30 del 9 gennaio 2025, affronta un tema fondamentale nell'ambito della normativa sugli appalti pubblici: la validità delle clausole escludenti e la loro compatibilità con il principio di tassatività delle cause di esclusione, recentemente sancito dal nuovo codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 36/2023).

Questo principio, che limita le possibilità di esclusione delle offerte, è stato oggetto di una rinnovata attenzione da parte della giurisprudenza e delle autorità competenti, in particolare dopo l'entrata in vigore del nuovo codice. La sentenza in esame offre numerosi spunti di riflessione sul rispetto delle regole di trasparenza, imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione nelle procedure di gara.

Nel caso trattato dal TAR Salerno, una stazione appaltante aveva previsto una clausola escludente riguardante la violazione dei limiti dimensionali di una relazione tecnica allegata all'offerta. In particolare, la clausola stabiliva che l'offerta sarebbe stata esclusa se la relazione tecnica avesse superato un determinato numero di pagine.

Il ricorrente, parte lesa nel procedimento, aveva impugnato la clausola, sostenendo che essa violasse il principio di tassatività delle cause di esclusione e fosse in contrasto con l'interesse pubblico, oltre a compromettere la libertà di iniziativa economica.

Il principio di tassatività delle clausole di esclusione è un concetto fondamentale del diritto amministrativo, che implica che l'esclusione di un'offerta da una gara pubblica possa avvenire solo per cause espressamente previste dalla legge o dalla lex specialis del bando.

In altre parole, le cause di esclusione non possono essere interpretate estensivamente né create ad hoc dalla stazione appaltante. Questo principio è stato sancito con maggiore enfasi nel nuovo codice dei contratti pubblici del 2023, che all'articolo 3 del d.lgs. n. 36/2023 ribadisce l'importanza dell'accesso al mercato degli appalti e la trasparenza nelle procedure.

Il TAR Salerno, nella sua sentenza, si rifà proprio a questa concezione, evidenziando come una clausola che preveda l'esclusione di un'offerta per un mero superamento dei limiti dimensionali di una relazione tecnica costituisca una violazione di tale principio.

Nel contesto della legislazione previgente (d.lgs. n. 50/2016), il principio di tassatività era stato trattato nell'ambito degli "oneri procedurali", ma la riforma del 2023 ha elevato questo principio a un livello di tutela più alto, estendendo il divieto di interpretazioni estensive e enfatizzando il rispetto delle regole di concorrenza e di imparzialità. Il TAR Salerno, in sintonia con altre decisioni giurisprudenziali recenti, ha applicato questa visione restrittiva, argomentando che la clausola di esclusione proposta dalla stazione appaltante fosse in contrasto con la nuova disciplina.

La decisione del TAR Salerno fa riferimento ad alcune sentenze significative, come quelle del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti, che hanno ribadito la portata stringente del principio di tassatività. In particolare, il Consiglio di Stato ha più volte sottolineato che una clausola che prevede l'esclusione di un'offerta per ragioni di mera formalità, come il superamento del numero di pagine di una relazione tecnica, rappresenta un caso di "aggravamento degli oneri procedurali", violando i principi di buona amministrazione e imparzialità, oltre a potersi configurare come una sanzione espulsiva ingiustificata.

La Corte dei Conti ha altresì messo in evidenza come l'introduzione di simili clausole possa pregiudicare la selezione della miglior offerta, in quanto una procedura di gara che si basa su criteri formali piuttosto che sui contenuti sostanziali delle offerte rischia di danneggiare l'interesse pubblico. In altre parole, una simile clausola potrebbe consentire che un'offerta qualitativamente inferiore prevalga semplicemente per motivi burocratici, vanificando l'efficacia della gara nel raggiungimento degli obiettivi pubblici.

Il TAR Salerno ha anche posto l'accento sulla violazione del principio di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa, come previsto dall'articolo 97 della Costituzione. Questo principio impone che la pubblica amministrazione agisca senza favoritismi o pregiudizi, garantendo che la selezione delle offerte avvenga in base alla qualità e convenienza dell'offerta stessa, e non su

aspetti puramente formali. La previsione di una causa di esclusione per il superamento di un limite formale nelle dimensioni della relazione tecnica potrebbe infatti comportare l'esclusione di un'offerta qualitativamente migliore, che rispetta i requisiti sostanziali ma non soddisfa un requisito formale non essenziale.

Il TAR, quindi, ha sottolineato come il rispetto di un principio formale (il numero di pagine) non possa prevalere sugli obiettivi sostanziali della gara, che dovrebbero essere orientati alla selezione dell'offerta più vantaggiosa per l'amministrazione pubblica, in termini di qualità e di efficientamento delle risorse.

Un altro aspetto rilevante della sentenza riguarda il rispetto della libertà di iniziativa economica e della concorrenza. Come sottolineato dalla giurisprudenza, l'imposizione di clausole escludenti che non siano strettamente necessarie per garantire l'efficacia della gara rischiano di limitare ingiustificatamente la partecipazione delle imprese, soprattutto quelle di piccole e medie dimensioni, che potrebbero trovarsi escluse da gare per motivi puramente formali.

Questo aspetto è particolarmente importante nel contesto del nuovo codice dei contratti pubblici, che mira a promuovere una concorrenza più aperta e inclusiva, incentivando la partecipazione di una più ampia gamma di operatori economici.

Il principio di accesso al mercato, sancito dal nuovo articolo 3 del d.lgs. n. 36/2023, impone che le procedure di gara siano disegnate in modo da favorire la partecipazione, evitando barriere inutili e ingiustificate. Una clausola che imponga limiti dimensionali rigidi alla relazione tecnica, senza che vi sia una reale necessità per la valutazione del merito dell'offerta, costituisce una restrizione eccessiva della concorrenza e, di fatto, una limitazione della libertà di impresa.

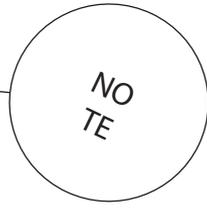
La sentenza in commento ha anche implicazioni pratiche significative per la gestione delle gare pubbliche. Innanzitutto, essa ribadisce l'importanza di una corretta redazione dei bandi di gara, che devono essere chiari, trasparenti

e in linea con la normativa vigente, evitando l'introduzione di clausole che possano risultare eccessivamente formalistiche o penalizzanti per i partecipanti. Le stazioni appaltanti, quindi, sono chiamate a vigilare attentamente sulla formulazione delle proprie clausole escludenti, affinché siano strettamente necessarie e proporzionate agli obiettivi della gara.

Inoltre, la decisione del TAR Salerno sollecita una riflessione sull'orientamento giuridico e amministrativo che dovrà prevalere nelle future interpretazioni delle cause di esclusione. L'applicazione rigorosa del principio di tassatività potrà comportare un cambiamento nell'approccio delle amministrazioni pubbliche, spingendole a privilegiare criteri di valutazione più sostanziali e meno burocratici.

In conclusione, la sentenza TAR Salerno n. 30/2025 si inserisce in un quadro giuridico in evoluzione, in cui la tutela della concorrenza, la trasparenza delle procedure e la corretta gestione degli appalti pubblici sono considerati principi imprescindibili. Il caso in esame offre un'importante lezione sull'interpretazione rigorosa delle clausole di esclusione, in linea con il principio di tassatività e con l'obiettivo di evitare discriminazioni ingiustificate a danno delle imprese.

Il nuovo codice dei contratti pubblici impone un approccio più stringente nella gestione delle gare, limitando le possibilità di esclusione e incentivando una maggiore apertura delle procedure. La sentenza del TAR Salerno rappresenta quindi un importante passo in questa direzione, confermando la necessità di un equilibrio tra formalismo e sostanza, tra regole procedurali e obiettivi pubblici. La giurisprudenza continuerà a giocare un ruolo cruciale nell'affermare questi principi e nel guidare le amministrazioni pubbliche verso una gestione sempre più efficiente, equa e trasparente degli appalti.



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



MEDIAAPPALTI

Guida pratica in materia di appalti pubblici

Mediappalti ora è disponibile on line

Abbonati su www.mediappalti.it

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

MEDIAAPPALTI

Publicità: pubblicita@mediappalti.it

Servizio Abbonamenti: abbonamenti@mediappalti.it

**Medi
Graphic**

Redazione: Mediagraphic s.r.l.

Via Palmitessa, 40 - 76121 Barletta (BT)

Tel. 0883.527171 - Mail: redazione@mediappalti.it

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



Un nuovo obiettivo: un senso profondo!