

Rivista mensile - Anno XIII, Numero 2

aprile
2023

MEDIA APPALTI

Le procedure negoziate del
"sottosoglia" nel nuovo
Codice dei contratti

Project management e
settore pubblico
(parte 2)

L'inversione
procedimentale tra
"vecchio" e "nuovo" codice



**"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**

**aprile
2023**

Fiducia

Ogni cambiamento è tensione tra forze opposte. C'è l'euforia che pervade l'animo nello sporgersi verso qualcosa di nuovo. C'è il timore perché il nuovo non è mai del tutto nitido, ci sono zone d'ombra attraverso le quali non si riesce a scrutare l'orizzonte. Il nuovo, affascinante e adrenalinico, è anche ignoto a volte paralizzante. Ogni inizio è un incamminarsi su un territorio di cui non si ha piena percezione.

Se queste due forze agiscono con pari intensità si rischia la paralisi. Un limbo perenne tra l'insoddisfazione del presente e la paura del futuro. Uno stato che, se dovesse assumere i connotati della permanenza, potrebbe diventare terreno fertile per una depressione. Vale per gli individui come singoli. Vale per gli individui raggruppati in organizzazioni: associazioni, imprese, pubbliche amministrazioni. Il non fare sviluppato da una depressione non è solo immobilità cronica ma anche arretramento graduale. Apatia. Una regressione che, se lasciata scivolare senza contrapporre resistenza può avere conseguenze estreme. L'immobilità è deleteria.

Bisogna compiere delle scelte per alimentare di linfa vitale la quotidianità. La vita di una persona, come quella di un'organizzazione, è un perpetuo scegliere. Le scelte, se ne legge l'etichetta, sono composte all'80% di ignoto. Insomma, non tutto è

possibile prevedere. A un certo punto, se si vuole progredire, bisogna buttarsi! Avere fiducia!

L'evoluzione, il progresso, si basano su due agenti primari: intuizione e fiducia. Ci vuole intuizione per maturare idee rivoluzionarie in grado di generare cambiamenti epocali per se stessi e, talvolta, per il genere umano. Ci vuole fiducia per sostenere intuizioni che in alcuni casi possono apparire come il monologo delirante di un folle. Fiducia è la parola chiave pronunciata dal Ministro delle Infrastrutture Matteo Salvini in occasione della presentazione del nuovo Codice degli Appalti.

La fiducia di cui parla il Ministro è quella che va investita a favore di sindaci, imprese e liberi professionisti. Saranno i protagonisti del nuovo modo di gestire i lavori pubblici. Attori e autori delle proprie scelte. "Artefici del proprio destino", potremmo dire con le parole di Appio Claudio il Cieco. Con il nuovo Codice le Pubbliche Amministrazioni hanno facoltà di scelta, autonoma, sul modo in cui gestire le "gare" d'appalto. "Abbiamo deciso – afferma Salvini su IL GIORNALE – che fra 1 e 5 milioni si potrà scegliere come andare avanti: l'affidamento diretto oppure la negoziazione con un numero ristretto di imprese". Secondo tale impostazione l'ipotesi di una gara pubblica diverrebbe residuale.

Le virgolette nelle quali abbiamo incastonato le parole gare e appaltanti trovano la loro ragione in questo nuovo approccio ai lavori pubblici. Se si lascia come ultima opzione residuale del bando pubblico, infatti, ci appare forzato parlare ancora in termini di gare e appalti. Forse anche parlare di Codice degli Appalti potrebbe sembrare una forzatura. La previsione è che la tendenza sia a favore delle prime due opzioni.

Che questo nuovo modo di gestire le opere pubbliche sia giusto o sbagliato ce lo racconterà la storia. Non è possibile oggi esprimere una sentenza. Si possono fare ipotesi. Si possono invocare divinazioni di esperti e addetti ai lavori. Ma sono sempre previsioni su qualcosa di inedito, su un futuro che, come abbiamo detto sopra, è protetto da ignoto e imprevedibilità.

È un nuovo inizio e come tale necessità di fiducia per poterci mostrare il suo vero valore. Positivo o negativo. Le bocciature a prescindere non sono dimostrazione di intelligenza. Fiducia. Ci vuole fiducia.

Nel retroterra del Codice, così come è stato approvato, c'è l'intenzione di semplificare le procedure, accelerare i tempi, snidare la corruzione. Con il nuovo sistema afferma Salvini "diamo maggiore responsabilità ai soggetti chiamati a condividere il processo di autorizzazione e costruzione delle infrastrutture".

È nel responsabilizzare i vertici decisori di ciascuna Pubblica Amministrazione che fa perno il sistema presentato da Salvini. I dubbi? Sono di facile intuizione: partiti d'opposizione, sindacati, organizzazioni di categoria, temono che i lavori

possano essere affidati a imprese vicine agli amministratori. Nel manovrare senza vincoli, nella soglia proposta dal Codice, quest'ultimi potrebbero essere tentati e incorrere in tale errore. Ma partiamo dal dogma che vuole che i nostri governatori siano corrotti e corruttibili. Proviamo per una volta ad abbandonare qualsiasi giudizio preconstituito. Per la macchina amministrativa è un banco di prova. Se si sbaglia non ci saranno più scusanti e si rischierà di spezzare definitivamente quel già flebile legame, ormai roscchiato da anni di malaffare, che unisce la politica al cittadino sfiduciato.

È questa mancanza di fiducia che in ultima analisi vuole ricostruire Salvini. Il nuovo Codice vuole fare questo: combattere la corruzione con una tempistica ridotta dei lavori. Per il vicepremier "se riduci i tempi e i passaggi dai anche meno opportunità al mafioso e al criminale di infilarsi in mezzo e di inquinare la realizzazione dell'opera". Sul fronte opposto l'intervento del Presidente dell'ANAC Giuseppe Busia che, intervistato da Filippo Santelli per Repubblica, all'indomani dell'approvazione del Codice, afferma che "concentrarsi solo sulla velocità rischia di andare a discapito di trasparenza, tutela del lavoratore e in definitiva della qualità delle opere pubbliche".

Il Codice entrato in vigore il primo aprile scorso sarà esecutivo dal primo luglio. Tra estimatori e detrattori l'apparato delle opere pubbliche vi si dovrà attenere. C'è tutta la nostra fiducia. E se dovesse rivelarsi un pesce d'aprile? Sarà elaborato un nuovo Codice degli Appalti. Il meccanismo è già ben rodato.

di Enzo De Gennaro

sommario

Editoriale

Fiducia

4

In evidenza

Le procedure negoziate del "sottosoglia" nel nuovo Codice dei contratti

7

Sotto la lente

Project management e settore pubblico (parte 2)

12

Hanno collaborato a questo numero:

Dott. Stefano Usai
Vice segretario del Comune di Terralba (Or)

Ing. Pier Luigi Guida
Ingegnere, esperto di project management. Dirigente di società pubblica di rilevanza nazionale del settore trasporti

Direttore Responsabile
dott. Enzo de Gennaro

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

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

Avv. Ilenia Paziani
Esperta in materia di appalti pubblici

Responsabile Web
Lorenzo Antonicelli

Avv. Paola Cartolano
Esperta in materia di appalti pubblici

Editore:

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

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

Avv. Giuseppe Croce
Esperto in appalti pubblici

Il Punto

Il conflitto di interessi nelle disposizioni normative: gli obblighi di comunicazione, gli obblighi di astensione. L'interpretazione estensiva di Anac con riferimento in particolare al grado di parentela. L'art. 42 del d.lgs. 50/2016 e l'art. 16 del nuovo codice.

19

Lo stato dell'arte sulla parità di genere e generazionale tra vecchio e nuovo Codice dei Contratti Pubblici

27

L'inversione procedimentale tra "vecchio" e "nuovo" codice

34

Il BIM nel nuovo codice dei contratti

40

MEPA... problematiche operative fattuali in ambito di RDO. Il limbo della mancata abilitazione dell'operatore economico e la partecipazione alla procedura

45

Pareri & Sentenze

53

A Domanda Rispondiamo

59

In pillole

63

Le procedure negoziate del “sottosoglia” nel nuovo Codice dei contratti

di Stefano Usai

IN
EVIDENZA

Premessa

Il Decreto legislativo 36/2023, che contiene il nuovo Codice dei contratti (nel prosieguo solo Codice), - pubblicato sul Supp. n. 77 della G.U. del 31 marzo 2023 - contiene una riscrittura delle disposizioni del “sottosoglia” ed in particolare anche delle procedure negoziate.

La prima sottolineatura, che occorre evidenziare, riguarda il complesso normativo - innestato all’atto dell’approvazione definitiva in Consiglio dei Ministri (il 28 marzo 2023) - che disciplina l’entrata in vigore e l’efficacia delle nuove norme.

Accanto ad una disciplina transitoria (art. 225), per ciò che in questa sede interessa trattare, è che il nuovo Codice è entrato in vigore il 1° aprile 2023 con previsione di efficacia - quasi dell’intero

nuovo impianto normativo -, il 1° luglio (data in cui verranno abrogati il Decreto legislativo 50/2016 - al netto di alcune norme che si applicheranno fino al 31 dicembre 2023, ad esempio in materia di accesso agli atti etc -, e le linee guida ANAC nonché vari regolamenti attuativi del pregresso codice).

L’applicazione del nuovo Codice, comunque, riguarderà le procedure che al 1° luglio non risultassero già avviate. Nel caso del “sottosoglia”, ad esempio, e in dettaglio sulle procedure negoziate ex art. 50 del nuovo codice, se la lettera di invito dovesse esser trasmessa dopo dal 1° luglio le norme da applicare sono quelle del nuovo impianto normativo (al netto, come detto dei differimenti contenuti nell’articolo 225) se, invece, la lettera di invito venisse inviata prima di tale data continueranno a trovare applicazione le norme del decreto legislativo 50/2016.

Il Decreto legislativo 36/2023, che contiene il nuovo Codice dei contratti (anche nel prosieguo solo Codice), - pubblicato sul Supp. n. 77 della G.U. del 31 marzo 2023 - contiene una riscrittura delle disposizioni del “sottosoglia” ed in particolare anche delle procedure negoziate.



1. Le procedure utilizzabili nel "sottosoglia"

In generale, al "sottosoglia" viene dedicato un sistema di norme (artt. 48/55) contenute nel "Libro II - Dell'appalto parte I - dei contratti di importo inferiore alle soglie europee" ed uno specifico allegato (Allegato II. 1) destinato a sostituire, a far data dal 1° luglio 2023 per le procedure non ancora avviate le linee guida n. 4 dell'ANAC. E' altresì noto che il sistema delle linee guida verrà sostituito da una serie di allegati (e quindi da autentiche norme giuridiche) che, a loro volta, verranno sostituiti da una serie di regolamenti.

In ambito sottosoglia, in ogni caso, il legislatore del Codice ha lasciato sostanzialmente inalterate le due tipologie di procedura di affidamento e aggiudicazione già innestati nel DL 76/2020 a cui, evidentemente, nella predisposizione del nuovo Codice, gli estensori si sono ispirati.

La prima disposizione di rilievo, in tema di sottosoglia, è contenuta nell'articolo 48 laddove si dispone che il RUP (con il nuovo Codice Responsabile unico del progetto e non solo di "Procedimento") prima di avviare l'istruttoria per l'individuazione della procedura utilizzabile "accerta l'esistenza di un interesse transfrontaliero certo, segue le procedure ordinarie di cui alle Parti seguenti del presente Libro".

Si tratta di una norma inedita che dovrebbe sostituire il classico richiamo - per le procedure sottosoglia ed oggi presente nell'articolo 36 del decreto legislativo 50/2016 - che normalmente salva la possibilità di avviare, pur per importi non consistenti o sotto la soglia comunitaria (art. 14 del nuovo Codice) procedure ordinarie.

Non v'è dubbio, però, che il senso della nuova norma sia diverso - non solo per collocazione -. Il nuovo Codice condiziona l'utilizzo della procedura maggiormente rigorosa (e dispendiosa in termini di tempo e risorse umane) solo nel caso in cui effettivamente il RUP ne ravvisasse l'oggettiva esigenza. In pratica, la scelta di utilizzare una procedura maggiormente complessa non viene rimessa ad una libera valutazione di chi deve istruire e condurre la pratica ma si richiedono "garanzie"

oggettive e quindi che risulti effettivamente necessario aprire ad una concorrenza massima piuttosto che contingentare la scelta degli operatori in un numero comunque ridotto.

Si può leggere nella disposizione un tentativo di superare quello che nella relazione tecnica - che accompagna il Codice - viene definita come "burocrazia difensiva", ovvero un modo di procedere "autoreferenziale" che non intende porre al primo posto gli interessi dell'ente.

La novità, quindi, è che la rotazione non coinvolge più - come invece previsto nelle linee guida n. 4 l'operatore che sia stato anche solo invitato alla precedente procedura senza risultarne aggiudicatario

L'articolo 48, per il resto, ribadisce la necessità di applicare i classici principi generali e gli obblighi di utilizzare le piattaforme telematiche, strumenti di negoziazione etc.

La norma successiva (art. 49), rilevantissima in tema di procedura negoziata, disciplina il principio di rotazione. Il principio viene disciplinato secondo modalità non nuove (ad eccezione di un aspetto di cui si dirà più avanti) rispetto a quanto già previsto nelle linee guida n. 4 dell'ANAC e secondo quanto emerge dagli approdi giurisprudenziali.

In questo senso si ricorda che la rotazione è obbligatoria - salvo limitatissime ipotesi dei micro acquisti, infra 5mila euro in cui può essere derogata, nel caso in cui l'ente si doti di apposito regolamento e disciplina le cc.dd fasce di valore con la conseguenza che l'alternanza si applica solo all'interno delle fasce e nel caso in cui il RUP avvii una procedura ad inviti aperta senza escludere nessun soggetto che manifesti la volontà/interesse di partecipare alla competizione -, in tutti gli altri casi, ed in questo insiste la novità, il pregresso affidatario non può più risultare tale (con l'affidamento diretto e/o invitato) se sia risultato aggiudicatario del pregresso appalto che abbia ad "oggetto una commessa rientrante nello stesso settore merceologico, oppure nella stessa categoria di opere, oppure nello stesso settore di servizi".

La novità, quindi, è che la rotazione non coinvolge più - come invece previsto nelle linee guida n. 4 l'operatore che sia stato anche solo invitato alla precedente procedura senza risultarne aggiudicatario.

Si tratta di una importante modifica che ha visto il legislatore, in modo condivisibile, bilanciare gli interessi in campo e valutare come eccessivamente oneroso escludere da una nuova procedura i soggetti solamente invitati.

L'affidatario pregresso potrebbe risultare affidatario e/o nuovamente invitato solo se il mercato – al netto delle eccezioni sopra riportate – non presenta altre soluzioni tecniche alternative ed abbia svolto il pregresso contratto secondo i desiderata della stazione appaltante.

2. Le procedure negoziate

L'articolo 50 – dopo l'affidamento diretto consentito per importi inferiori ai 140mila per beni/servizi e inferiori ai 150mila euro per lavori – disciplina le tre procedure negoziate (due per i lavori ed una per servizi/forniture fino al "sottosoglia" art. 14 del Codice).

Come anticipato, il modello a cui il legislatore si è ispirato nella predisposizione delle nuove norme, piuttosto che il decreto legislativo 50/2016 (art. 36), è quello desumibile dal DL 76/2020 (e quindi all'articolo 1, comma 2, lett. b)) con una primissima novità di rilievo: viene espunto il richiamo all'articolo 63 del decreto legislativo 50/2016 ovvero alla procedura negoziata senza pubblicazione di bando.

Il richiamo, presente nel d.lgs. 50/2016 e nello stesso DL 76/2020, ha determinato spesso equivoci inducendo, in certi casi, anche a pensare che la procedura negoziata nel sottosoglia dovesse avere una adeguata motivazione.

Chiaramente non è così visto che questa fattispecie è totalmente differente dalla fattispecie eccezionale della procedura negoziata senza pubblicazione di bando (nel nuovo Codice disciplinata nell'articolo 76 omologo del pregresso art. 63).

Per i lavori, come nel DL 76/2020, si prevedono due differenti soglie (con diverso numero di inviti). La prima (lett. c) comma 1 dell'articolo 50) prende in considerazione la soglia compresa tra i 150mila euro ed il milione di euro. In questo caso

il RUP, attraverso indagini di mercato (con avviso disciplinato quanto a predisposizione e contenuto minimo nell'allegato II.1 che sostituisce le linee guida n. 4) o attraverso l'elenco/albo interno, dovrà invitare alla procedura almeno 5 operatori.

Nel secondo caso (lett. c)) per importi compresi tra il milione di euro ed il sottosoglia (art. 14) gli inviti devono essere estesi ad almeno 10 operatori sempre che siano oggettivamente reperibili.

La lettera e), come detto, è dedicata ai beni/servizi, con invito di almeno 5 operatori, individuati secondo le modalità predette, relativamente agli importi pari o superiori ai 140mila euro fino al sottosoglia (215mila euro, 750mila euro per servizi sociali).

Viene meno, pertanto, la necessità di pubblicare un avviso di avvio del procedimento (che in realtà anche sotto l'egida del DL 76/2020 (applicabile fino al 30 giugno 2023 e, per il PNRR/PNC applicabile fino al 31 dicembre 2023) coincideva con l'avviso a manifestare interesse.

Una novità di rilievo, almeno rispetto al DL 76/2020, è la previsione, in relazione alla procedura negoziata per lavori compresi tra il milione di euro ed il sottosoglia, è che la norma fa "salva la possibilità di ricorrere alle procedure di scelta del contraente di cui alla Parte IV del presente Libro".

Una novità di rilievo, almeno rispetto al DL 76/2020, è la previsione, in relazione alla procedura negoziata per lavori compresi tra il milione di euro ed il sottosoglia, è che la norma fa "salva la possibilità di ricorrere alle procedure di scelta del contraente di cui alla Parte IV del presente Libro"



Si tratta di inciso fortemente modificato in fase di approvazione considerato che la norma pregressa prevede che in caso di utilizzo di procedura aperta classica il RUP dovesse innestare, nella determinazione a contrarre, adeguata motivazione. L'inciso è scomparso ma, almeno chi scrive, ritiene

che la motivazione della decisione di adottare la procedura ad evidenza pubblica in luogo di una procedura semplificata – salvo che insista ovviamente un interesse transfrontaliero – debba comunque essere innestata almeno a valenza interna.

In modo da specificare le ragioni che hanno indotto la scelta di una procedura aggravata, circostanza utile in caso di danni e/o perdita del finanziamento.

3. La predisposizione dell'avviso o la redazione dell'albo interno

In relazione agli inviti, come nell'attuale normativa, si ribadisce che la scelta degli operatori non avviene discrezionalmente (come ad esempio potrebbe accadere in relazione all'affidamento diretto con interpello) ma o tramite apposito avviso pubblico a manifestare interesse o con scelta dall'albo interno della stazione appaltante.

Dal 1° luglio, per procedure come detto ancora da avviare, la disciplina degli avvisi e sull'albo (dal contenuto minimo alla predisposizione vera e propria) trova una sua compiuta declinazione nell'allegato II. 1 (**"Elenchi degli operatori economici e indagini di mercato per gli affidamenti di contratti di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea"**). **L'allegato in parola sostituirà le linee guida n. 4 e, fin d'ora, si può annotare come non contenga rilevanti mutamenti rispetto al modello virtuoso declinato nelle linee guida appena richiamate.**

La novità di maggior rilievo – già indicata nella norma e precisamente nel comma 2 dell'articolo 50, secondo periodo -, è l'impossibilità di utilizzare ordinariamente il sorteggio o metodi di estrazione casuale per la scelta degli operatori da invitare.

Più nel dettaglio, il comma citato prevede che "Per la selezione degli operatori da invitare alle procedure negoziate, le stazioni appaltanti non possono utilizzare il sorteggio o altro metodo di estrazione casuale dei nominativi, se non in presenza di situazioni particolari e specificamente motivate, nei casi in cui non risulti praticabile nessun altro metodo di selezione degli operatori". Ciò induce il RUP a stabilire dei criteri di sbarramento fin dall'avviso pubblico per scremare la partecipazione. La norma, infatti, sembra veicolare la scelta sugli operatori in senso "qualitativo" ovvero imponendo un vaglio propedeutico sugli operatori poi da far competere.

Il secondo comma, inoltre, nell'ultimo periodo puntualizza che "le stazioni appaltanti pubblicano sul proprio sito istituzionale i nominativi degli

operatori consultati". In pratica, la pubblicazione dei soggetti invitati alle competizioni.

Come detto, l'allegato II.1 – che si compone di soli 3 articoli -, contiene riferimenti applicati per effetto delle previsioni contenute nelle linee guida n. 4. In pratica non si discostano da queste.

La novità di maggior rilievo – già indicata nella norma e precisamente nel comma 2 dell'articolo 50, secondo periodo -, è l'impossibilità di utilizzare ordinariamente il sorteggio o metodi di estrazione casuale per la scelta degli operatori da invitare



Anche l'allegato ribadisce che la stazione appaltante, se lo ritenesse utile, può dotarsi di un proprio regolamento interno per disciplinare:

a) le modalità di conduzione delle indagini di mercato, eventualmente distinte per fasce di importo, anche in considerazione della necessità di applicare il principio di rotazione degli affidamenti;
b) le modalità di costituzione e revisione dell'elenco degli operatori economici, distinti per categoria e fascia di importo;

c) i criteri di scelta dei soggetti da invitare a presentare offerta a seguito di indagine di mercato o attingendo dall'elenco degli operatori economici propri o da quelli presenti nel mercato elettronico delle pubbliche amministrazioni o in altri strumenti similari gestiti dalle centrali di committenza di riferimento.

4. Le ulteriori disposizioni

L'articolo 50, comma 4, prosegue chiarendo che anche nel sottosoglia il RUP può operare la scelta tecnica sui criteri di aggiudicazione fermo restando che il criterio del prezzo più basso incontra i limiti di cui all'articolo 108 comma 2.

Il comma in parola prevede che "Sono aggiudicati esclusivamente sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo:

a) i contratti relativi ai servizi sociali e di ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica, nonché ai servizi ad alta intensità di manodopera, come definiti dall'articolo 2, comma 1, lettera e), dell'allegato I.1;
b) i contratti relativi all'affidamento dei servizi di ingegneria e architettura e degli altri servizi di natura tecnica e intellettuale di importo pari o superiore a 140.000 euro;

c) i contratti di servizi e le forniture di importo pari o superiore a 140.000 euro caratterizzati da notevole contenuto tecnologico o che hanno un carattere innovativo;
 d) gli affidamenti in caso di dialogo competitivo e di partenariato per l'innovazione;
 e) gli affidamenti di appalto integrato;
 f) i contratti relativi ai lavori caratterizzati da notevole contenuto tecnologico o con carattere innovativo."

Da notare che nel caso di utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, l'articolo 51 prevede, in modo assolutamente inedito, che nel sottosoglia la commissione di gara possa essere presieduta anche dal RUP (pur non dirigente/responsabile del servizio). Per le modalità concrete si ritiene possa applicarsi l'articolo 93 che dispone in tema di commissione ma per il sopra soglia (in questo caso il RUP può solo essere componente e non anche presidente salvo che coincida con il dirigente/responsabile del servizio).

Nel sottosoglia, comma 6, viene generalizzata la possibilità di avviare immediatamente l'esecuzione dell'appalto. Circostanza, a differenza del regime introdotto dal DL 76/2020 art. 8, comma 1, lett. a), la consegna immediata può avvenire solo dopo la verifica positiva sui requisiti. Rimane fermo che in caso di mancata stipula l'operatore ha diritto al pagamento delle spese sostenute e delle prestazioni eseguite.

L'esecuzione può essere "verificata" piuttosto che con il certificato di collaudo (lavori) o il certificato di verifica di conformità (forniture o servizi) con il certificato di regolare esecuzione rilasciato dal direttore dei lavori o, nel caso ultimo dal DEC se nominato (il direttore dell'esecuzione può essere diverso dal RUP solo nei casi già previsti dalle linee guida n. 4 e nel caso in cui l'appalto sia di importo almeno pari alle soglie comunitarie oggi, come noto, deve essere di importo superiore ai 500mila euro).

Sulla pubblicazione degli avvisi di preinformazione dispone il comma 8 con la previsione della pubblicazione a livello nazionale (lo stesso vale per il bando eventuale) "con esclusione della trasmissione del bando di gara all'Ufficio delle

pubblicazioni dell'Unione europea". Stesse modalità devono essere seguite per l'avviso sui risultati e, nei casi predetti "tale avviso contiene anche l'indicazione dei soggetti invitati".

L'articolo 52 prevede che per appalti di importo inferiore ai 40mila euro possa, il possesso dei requisiti, essere certificato con semplice dichiarazione oggetto di controllo a campione.

Se in seguito a verifica non venisse "confermato il possesso dei requisiti generali o speciali dichiarati, la stazione appaltante procede alla risoluzione del contratto, all'escussione della eventuale garanzia definitiva, alla comunicazione all'ANAC e alla sospensione dell'operatore economico dalla partecipazione alle procedure di affidamento indette dalla medesima stazione appaltante per un periodo da uno a dodici mesi decorrenti dall'adozione del provvedimento".

La cauzione provvisoria (art. 53) è facoltativa – se venisse richiesto non può superare l'uno per cento dell'importo previsto nell'avviso o nell'invito.

In situazioni motivate il RUP potrebbe non richiedere la cauzione definitiva. "Quando richiesta" chiarisce il comma 4 dell'articolo 53, "la garanzia definitiva è pari al 5 per cento dell'importo contrattuale".

5. Esclusione automatica in caso di offerta anomala

L'articolo 54 generalizza, nel sottosoglia e se l'aggiudicazione avviene al ribasso, la possibilità di escludere immediatamente l'offerta anomala - sempre che l'appalto non presenti interesse transfrontaliero - "qualora il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a cinque". La norma specifica che l'esclusione automatica dell'offerta anomala non si applica agli affidamenti diretti.

In ogni caso le stazioni appaltanti possono valutare la congruità di ogni altra offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa. I metodi di verifica, comunque sempre possibile, possono essere scelti anche tramite sorteggio tra quelli indicati nell'allegato II.2.

AI sensi dell'articolo 55 nel sottosoglia non si applica lo *stand-still*.

La cauzione provvisoria (art. 53) è facoltativa – se venisse richiesto non può superare l'uno per cento dell'importo previsto nell'avviso o nell'invito



Project management e settore pubblico (parte 2)

di Pier Luigi Guida

SOTTO
LA
LENTE

1. Competenze di project management

In un precedente articolo abbiamo introdotto il concetto di *progetto* ed altri termini che spesso intervengono in tema di project management. Abbiamo per esempio definito un progetto come un "processo", termine di natura aziendale oltre che della cultura di qualità, quale insieme di attività correlate e coordinate fra loro, che a partire da un obiettivo, che sia oltremodo chiaro e specifico, portano alla realizzazione di un nuovo prodotto o servizio, sottolineando come lo stesso termine (processo) comprenda un significato più ampio e ricco di "procedimento", e ironizzano sul fatto come questo non sia naturalmente da confondersi con dizione analoga, ricorrente in altri ambiti di carattere giuridico (processo amministrativo), come purtroppo avviene quando si portino i progetti pubblici (e non solo) in cause di giudizio.

Peraltro il termine di processo, quale gestione di progetto, comparirà ancora e più volte in queste note, ponendosi alla base, nelle sue diverse declinazioni ed aree più ristrette, della disciplina stessa del project management. Si è inoltre accennato al problema delle *competenze*, e come queste siano necessarie per realizzare al meglio i progetti, nel nostro caso di carattere pubblico, ma più in generale di ogni tipo.

2. Project management e competenze

"Competenza" è divenuto uno dei termini più comunemente usati e ricorrenti in materia, quando si desidera coprire di un manto risolutivo ogni attività o problema di lavoro che ci si presenta. Deriva peraltro dal latino "*cum petere*", e rappresenta un concetto fondamentale di riferimento per ogni disciplina, professione o simili. Si potrebbe intendere come convergere insieme, "chiedere (per risolvere un problema) con" qualcuno, il quale a sua volta ci possa dare consigli, raccomandazioni e illuminare su temi su cui possiamo sentirci insicuri. Quindi gareggiare in modo sportivo e positivo, prima che divenire competizione in senso negativo.

I testi di project management e le rispettive norme in materia, hanno accolto e definito le competenze di gestione progetti, così come in altri campi, in tre classi significative: competenze metodologiche, tecniche (o di contesto), e comportamentali.

Applicandole al project management possiamo dire che:

- le *competenze metodologiche* si riferiscono ai principi e criteri cardini su cui si fonda la disciplina della gestione progetti e che pertanto tutti i soggetti che ne sono

interessati dovrebbero conoscere, o almeno averne una infarinatura;

- *le competenze tecniche*, o nella fattispecie di *contesto*, fanno riferimento all'area applicativa e più precisamente all'ambito di realizzazione (del prodotto) di progetto, per cui se si deve costruire un edificio piuttosto che un sistema informativo aziendale, si riconosce l'opportunità di una certa conoscenza del contesto o della materia, da parte di chi dovrà gestire il progetto medesimo;
- *le competenze comportamentali* fanno riferimento infine alle relazioni umane ovvero a quelle capacità e attitudini o compartimenti, che i francesi ben intendono come *savoir-faire*, e come noto interessano il management nella sua più generale espressione.

Ciò come si vede vale per tutte le discipline e le professioni, non limitandosi alla gestione progetti in senso stretto. Ma se questo è il modello espresso negli standard del settore, si dovrebbe verificare se e come lo stesso si applichi al tema in oggetto, come il project management pubblico.

Tutti sappiamo ad esempio che in questo campo è imperioso il codice dei contratti pubblici, il quale da un lato detta le norme generali per la realizzazione di un appalto o progetto di pubblico interesse, dall'altro si spinge a definire alcune prassi e metodi che, un po' arditamente, potremmo anche interpretare nel nostro modello come aspetti di manuale di project management! Codice che andrebbe quindi riletto e interpretato in questa migliore prospettiva. Orbene delle tre categorie di competenze che abbiamo appena introdotto, il codice degli appalti si posiziona in tale schema fra le competenze che abbiamo definito (in senso lato) tecniche o più in generale di contesto, per la realizzazione di nuove opere di lavori e servizi.

E se diremmo di natura tecnico-amministrativa, saremo meglio compresi. Non si parla qui cioè, perché stiamo prendendo il discorso dall'alto, delle competenze tecnico-scientifiche o di altra natura, o si assumono come dati, quelle competenze tecnico-scientifiche d'ingegneria, architettura,

restauro, informatica o simili, senza le quali non si realizza pure alcun progetto.

Nella qui definita area di competenze "tecniche" il citato codice, e altri di natura complementare o più settoriali, rappresentano infatti i testi di riferimento che tutti i soggetti che operano nello stesso campo devono letteralmente conoscere e seguire, e infatti il personale della pubblica amministrazione ne risulta spesso profondo conoscitore, non essendo comunque scervo dalle difficoltà e complessità del caso, che spesso anche gli esperti hanno occasione di evidenziare... Peraltro nello stesso codice si trovano termini e concetti di puro project management, perché altrimenti non potrebbe essere, se si vogliono far sposare le competenze tecniche con quelle di più alto livello, o come appunto le abbiamo definite, metodologiche. Ne sono esempio il cosiddetto cronoprogramma, o programma temporale del progetto, e numerosi riferimenti operativi relativi alla programmazione, progettazione ed esecuzione delle opere.

Peraltro il project management ha assunto negli ultimi decenni una vera e propria fisionomia di disciplina basata sul concetto di cosiddette "*best practices*", ovvero le migliori pratiche che l'esperienza e gli esperti raccomandano di adottare nella realizzazione di progetti, che riguardano inoltre le competenze delle *altre due* aree, e peraltro risultino assenti dallo stesso codice. Infatti si riconosce oggi che il project management è disciplina più generale costituita di metodologie, metodi, tecniche, strumenti, e per concludere competenze, grazie alle quali sarebbe possibile realizzare nel modo migliore, come spesso si dice con efficacia ed efficienza, un progetto.

Anche su questi termini andrebbe fatta un po' di chiarezza, essendo spesso usati in modo comune, alternativo o talvolta equivocati fra loro.

3. Componenti del project management

La metodologia è espressione composta di ben tre voci di origine greca¹. Rappresenta quindi all'origine l'insieme dei principi, potremmo dire

1. Con i caratteri del nostro alfabeto, metà, odos e logos, interpretabile come discorso o filosofia sul metodo, cioè strada da seguire (per raggiungere la meta).

anche dei valori, che caratterizzano una disciplina, aventi cioè caratteri fondanti e criteri di natura generale. Ad esempio il fatto che un progetto debba essere pianificato al meglio, specie sin dall'inizio ma quando occorre anche strada facendo, e debba basarsi sulla collaborazione di un gruppo o team affiatato e responsabile di persone, in modo poco burocratico, o quanto basti, potrebbero essere definiti principi metodologici, unitamente ad altre caratteristiche di conoscenza propri della materia, nonché riportate in tutti i manuali e le norme di interesse. Su cui intendiamo soffermarci in uno dei prossimi interventi.

I *metodi*² rappresentano una traduzione più pratica dei suddetti e più astratti principi, portandoci su di un terreno di lavoro più pratico e applicativo. Ad esempio dire che bisogna fare pianificazione non basta, ma bisogna avere modelli ed esempi più pratici di come realizzare un piano di progetto, se non pure uno strumento software di supporto. E il requisito che bisogna collaborare, deve essere accompagnato da una certa struttura organica (come si dice un organigramma) che ci dia i riferimenti di relazione fra i membri del team, le necessarie responsabilità o altre regole di base su come relazionarci ad altri, il cliente e, come oggi dice, i numerosi *stakeholder*.³

L'organigramma, per inciso, in questo gergo si dice OBS (Organizational Breakdown Structure), ovvero struttura di scomposizione organizzativa del lavoro.

I metodi ci dicono in sostanza come applicare certi criteri ai contesti e alle organizzazioni specifiche in cui si opera. Ad esempio un'amministrazione pubblica può essere diversa da una start-up, e nella prima bisogna seguire certi procedimenti per impostare e mandare avanti un lavoro, mentre nella seconda si potrà essere più agili⁴. I metodi richiedono perciò, oltre che valori condivisi, comuni conoscenze e prassi di lavoro che tutti i soggetti partecipanti a un progetto devono conoscere.

Mentre una metodologia può restare ad esempio di natura più generale, ed essere ad esempio adottata da più aziende, i metodi devono spesso calarsi e personalizzarsi in modo più specifico anche sulla singola azienda.

Ad esempio, pur essendo dovuti tutti gli organismi pubblici a seguire il codice dei contratti, si osservano in realtà differenze anche sensibili a livello organizzativo fra gli stessi, derivanti dalla traduzione, prassi di ciascuna realtà ecc.

I metodi sono cioè più prossimi a calarsi nella singola organizzazione e trasformarsi in politiche, procedure e manuali per realizzare certe attività, spesso integrati da altre norme definibile tecniche. Inoltre il settore pubblico, soggetto allo stesso codice, comprende in realtà un vasto spettro di attori, diffusi in tutto il territorio nazionale, ciascuno operante secondo specifiche procedure, anche in relazione al proprio assetto istituzionale (dagli enti di pubblica amministrazione alle società di diritto pubblico, soggette alla sezione dei settori speciali) ecc.; il livello di risorse strumentali può essere diverso e così via, diversità che d'altra parte possono essere assolutamente ragionevoli e giustificabili.

Il livello concettuale di metodo potrebbe essere quello che più si avvicina a quello di procedimento del progetto pubblico (benché quest'ultimo resti solo una parte del primo). Ad esempio in molte organizzazioni si riconosce l'opportunità di un manuale della qualità che traduce i principi generali della qualità in metodi, processi e attività propri dell'organizzazione. Una metodologia è concettualmente più vicina a una legge, talvolta da interpretare per essere applicata al meglio; un metodo più prossimo a un regolamento di attuazione (esempio comunque un po' azzardato...). Spesso si parla di metodologia e metodo in senso equivalente, ma sarebbe bene mantenere l'originale distinzione. Almeno con questo linguaggio.



2. Che pertanto escludono formalmente il logos o la filosofia dalla propria definizione.
3. Sulla cui (incerta) etimologia al momento si risparmia il lettore. Il significato più corrente è quello di tutte le "parti interessate" di un progetto.
4. Altro termine sempre più usato, specie dopo la trasformazione del lavoro imposta o accelerata dal COVID, ma spesso usato anche in modo improprio. Ci ripromettiamo di riprendere l'argomento del project management agile in un prossimo intervento.

Le *tecniche* possono essere concepite come un'ulteriore trasformazione e "messa a terra" del lavoro da svolgere, ad esempio come soluzioni di carattere tecnologico degli stessi metodi. Per esempio dire che devono esistere degli archivi di dati o documenti, come lo è sempre stato, non è sufficiente al mondo d'oggi, se non in relazione più o meno implicita con l'esistenza di basi dati, sistemi informativi e tecniche informatiche che ne supportino la gestione, in termini di accesso, conservazione, sicurezza, reperimento delle informazioni e così via.

Le tecniche si trasformano infine in *strumenti* che, come dice il termine, sono i veri e propri attrezzi del mestiere che dobbiamo o alcuni per noi devono usare per realizzare il lavoro, con i dovuti requisiti di qualità, efficienza, sicurezza dei dati ecc. ... Tornando all'esempio della pianificazione, tutti conosciamo il metodo del cronoprogramma, e molti ne conoscono anche la tecnica d'impiego; essendo questo un concetto che oltre ad essere termine di project management, nonché richiamato nel codice degli appalti, è diventato invero uno dei termini più usati anche dalla classe politica e nei relativi articoli di stampa; quando cioè si voglia intendere non già lo strumento in senso stretto, ma il principio del rispetto della pianificazione e dei tempi di un progetto, che in realtà non è fatto solo di questo! In realtà trattasi della tecnica del cosiddetto Gantt, dal nome di colui che per primo lo formalizzò ai primi del novecento.⁵ La stessa tecnica diviene infine strumento quando ad esempio si utilizza uno specifico software per applicarla in modo più puntuale e corretto, ovvero si traduca la programmazione temporale ("schedule") di un progetto in un uno specifico insieme di attività elementari, tra loro opportunamente collegate da vincoli di sequenza, precedenza e altri. Si intuisce, come in tutte le cose, esistono diversi livelli di conoscenza per uno stesso concetto.

Ma tutto ciò non basta tuttavia per pianificare un progetto, se non ne abbiamo anche le competenze, di base o più o meno avanzate, secondo le necessità del caso, cioè se non siamo stati già esposti ad una introduzione conoscitiva sul metodo, se non

abbiamo l'attitudine ad applicarlo, e se infine non lo abbiamo praticato almeno una volta, prima di poterne farne effettivo strumento di lavoro, insomma non se abbia la relativa esperienza.

4. La matrice delle competenze

Uno schema ancor più generale delle competenze è quello che le classifica in:

- conoscenza
- abilità
- esperienza.

Infatti, in modo più o meno esplicito, definiamo come competente, eccezioni a parte, un professionista che ne abbia l'originale titolo di studio, dimostri le dovute abilità ed abbia la necessaria esperienza, cui si affidi un certo lavoro per doverlo compiere in modo atteso o verosimilmente idoneo. Secondo altri riferimenti, si possono avere variazioni sul tema, che non ne stravolgono comunque la sostanza. Il particolare, secondo le norme di qualificazione professionale adottate dall'UNI⁶, al posto della terza voce si trova la cosiddetta *capacità*, come dimostrazione dell'individuo ad assumere certe responsabilità e idoneità a svolgere compiti in autonomia e nelle condizioni reali di lavoro. Un tale approccio potrebbe essere più generale e sostanziale della pura esperienza, che indirettamente associa la maturazione di almeno un certo numero di anni o di età professionale in un certo campo, quale condizione necessaria, ma non sempre sufficiente. Orbene questi aspetti di competenze si possono incrociare con quelle prima dette, relative nella fattispecie al project management, allo scopo di dare un profilo più completo dell'individuo, nonché uno schema più generale del *corpus* di competenze in argomento.

In pratica, si potrà applicare ciascuna voce di questa seconda terna di concetti, ad ognuna della terna di competenze già in precedenza indicate; ne risulta, come dicono i matematici, una matrice "3x3" delle competenze, come si riporta in Figura 1. È in realtà un modello, come la tabellina delle moltiplicazioni che s'impara alle elementari, applicabile in senso generale a casi più generali di valutazione.



5. Henry Gantt (1861-1929), socio di quel famoso Frederick Taylor, padre dell'approccio di management che si diffuse ai primi del '900 e da lui prese il nome (taylorismo).

6. Ente nazionale di normazione. www.uni.it.

Posizione ideale Figura 1

L'ultima riga riveste ancora un particolare interesse. Come dicono gli inglesi "last but not least"⁵, possiamo mettere più a fuoco le *competenze comportamentali*, che completano e valorizzano la persona e la figura di ogni professionista. Trattasi cioè di un insieme di caratteristiche personali tipiche di attività di management, ovvero di sapersi relazionare e gestire, come impropriamente si

dice, le risorse umane. Anche in tal caso si possono individuare in tali competenze, caratteristiche di conoscenza, avendo cioè razionalizzato ed essere stati esposti a corsi specifici in materia⁶; abilità, tipiche dell'individuo oltre che di natura caratteriale e sociale, soggette anch'esse a percorsi di miglioramento e sviluppo; infine l'ineluttabile esperienza, maturata sul campo e in ambienti tipici di lavoro e quindi progetti via via più complessi.

Competenze	Conoscenze	Abilità	Esperienza
Metodologiche	Metodi e strumenti di project management	Attitudini e motivazione personali	Svolgimento di attività nei ruoli di sponsor, project manager o altri, in team di progetti
Contestuali	Applicazione al contesto o area applicativa	Capacità personali di applicazione	Caratteristiche esperienziali, conoscenza dell'ambiente
Comportamentali	Studio delle soft skills	Attitudini personali e caratteriali	Capacità acquisite e maturate con l'esperienza

Figura 1. Schema di sintesi delle competenze di project management

Le stesse competenze sono anche riportate in letteratura come "soft skills", letteralmente abilità o competenze "soffici", che si pongono come complementari alle cosiddette "hard skills", ovvero quelle "dure", con cui si definiscono le altre (competenze metodologiche e tecniche), che in genere richiedono capacità di calcolo, logico-analitiche e simili. Uno degli aspetti di maggiore interesse del moderno project management è quello di aver sensibilizzato e tradotto in termini di

standard questi aspetti, se si vuole di comune buon senso nonché riconosciuti a livello internazionale. Per dare un pò di concretezza, applichiamo ad esempio lo stesso modello alle competenze sempre al cronoprogramma (sic!), in cui si provi cioè a mettere a frutto, in modo del tutto indicativo, i concetti su esposti. Torniamo cioè all'esempio di un cronoprogramma (Gantt) di progetto, cercando di applicarlo allo schema generale su indicato; per cui può compilarci la tabella di esempio in Figura 2.



- 7. cioè ultime cose in ordine di esposizione ma non certamente le ultime in ordine di importanza
- 8. Trattasi come si comprende di materia specialistica dei corsi di istruzione in scienze umane e sociali oltre che di altri percorsi formativi in tema di coaching, team building ecc.

Posizione ideale Figura 2

In questa si vede come ciascun elemento (riquadro di competenza) risulti toccato da certe competenze di attività fra loro correlate, e come possibili mancanze possano verosimilmente evidenziarsi nella pratica, davanti ai casi più complessi.

Un diagramma Gantt, oltre che essere infatti disegnato e calcolato, rappresenta in generale la sintesi di notevoli conoscenze e dati variamente acquisiti ed elaborati del progetto, oltre che essere spesso oggetto ovvero il risultato di notevole negoziazione con i diversi stakeholder o talvolta numerose parti interessate del progetto.

E quando in generale non si abbiano tutte le competenze necessarie, è pratica naturale che ci

si avvalga di esperti per colmare i vuoti mancanti ovvero delle competenze dell'intero team.

Cosa può nascondersi dunque dietro un semplice cronoprogramma (!), in ottica di gestione progetti.

Ciò potrebbe farci capire come anche un semplice strumento, da tutti invocato, e non sempre propriamente utilizzato, può diversamente arricchirsi, e la fonte legislativa non sia sufficiente a comprenderne il significato, se non idoneamente integrata in un opportuno quadro metodologico di project management.

Spesso tuttavia nelle gare di appalto e nella pratica si vedono cronoprogrammi, o Gantt, non del tutto giustificabili e lacunosi. *Absit iniura verbis!*

Competenze	Conoscenze	Abilità	Esperienza
Metodologiche	Criteri di stesura del programma temporale. Calcolo del percorso critico (durata del progetto).	Attitudini e approccio analitico. Predisposizione ed apprendimento del metodo e casi specifici d'uso.	Sviluppo di casi di programmi temporali di progetti in esperienze attuali di lavoro.
Contestuali	Applicazione alle fasi di progetto (secondo il codice dei contratti)	Attitudine allo svolgimento di pratiche di pianificazione e controllo unitamente ad altre discipline del progetto.	Realizzazione di cronoprogrammi in casi di progetti analoghi e via via più complessi.
Comportamentali	Studio di tecniche di interviste, ascolto attivo, gestione dei meeting, negoziazione, ecc.	Attitudine all'applicazione di tecniche relazionali nel corso di pianificazione e controllo (gestione di modifiche).	Gestione di team e stakeholder in meeting di pianificazione e controllo progetti.

Figura 2. Esempio di applicazione della matrice di competenze (cronoprogramma)

A questo punto dovrebbe risultare piuttosto evidente, quando si parli di competenze del personale incaricato di gestire progetti, quali riferimenti debbano seguirsi per avviare progetti e programmi ben fondati, non solo sulle disponibilità di budget e altre condizioni, ma anche sulle competenze delle risorse umane coinvolte - dirigenti, RUP, loro collaboratori e funzioni di supporto. Da ciò non risultano escluse le stesse stazioni appaltanti, come unità nel loro insieme, per cui in gergo si dovrebbe meglio parlare di "maturità" organizzativa di project management, secondo altri modelli della disciplina disponibili in letteratura; ma anche dal lato dei fornitori e appaltatori. Altrimenti con chi e con quale linguaggio dovrà relazionarsi lo stesso RUP? Riprenderemo il discorso in un prossimo intervento.

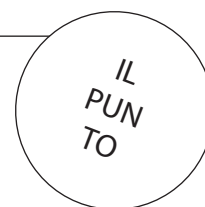
Mentre consegniamo queste note alla Rivista apprendiamo che è stato approvato dal Consiglio dei ministri il nuovo codice dei contratti pubblici. L'oggetto dell'articolo ha natura metodologica e naturalmente non viene toccato dalla nuova edizione del codice che anzi riprende ed estende uno dei temi trattati (in particolare il cronoprogramma) rispetto alla precedente edizione.

L'autore sarà lieto di riprendere su questa Rivista quesiti o chiarimenti sugli argomenti esposti nella presente serie di articoli o comunque attinenti i temi qui trattati.

Il conflitto di interessi nelle disposizioni normative: gli obblighi di comunicazione, gli obblighi di astensione.

L'interpretazione estensiva di Anac con riferimento in particolare al grado di parentela. L'art. 42 del d.lgs. 50/2016 e l'art. 16 del nuovo codice.

di Beatrice Corradi



- 1. Obbligo di dichiarare la presenza di interessi finanziari propri o di terzi, ai sensi dell'art. 6 del DPR 2013 n. 62 all'atto dell'assegnazione all'ufficio. Obbligo di astensione rispetto ad una decisione o attività, ai sensi dell'art. 7 del DPR 2013 n. 62. Contenuti e soggetti coinvolti diversi**

Il DPR 62/2013 definisce il codice di comportamento dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni al fine di assicurare la qualità dei servizi, la prevenzione dei fenomeni di corruzione, il rispetto dei doveri costituzionali di diligenza, lealtà, imparzialità e servizio esclusivo alla cura dell'interesse pubblico. L'art. 6 impone l'obbligo al dipendente di informare il dirigente dell'ufficio in caso

di presenti od intercorsi rapporti finanziari con privati.

L'omissione della comunicazione integra un comportamento contrario ai doveri d'ufficio, sanzionabile ai sensi dell'articolo 16 del decreto del Presidente della Repubblica 16 aprile 2013, n. 62, la violazione è valutata, in ogni singolo caso, con riguardo alla gravità del comportamento e all'entità del pregiudizio, anche morale, in relazione agli effetti in merito al decoro o al prestigio dell'amministrazione di appartenenza.

La disposizione è rivolta a far emergere eventuali interessi finanziari e quindi conflitti di interessi del dipendente all'atto dell'assegnazione all'ufficio a seguito di: rapporti, diretti o indiretti, di collaborazione con soggetti

L'art. 6 del DPR 62/2013 impone l'obbligo al dipendente di informare, all'atto dell'assegnazione in un ufficio, il relativo dirigente in caso di presenti od intercorsi rapporti finanziari con privati (diretti ed indiretti).



privati, in qualunque modo retribuiti, che lo stesso, o terzi, come individuati, abbiano in corso o avuto negli ultimi tre anni.

I predetti rapporti finanziari da dichiarare (diritti, indiretti, di collaborazione) possono riguardare in prima persona il dipendente, o i suoi parenti o affini entro il secondo grado, il coniuge o il convivente, precisando, inoltre, se tali rapporti siano interscambiati o interscambiati con soggetti che abbiano interessi in attività o decisioni inerenti all'ufficio, limitatamente alle pratiche a lui affidate.

Le prescrizioni dichiarative sono quindi di doppio contenuto: i rapporti diretti, indiretti, di collaborazione, in essere o pregressi, di natura finanziaria; l'indicazione di quali, tra i rapporti dichiarati, costituiscono interessi in attività o decisioni, inerenti l'ufficio, limitatamente alle pratiche al dipendente affidate. Il perimetro è molto definito e circoscritto.

Il contenuto delle dichiarazioni deve riportare quindi i citati elementi: i rapporti finanziari interscambiati con soggetti privati negli ultimi tre anni; l'indicazione dei rapporti interscambiati o che interscambiati con soggetti che abbiano interessi diretti con le attività o le decisioni dell'ufficio in cui è incaricato, limitatamente alle pratiche a lui affidate. Le relazioni, di natura finanziaria, interessate riguardano i parenti, i coniugi, i conviventi e gli affini (fino al secondo grado) e non le frequentazioni abituali (legame introdotto nel successivo articolo 7 del DPR 62/2013).

Il dipendente invece si deve astenere (art. 7 del DPR 62/2013): "Dal partecipare all'adozione

Le prescrizioni dichiarative, ai sensi dell'art. 6 del DPR 62/2013, hanno un doppio contenuto: i rapporti diretti, indiretti, di collaborazione, in essere o pregressi, di natura finanziaria; l'indicazione di quali, tra i rapporti dichiarati, costituiscono interessi in attività o decisioni, inerenti l'ufficio, limitatamente alle pratiche al dipendente affidate.



I casi di astensione, con riferimento a decisioni e attività che possono essere compromesse in termini di imparzialità, riguardano il legame (di natura non solo economica) tra il dipendente e categorie di soggetti – individuati - con cui il medesimo può avere rapporti di varia natura (di parentela, di frequentazione abituale, di coniugio, di convivenza). L'obbligo di astensione non agisce in automatico.



anche non riconosciute, comitati, società o stabilimenti di cui sia amministratore o gerente o dirigente. Il dipendente si astiene in ogni altro caso in cui esistano gravi ragioni di convenienza. Sull'astensione decide il responsabile dell'ufficio di appartenenza".

sua volta, da un rapporto diretto, indiretto e di collaborazione con un soggetto privato (l'interesse economico coinvolto, come visto, secondo l'art. 6, può essere proprio o del coniuge o di affini fino al 2° grado o di conviventi).

L'obbligo di astensione non agisce in automatico, deve essere valutato dall'Amministrazione.

di decisioni o ad attività che possano coinvolgere interessi propri, ovvero di suoi parenti, affini entro il secondo grado, del coniuge o di conviventi, oppure di persone con le quali abbia rapporti di frequentazione abituale, ovvero, di soggetti od organizzazioni con cui egli o il coniuge abbia causa pendente o grave inimicizia o rapporti di credito o debito significativi, ovvero di soggetti od organizzazioni di cui sia tutore, curatore, procuratore o agente, ovvero di enti, associazioni

I casi di astensione, con riferimento a decisioni e attività che possono essere compromesse in termini di imparzialità, riguardano il legame tra il dipendente e categorie di soggetti – individuati - con cui il medesimo può avere rapporti di varia natura (di parentela, di frequentazione abituale, di coniugio, di convivenza); mentre le dichiarazioni di sussistenza di interessi economici, da comunicare in fase di assegnazione ad un ufficio, come previsto all'art. 6 del DPR 62/2013, hanno come oggetto un rapporto finanziario derivante, a

In particolare, una disposizione distinta all'interno dell'art. 7 è prevista - con obbligo di astensione - qualora il dipendente o il suo coniuge abbiano in essere gravi inimicizie, rapporti di credito o debito significativi, legami con società, organizzazioni, associazioni, stabilimenti.

Le pubbliche amministrazioni nei propri codici di condotta, estendono, per quanto compatibili, gli obblighi di condotta anche a tutti i collaboratori o consulenti (anche se le norme attuali già

lo prevedono) con qualsiasi tipologia di contratto o incarico e a qualsiasi titolo, ai titolari di organi di indirizzo e di incarichi negli uffici di diretta collaborazione delle autorità politiche, nonché ai collaboratori a qualsiasi titolo di imprese fornitrici di beni o servizi e che realizzano opere in favore dell'amministrazione.

2. L'art. 42 del d.lgs. n. 50/2016 e l'obbligo di astensione. Il nuovo articolo 16 del codice, efficace al 1° luglio. Novità

A livello generale, il conflitto di interessi è disciplinato dall'art. 6-bis L. 241/90 e dall'art. 7 DPR 62/2013.

In riferimento alla nozione di conflitto di interesse può ritenersi consolidato anche in giurisprudenza un orientamento secondo il quale *"Le ipotesi di cui all'articolo 42, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016 si riferiscono a situazioni in grado di compromettere, anche solo potenzialmente, l'imparzialità richiesta nell'esercizio del potere decisionale e si verificano quando il "dipendente" pubblico ovvero anche un soggetto privato che sia chiamato a svolgere*

Le pubbliche amministrazioni nei propri codici di condotta, estendono, per quanto compatibili, gli obblighi di condotta anche a tutti i collaboratori o consulenti (anche se le norme attuali già lo prevedono) con qualsiasi tipologia di contratto o incarico, e a qualsiasi titolo, ed ai titolari di organi di indirizzo.



Anche per delimitare l'ampio raggio di operatività di tale formula generale, la giurisprudenza ha avuto modo di chiarire che l'ipotesi di conflitto d'interessi "deve essere supportata da elementi da elementi concreti, specifici ed attuali" (Consiglio di Stato, sezione III, 26 marzo 2021, n. 2581). Oggi tale principio è presente nell'art. 16 del nuovo codice, in tema di conflitto di interessi.



una funzione strumentale alla conduzione della gara d'appalto, è portatore di interessi della propria o dell'altrui sfera privata, che potrebbero influenzare negativamente l'esercizio imparziale ed obiettivo delle sue funzioni" (Cons. St., V, 6150/2019; Cons. Stato, sez. V, 11.7.2017, n. 3415; TAR Campania, SA, 1219/2021; TAR Lazio Roma, III ter, 10186/2019).

L'articolo 42 e l'articolo 16 - con efficacia quest'ultimo al 1° luglio 2023 - del codice

dei contratti pubblici trova piena applicazione in tutte le procedure di aggiudicazione di appalti e concessioni nei settori ordinari, ivi incluse quelle sotto soglia, come rilevato dall'Autorità nelle Linee Guida n. 15 recanti *"Individuazione e gestione dei conflitti di interesse nelle procedure di affidamento di contratti pubblici"*, approvate dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 494 del 5 giugno 2019.

Ai fini della gestione del rischio qualora emerga una situazione che dia luogo ad un potenziale conflitto di interessi, il principale strumento indicato dalle disposizioni normative, consiste sempre nell'obbligo di segnalazione e in quello di conseguente astensione dall'attività da parte del soggetto interessato, previo accertamento dell'Amministrazione (come previsto dall'art.7 del DPR n. 62/2013, dall'art. 6-bis della legge n. 241/90, dall'art. 42 comma 3 e dal 1° luglio dall'art. 16). Tali obblighi sono quindi pacificamente estesi alla fase di esecuzione contrattuale (Linee Guida ANAC n. 15, par. 3.4; Delibere 65/2022, 66/2022) e agli affidamenti sotto soglia comunitaria (art. 36, co. 1 d.lgs. 50/2016; Linee Guida ANAC n. 4, par. 3.1; Delibera 712/2022). Dunque, dalle disposizioni emerge che

l'obbligo di astensione, potenzialmente, ricorre per tutti i soggetti chiamati ad intervenire alla formazione della decisione nello svolgimento della procedura di aggiudicazione.

Le disposizioni normative sono chiare, correttamente integrate tra loro, descrivendo una, il contenuto delle dichiarazioni ed il relativo momento di rilascio a cura del dipendente (DPR 62/2013, art. 6) le altre l'obbligo, previa comunicazione, dell'astensione in determinate situazioni (art.6 bis della legge n. 241/90, art. 7 del DPR 62/2013 e le disposizioni contenute nel codice dei contratti).

Anche per delimitare l'ampio raggio di operatività di tale formula generale, la giurisprudenza ha avuto modo di chiarire che l'ipotesi di conflitto d'interessi "deve essere supportata da elementi concreti, specifici ed attuali" (Consiglio di Stato, sezione III, 26 marzo 2021,

n. 2581; come disposto dall'art. 16 del Codice degli appalti di prossima efficacia) affermando, il medesimo Consiglio di Stato, che, con riferimento all'art. 42, comma 2 citato "*per le sue descritte caratteristiche funzionali, la disposizione in parola è quindi da intendersi come norma lato sensu "di pericolo", in quanto le misure che essa contempla (astensione dei dipendenti) o comporta (esclusione dell'impresa concorrente) operano per il solo pericolo di pregiudizio che la situazione conflittuale può determinare (così Cons. Stato, sez. III, n. 355/2019 e sez. V, n. 3048/2020; Consiglio di Stato, sezione III, 20 agosto 2020, n. 5151 e 29 marzo 2022 n. 2309).*

Gli elementi indiziari dai quali è possibile ricavare, in via presuntiva, il conflitto di interessi, sono dalla giurisprudenza individuati:

a) nell'esistenza di un interesse personale del

funzionario e della ditta concorrente in gara; b) nel ruolo che il primo rivestiva nella procedura di gara e che gli avrebbe potuto consentire di "intervenire" o di "influenzare" il risultato, per le informazioni privilegiate che egli aveva a disposizione e che avrebbe potuto trasferire all'impresa concorrente (cfr. Cons. Stato, sez. III, n. 6150/2019; id., sez.

V, n. 3048/2020, nonché Cons. Stato, parere 5 marzo 2019, n. 667)".

Il nuovo codice, all'art. 16, regola il conflitto di interessi con alcune novità, mediante una esposizione chiara e di sintesi. Secondo le nuove disposizioni del codice degli appalti, si ha conflitto d'interesse quando un soggetto, non è più presente l'affermazione, "il personale", a qualsiasi titolo, interviene con compiti funzionali, partecipando quindi con attività non meramente esecutive.



Il nuovo codice, all'art. 16, regola il conflitto di interessi con alcune novità, mediante una esposizione chiara e di sintesi (Il codice entra in vigore il 1° di aprile con efficacia il 1° di luglio).

Secondo le nuove disposizioni del codice degli appalti, si ha conflitto d'interesse quando un soggetto - non è più presente l'affermazione, "il personale" - a qualsiasi titolo, interviene con compiti funzionali - partecipando quindi con attività non meramente esecutive - nella procedura di aggiudicazione o nella fase di esecuzione

(è inclusa, senza dubbi, anche questa fase) degli appalti o delle concessioni o può influenzarne, in qualsiasi modo, il risultato, ha, direttamente o indirettamente, un interesse finanziario, economico o altro interesse personale che può essere percepito come una minaccia "concreta ed effettiva" (nuova disposizione, che circoscrive e delimita il confine entro il quale può essere inteso il conflitto di interessi) alla sua imparzialità e indipendenza rispetto alla procedura di appalto o di concessione.

Il personale che versa nelle ipotesi di cui al comma 2, dell'art. 16, ne dà comunicazione - l'art. 42 indica che il dipendente "è tenuto" a dare comunicazione - all'Amministrazione, astenendosi dal partecipare alla procedura di aggiudicazione e all'esecuzione (non già nella fase di programmazione).

Secondo le nuove disposizioni del codice degli appalti la minaccia, rispetto al conflitto di interessi, deve essere "concreta ed effettiva".



Inoltre in coerenza con il principio della fiducia, principio introdotto nel nuovo codice, e per preservare la funzionalità – aspetto importante e più volte richiamato dal Consiglio di Stato - dell'azione amministrativa, la percepita minaccia all'imparzialità e indipendenza deve essere provata da chi invoca il conflitto sulla base di presupposti specifici e documentati e deve riferirsi a interessi effettivi, la cui soddisfazione sia conseguibile solo subordinando un interesse all'altro. Anche quest'ultimo aspetto è di nuova introduzione ed è a vantaggio del non aggravamento dell'azione amministrativa.

Le stazioni appaltanti, come previsto dall'art. 42, adottano misure adeguate per individuare, prevenire e risolvere in modo efficace ogni ipotesi di conflitto di interesse nello svolgimento delle procedure di aggiudicazione ed esecuzione degli appalti e delle concessioni e vigilano affinché gli adempimenti relativi alla comunicazione ed astensione siano rispettati.

Inoltre, in coerenza con il principio della fiducia, principio introdotto nel nuovo codice, e per preservare la funzionalità – aspetto importante e più volte richiamato dal Consiglio di Stato - dell'azione amministrativa, la percepita minaccia all'imparzialità e indipendenza deve essere provata da chi invoca il conflitto sulla base di presupposti specifici e documentati e deve riferirsi a interessi effettivi, la cui soddisfazione sia conseguibile solo subordinando un interesse all'altro. Anche quest'ultimo aspetto è di nuova introduzione ed è a vantaggio del non aggravamento dell'azione amministrativa.

In coerenza con il principio della fiducia, principio introdotto nel nuovo codice, e per preservare la funzionalità – aspetto importante e più volte richiamato dal Consiglio di Stato - dell'azione amministrativa, la percepita minaccia all'imparzialità e indipendenza deve essere provata da chi invoca il conflitto sulla base di presupposti specifici e documentati.



Per il Consiglio di Stato con il parere n. 667 del 5 marzo 2019, in merito alle Linee Guida n. 15, il medesimo si era espresso indicando che la dichiarazione originaria può intendersi confermata (in occasione dell'espletamento delle singole procedure ad evidenza pubblica) a meno che non sorga un obbligo di comunicazione con riferimento alla singola procedura selettiva.



3. Il parere del Consiglio di Stato in merito alla scelta (molto estensiva) di Anac di dover rendere dichiarazioni in occasione di ogni singola gara

Il Consiglio di Stato con il parere n. 667 del 5 marzo 2019 nella sezione Consultiva per gli Atti Normativi del Consiglio di Stato, si era espresso sullo schema di Linee guida aventi ad oggetto "Individuazione e gestione dei conflitti di interesse nelle procedure di affidamento di contratti pubblici", in attuazione dell'art. 213, c. 2, del decreto legislativo 18

aprile 2016, n. 50, esprimendo, tra l'altro, di non condividere "la scelta dell'Autorità di chiedere al personale di rendere la dichiarazione sostitutiva sul conflitto di interesse oltre che all'atto dell'assegnazione all'ufficio in occasione di ogni singola gara". Per il Consiglio di Stato, se Anac considerava l'opportunità della presentazione di una dichiarazione sostitutiva attestante l'inesistenza di conflitti in atto o potenziali (nel senso specificato più volte) per ciascuna procedura, tale interpretazione, molto estensiva, avrebbe come effetto autodichiarazioni rese anche da: "membri degli organi politici laddove adottino atti di gestione, il RUP, i membri del collegio tecnico, i membri della commissione di gara e il segretario, il responsabile della sicurezza, il coordinatore della sicurezza in fase di esecuzione, il direttore dei lavori o dell'esecuzione del contratto, il collaudatore, il soggetto che sottoscrive il contratto per conto della stazione appaltante, il soggetto che provvede al pagamento dei corrispettivi, il soggetto incaricato del monitoraggio dell'esecuzione del contratto." (cfr Linee Guida 15).

Il Consiglio di Stato, in quella sede, aveva quindi affermato che: *“Trattasi a volte di alcune decine di persone e quindi della crescita abnorme di oneri amministrativi che incidono sui costi della procedura, anche in funzione dei successivi obblighi di verifica e controllo”*.

Il Consiglio di Stato ha così evidenziato, nel tempo, che se il conflitto di interessi può sorgere in capo a qualsiasi dipendente partecipi alla procedura, la dichiarazione dovrebbe essere resa anche da qualunque dei dipendenti in senso stretto, ossia dei lavoratori subordinati dei soggetti giuridici richiamati (con un aggravio ulteriore ed insostenibile oltre ad essere irragionevole). Per il citato organo sarebbe stato opportuno, per evitare una eccessiva proliferazione di dichiarazioni sostitutive, difficilmente gestibili dalle singole stazioni appaltanti, richiamare l’obbligo di rendere (all’atto dell’assegnazione all’ufficio) la prima delle dichiarazioni sostitutive in questione stabilendo, anche in via regolamentare secondo le procedure della stazione appaltante, il dovere del dipendente di aggiornarla in presenza di fatti sopravvenuti e richiamando, con disposizioni interne l’obbligo di astensione nella singola procedura. La presente soluzione, peraltro, sarebbe stata in linea con le disposizioni di cui al d.lgs. 50/2016 e del nuovo.

In sostanza, la dichiarazione originaria può intendersi confermata (in occasione dell’espletamento delle singole procedure ad evidenza pubblica) a meno che non sorga un obbligo di comunicazione (come dalle norme previsto) qualora, con riferimento alla singola procedura selettiva, il dipendente versi in una situazione di conflitto di interessi. Le dichiarazioni devono avere data certa e, quindi, vanno datate e sottoscritte (dal soggetto interessato) e protocollate (dalla stazione appaltante), sia a fini di interesse generale, che a garanzia del dipendente, il quale avrà modo di dimostrare agevolmente di aver tempestivamente adempiuto ai propri obblighi.

Anac rileva che per le stazioni appaltanti, la parentela, a fini dichiarativi, riguarda i legami fino al secondo, terzo o quarto grado, secondo una logica applicativa confusa e non omogena, ritenendo, invece, che la nozione di parentela, rilevante ai sensi dell’allora art. 42 d.lgs. 50/2016, includa i parenti fino al sesto grado, conseguendone un obbligo dichiarativo, ove il legame sussista (delibera n. 63 in data 8 febbraio 2023)



4. La definizione (molto estensiva) di Anac in ordine alle nozioni di parentela e affinità rilevanti ai fini del conflitto di interesse: la delibera n. 63 in data 8 febbraio 2023. Problematiche connesse alle dichiarazioni di assenza o presenza di conflitto di interesse fino al sesto grado di parentela

La formulazione letterale adottata dall’art. 7 DPR 62/2013 distingue concettualmente la nozione di parentela da quella di affini. Anac rileva che per le stazioni appaltanti, la parentela, a fini dichiarativi, riguarda i legami fino al secondo, terzo o quarto grado, secondo una logica applicativa confusa e non omogena, ritenendo, invece, che la nozione di parentela, rilevante ai sensi dell’allora art. 42 d.lgs. 50/2016, includa i parenti fino al sesto grado, conseguendone un obbligo dichiarativo, ove il legame sussista.

Le norme vanno lette, secondo Anac nella delibera 8 febbraio 2023, alla luce delle nozioni civilistiche di parentela e affinità, infatti, l’art. 77 del c.c. dispone che *“La legge non riconosce il vincolo di parentela oltre il sesto grado, salvo che per alcuni effetti specialmente determinati”*; mentre secondo l’art. 78 c.c. *“l’affinità è il vincolo tra un coniuge e i parenti dell’altro coniuge”*. Il codice civile non stabilisce un limite di carattere generale per il vincolo di affinità, a differenza del rapporto di parentela (cfr. delibera Anac 8 febbraio 2023).

Anac precisa che la dichiarazione di (in) sussistenza del legame è condizione per l’assunzione dell’incarico e deve essere resa in ogni caso. Ove il legame, astrattamente rilevante, come ipotesi di conflitto emerga successivamente (ad

esempio, dopo l’apertura delle buste contenenti le offerte), il dipendente è tenuto ad astenersi oppure a comunicare la sussistenza del legame, al fine di consentire al superiore gerarchico di valutarne la eventuale sostituzione.

Tale valutazione, quindi, deve fondarsi su una dichiarazione esplicita della situazione di conflitto e soprattutto deve svolgersi in via preventiva. La posizione di Anac è di quindi che è obbligo per il dipendente (e non solo) di dichiarare anche l'assenza di conflitto di interesse (e non solo nel caso di sussistenza di conflitto di interesse), in tutte le fasi del procedimento, con obbligo dichiarativo fino al sesto grado di parentela (cfr., Linee Guida 15, delibera, nello specifico, 63/2023).

5. Conclusioni

Quanto affermato dalle diverse Linee Guida Anac n.15, dalle successive delibere, in particolare la delibera 63/2023, descrive un contesto in cui:

- le dichiarazioni rese in relazione alla presenza o meno di situazioni di conflitto di interesse (dirette, indirette, potenziali) nelle varie fasi del procedimento da tutti i numerosi soggetti che operano attivamente all'interno delle organizzazioni, a partire dalla programmazione, crea una situazione di significativo aggravamento amministrativo.

La posizione di Anac è di quindi che è obbligo per il dipendente (e non solo) di dichiarare anche l'assenza di conflitto di interesse (e non solo nel caso di sussistenza di conflitto di interesse), in tutte le fasi del procedimento, con obbligo dichiarativo fino al sesto grado di parentela (cfr., Linee Guida 15, delibera, nello specifico 63/2023).



Una dichiarazione non resa di un dipendente nei confronti di un legame di parentela, ad esempio, di quarto grado con un operatore economico, costituisce secondo Anac una violazione, in quel caso, dell'art. 42, ritenendosi l'aggiudicazione dell'affidamento nel caso esaminato e, la sua successiva esecuzione, condotte in violazione di legge;

- i dichiaranti, a loro volta, devono affermare sotto la propria responsabilità la non sussistenza di conflitto di interesse con riferimento alla propria parentela fino al sesto

grado, con gravi difficoltà tenuto conto che i parenti fino al sesto grado sono ordinariamente non noti;

- non è possibile per l'ente verificare la presenza o meno delle condizioni dichiarate, perché le relative informazioni non sono riscontrabili attraverso le ordinarie fonti e banche date. Non è infatti mai possibile verificare l'assenza di rapporti finanziari di parenti fino al sesto grado ed è difficile l'accertamento per conviventi, coniugi e affini fino al secondo.

PROGRAMMAZIONE 2023

IN FASE DI AGGIORNAMENTO

LE NOSTRE AREE

Percorsi di Alta Formazione

Appalti Pubblici - Il Nuovo Codice

Appalti Pubblici

Contabilità

Innovazione e dematerializzazione

Organizzazione e Personale

Anticorruzione

Project Management

Società partecipate

Corsi registrati

Pillole di Formazione Gratuite

Ci sono argomenti che vorresti approfondire? Segnalaceli!

**COMPILA IL
FORM**

CONTATTACI:

SERVIZIO CLIENTI 0883.310504
info@mediaconsult.it

Lo stato dell'arte sulla parità di genere e generazionale tra vecchio e nuovo Codice dei Contratti Pubblici.

di Ilenia Paziani

IL
PUN
TO

Introduzione

Negli ultimi due anni si sono susseguite varie norme volte a garantire e tutelare la parità di genere e generazionale nell'ambito della contrattualistica pubblica.

Tali disposizioni si inseriscono tra le c.d. clausole sociali volte a rendere l'approvvigionamento pubblico uno strumento idoneo ad incidere non solo sul tessuto economico del paese, ma anche su quello sociale.

Tra le clausole sociali troviamo infatti anche quelle volte a garantire l'inserimento nel mondo del lavoro delle persone con disabilità, ovvero quelle volte a conferire stabilità lavorativa e un congruo trattamento economico ai dipendenti.

Come è noto, il Decreto Semplificazioni bis (DL n. 77 del 2021 convertito in legge n. 108/2021) si è spinto a prevedere, con riferimento ai contratti pubblici finanziati in tutto o in parte con i fondi del PNRR e PNC, persino l'obbligo di legge volto all'inserimento nei bandi di gara di specifiche clausole a tutela della parità di genere, generazionale e dell'impiego di persone con disabilità.

Ci si riferisce in particolare all'articolo 47 del suddetto decreto che individua:

- prescrizioni di gara che devono intendersi automaticamente inserite nella legge di gara (e quindi a prescindere da un'espressa previsione), come ad esempio l'obbligo di presentare in gara la relazione del rapporto sulla situazione del personale;
- clausole che devono obbligatoriamente essere previste dalla stazione appaltante, salvo espressa motivazione in senso contrario, che però laddove non previste non etero-integrano la legge di gara, come la riserva in favore di donne e giovani della quota del 30% delle nuove assunzioni necessarie ad eseguire il contratto;
- prescrizioni premiali che possono essere previste in via facoltativa dalla singola stazione appaltante, riguardanti ulteriori norme volte a garantire un maggiore impiego di donne e giovani.

Inoltre, solo un anno fa, l'articolo 34 del D.L. 30 aprile 2022, n. 36 rubricato "Ulteriori misure urgenti per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR)", ha introdotto delle modifiche agli articoli 93 comma 7 e 95 comma 13 del d.lgs. n. 50/2016 (ormai "vecchio" Codice dei Contratti Pubblici), in tema di garanzie per la partecipazione alle procedure di gara, introducendo il possesso della certificazione della parità di genere quale ulteriore ipotesi di riduzione della cd. "garanzia provvisoria".

Ebbene, lo scorso 31 marzo 2023 sulla **Gazzetta Ufficiale – Serie Generale n. 77 è stato pubblicato il D.lgs. n. 36/2023, il nuovo Codice dei Contratti Pubblici** in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante delega al Governo in materia di contratti pubblici.

Tuttavia, nonostante la chiara direzione che il legislatore sembrava avere intrapreso a tutela della parità di genere e generazionale, sia per affidamenti specifici (PNRR e PNC), sia in generale per tutti i contratti pubblici (incentivi per gli operatori in possesso della certificazione di parità di genere), il nuovo Codice dei Contratti Pubblici non si è spinto così oltre come avrebbe potuto (e come in molti auspicavano).

Il Codice ha comunque introdotto importanti novità in merito alla parità di genere nei contratti pubblici che si andranno di seguito ad analizzare.

La lettera h) della legge Delega per l'adozione del nuovo Codice dei Contratti Pubblici prevedeva l'obbligo per le stazioni appaltanti di inserire, nei bandi di gara, avvisi e inviti specifiche clausole obbligatorie e premiali volte a promuovere le pari opportunità generazionali e di genere.



1. Le norme sulla parità di genere nel nuovo Codice dei Contratti Pubblici di cui al d.lgs. n. 36/2023

Come anticipato, i mesi che hanno preceduto l'approvazione del nuovo Codice dei Contratti Pubblici si è molto discusso delle misure previste, già nelle versioni non definitive del testo del Codice in circolazione, per garantire la tutela della parità di genere nel settore economico tramite gli affidamenti pubblici.

Ed infatti, la legge di delega (legge 21 giugno 2022, n. 78) al Governo per l'adozione del nuovo Codice all'articolo 1 lett. h) stabiliva che il nuovo testo avrebbe dovuto contemplare 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".*

Senonché, nonostante tale chiaro intento del legislatore di proseguire sulla scia delle disposizioni già previste per

gli affidamenti concernenti il PNRR, rispetto alla normativa che si è susseguita dal DL Semplificazioni bis a oggi, da una prima lettura, sembra che le nuove norme siano quantomeno più generiche.

Le disposizioni di maggiore rilievo concernenti la tutela della parità di genere e generazionale del nuovo Codice possono essere individuate nelle seguenti:

- Articolo 57, comma 1, "*Clausole sociali del bando di gara e degli avvisi e criteri di sostenibilità energetica e ambientale*";
- Articolo 61, comma 2, "*Contratti riservati*";
- Articolo 94, comma 5 lett. c, "*Cause di esclusione automatica*";
- Articolo 102, comma1, lett. c, "*Impegni dell'operatore economico*";
- Articolo 106, comma 8, "*Garanzie per la partecipazione alla procedura*";
- Articolo 108, comma 7, "*Criteri di aggiudicazione degli appalti di lavori, servizi e forniture*".

Per quanto qui di interesse, l'articolo 57, comma 1 prevede che "*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(...)**".

L'articolo costituisce attuazione dei criteri di cui alla lett. h) della legge delega nella parte relativa alle "clausole sociali".

Il comma 1, in conformità alla direttiva della delega, quindi, prevede "l'obbligo" per le stazioni appaltanti di inserire nei bandi di gara, avvisi e inviti, specifiche "clausole sociali" con le quali sono richieste, come requisiti necessari dell'offerta, misure orientate a garantire la stabilità del personale impiegato, nonché la parità di genere e generazionale.

Tale disposizione va letta specularmente all'**articolo 102**, il quale prevede gli obblighi che l'operatore economico deve assumere in sede di presentazione dell'offerta.

Ed infatti l'articolo 102 stabilisce che "Nei bandi, negli avvisi e negli inviti le stazioni appaltanti, tenuto conto della prestazione oggetto del contratto, **richiedono agli operatori economici di assumere i seguenti impegni:**

- a) *garantire la stabilità occupazionale del personale impiegato;*
- b) *garantire l'applicazione dei contratti collettivi nazionali e territoriali di settore, tenendo conto, in relazione all'oggetto dell'appalto e alle prestazioni da eseguire, anche in maniera prevalente, di quelli stipulati dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e di quelli il cui ambito di*

applicazione sia strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto o della concessione svolta dall'impresa anche in maniera prevalente, nonché garantire le stesse tutele economiche e normative per i lavoratori in subappalto rispetto ai dipendenti dell'appaltatore e contro il lavoro irregolare;

c) **garantire le pari opportunità generazionali, di genere e di inclusione lavorativa per le persone con disabilità o svantaggiate.**".

La norma stabilisce 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

(esattamente come previsto per la riserva della quota del 30% in favore di donne e giovani per le nuove assunzioni nell'esecuzione dei "contratti PNRR")

Articolo 57: bandi devono contenere specifiche clausole sociali con le quali sono richieste misure 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.

Analizzando la terminologia utilizzata dalle disposizioni e interpretandola con l'ausilio della Relazione al Codice, nonché della ratio contenuta nella legge delega, si può dedurre che sia l'articolo 57, sia l'articolo 102 stabiliscono rispettivamente: un obbligo di previsione delle clausole volte a garantire le pari opportunità e un obbligo per l'operatore di assumere un impegno al rispetto di tali clausole.

Nelle norme sopra riportate ritroviamo dunque l'obbligo di inserimento delle clausole volte a garantire la tutela della parità di genere e generazionale; tuttavia, risulta immediatamente evidente che accanto a tale obbligo, a differenza di quanto previsto per gli affidamenti PNRR, la norma non declina le modalità attraverso cui le stazioni appaltanti e quindi gli operatori economici sono obbligati a garantire le pari opportunità di genere e generazionali.

Ed infatti, il riferimento a tali modalità lo ritroviamo solamente all'**articolo 61, comma 2**, dedicato però agli appalti riservati.

Tale norma prevede che *“Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti prevedono nei bandi di gara, negli avvisi e negli inviti, come requisiti necessari o come ulteriori requisiti premiali dell’offerta, meccanismi e strumenti idonei a realizzare le pari opportunità generazionali, di genere e di inclusione lavorativa per le persone con disabilità o svantaggiate.*

3. Il bando di gara o l’avviso di pre-informazione danno espressamente atto che si tratta di appalto o concessione riservati.

4. In sede di prima applicazione del codice, l’allegato II.3 prevede meccanismi e strumenti premiali per realizzare le pari opportunità generazionali e di genere e per promuovere l’inclusione lavorativa delle persone disabili. (...).”

Con riferimento a tale ulteriore previsione, la relazione al Codice specifica che si tratta di una mera *“possibilità per le stazioni appaltanti di prevedere “meccanismi e strumenti di premialità per realizzare le pari opportunità generazionali, di genere e di inclusione lavorativa per le persone con disabilità o svantaggiate”.*

In altri termini, viene introdotta la facoltà per le Stazioni Appaltanti di riservare un determinato affidamento anche ad operatori economici che siano in grado di dimostrare di aver adottato strumenti idonei a garantire la parità di genere e generazionale. E tale riserva può avvenire mediante le medesime clausole previste come obbligatorie, ovvero come premiali, per gli affidamenti concernenti i fondi PNRR e PNC e disciplinati dall’articolo 47 del DL Semplificazioni-bis.

Nel rinvio della norma all’allegato II.3 al Codice, sono state infatti trasfuse numerose disposizioni contenute nell’art. 47 del decreto-legge 31 maggio 2021, n. 77, 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.

Articolo 102: in sede di offerta l’operatore economico deve assumere l’impegno a garantire le pari opportunità generazionali, di genere e di inclusione lavorativa per le persone con disabilità o svantaggiate. L’attendibilità di tale impegno verrà verificata solo con riferimento all’aggiudicatario.



Tuttavia, la trasposizione dell’articolo 47, riferendolo quindi espressamente anche ad affidamenti non finanziati da fondi PNRR, di fatto estende espressamente la loro applicazione a tutti gli appalti, ma solo in via facoltativa e delegando tali previsioni.

Il suddetto allegato è in ogni caso destinato ad essere sostituito con un provvedimento attuativo del Presidente del Consiglio dei ministri ovvero del Ministro per le pari opportunità, di concerto con il Ministro delle infrastrutture, il Ministro del lavoro e il Ministro delle disabilità, per la definizione in concreto di criteri e modalità di definizione delle misure premiali previste dall’articolo 61

per gli operatori economici in questione, nonché per l’approvazione di clausole tipo da inserire nei bandi di gara.

In conclusione, sul punto, il nuovo Codice dei Contratti Pubblici ha previsto:

- l’obbligo per le Stazioni Appaltanti di prevedere clausole volte a garantire le pari opportunità di genere e generazionali e il corrispondente obbligo per gli operatori economici di assumere in sede di gara l’impegno a rispettare tali obblighi;
- la facoltà per le Stazioni Appaltanti di prevedere i meccanismi di tutela della parità di genere e generazionale già vigenti per gli affidamenti PNRR PNC, anche per gli affidamenti non rientranti in quelli riguardanti PNRR e PNC.

Pertanto, il nuovo Codice da un lato estende la possibilità di poter utilizzare le disposizioni di cui all’articolo 47 del DL Semplificazioni-bis anche agli affidamenti non concernenti il PNRR e PNC, ma solo in via facoltativa; dall’altro lato obbliga comunque le Stazioni Appaltanti a prevedere, per tutte le gare, delle clausole volte a garantire le pari opportunità, senza però declinarle e lasciando quindi alla sensibilità dello specifico ente di individuare i criteri o i requisiti che intende prevedere nella *lex specialis*.

Già da quanto appena evidenziato appare

evidente che il sistema di tutela della parità di genere e generazionale recepito nel nuovo Codice dei Contratti Pubblici risulta decisamente meno incisivo rispetto a quello che si è prefissato di perseguire il PNRR, basti sul punto considerare che per i contratti PNRR le clausole oggi trasfuse nell'allegato II.3 al Codice devono essere obbligatoriamente previste, mentre invece nel nuovo Codice sono subordinate all'introduzione di una specifica riserva da parte della Stazione Appaltante per la singola gara.

Tale differenza di regime appare inoltre confermata dal nuovo articolo 94, comma 5, lett. c) che disciplina le cause di esclusione automatica dalla gara e prevede 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".

Come è noto, l'esclusione automatica dalla procedura di gara PNRR è infatti prevista a fronte della mancata consegna, in sede di partecipazione, del rapporto sulla situazione del personale da parte di operatori economici con più di 50 dipendenti.

Ebbene, tale clausola di esclusione automatica è stata espressamente prevista nel nuovo Codice, probabilmente a fronte della rilevanza della prescrizione, ma con esclusivo riferimento agli affidamenti finanziati con i fondi PNRR e PNC.

Infine, la (apparente) minore incisività della tutela della parità di genere e generazionale nel nuovo Codice potrebbe essere ricondotta alla formulazione dell'articolo 106, comma 8, concernente le ipotesi di riduzione della cauzione

provvisoria.

Ed infatti, la precedente formulazione dell'articolo 93, comma 7, del d.lgs. n. 50/2016 prevedeva espressamente una riduzione della cauzione provvisoria per gli operatori economici in possesso della certificazione della parità di genere di cui al D.lgs. n. 198/2006 n. 198.

Tale norma era stata modificata meno di un anno fa dall'articolo 34 del DL 30 aprile 2022 conv. in legge n. 79/2022, al fine di rafforzare il sistema di certificazione della parità di genere.

Il nuovo articolo 106 invece non contiene più un espresso riferimento alla certificazione della parità di genere nella norma dedicata all'individuazione delle riduzioni previste in tema di cauzioni.

Tale mancata previsione espressa è stata ampiamente criticata, tuttavia vale la pena evidenziare che mentre nella precedente formulazione (art. 93, comma 7 d.lgs. n. 50/2016) la riduzione era prevista fino al 30% e non cumulabile con le altre riduzioni; nella nuova formulazione (art.

Articolo 61: le stazioni appaltanti possono prevedere nei bandi requisiti necessari e premiali dell'offerta volti a realizzare le pari opportunità generazionali e di genere, così come espressamente già previsto per gli affidamenti finanziati con i fondi del PNRR e PNC.



Articolo 106: l'operatore economico in possesso delle certificazioni indicate all'allegato II.13, tra cui la certificazione della parità di genere, può usufruire di una riduzione del 20%, cumulabile con le altre riduzioni previste, della cauzione provvisoria.



106, comma 8 d.lgs. n. 36/2023) è prevista una riduzione fino al 20%, **ma cumulabile con le altre riduzioni previste**. Vero è che tale articolo non riporta espressamente il riferimento alla certificazione di parità di genere nel testo dell'articolo, ma altrettanto vero è che la tecnica legislativa adottata ha ritenuto opportuno indicare l'elenco delle certificazioni, tra cui quella per la parità di genere (UNI/PDR 125), che danno diritto alla ulteriore riduzione della garanzia in un apposito allegato (allegato II.13).

Occorre inoltre segnalare che nel testo del d.lgs. n. 36/2023 pubblicato in gazzetta ufficiale, a differenza di quanto previsto anche nell'ultima versione circolata prima dell'approvazione definitiva, al comma 7 dell'articolo 108 recante "Criteri di aggiudicazione degli appalti di lavori, servizi e forniture" è stato aggiunto un ultimo periodo che prescrive quanto segue:

"Al fine di promuovere la parità di genere, le stazioni appaltanti prevedono nei bandi di gara, negli avvisi e negli inviti, il maggior punteggio da attribuire alle imprese che attestano, anche a mezzo di autocertificazione, il possesso dei requisiti di cui all'articolo 46-bis del codice delle pari opportunità tra uomo e donna, di cui al decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198. La stazione appaltante verifica l'attendibilità dell'autocertificazione dell'aggiudicatario con qualsiasi adeguato mezzo."

Tale aggiunta conferisce di nuovo maggiore dignità alla certificazione per la parità di genere prevedendo espressamente che può essere prevista come presupposto per l'assegnazione di un punteggio premiale.

In definitiva, sul punto, certamente la nuova disciplina dei contratti pubblici avrebbe potuto spingersi oltre, estendendo l'obbligatorietà delle clausole previste dall'articolo 47 del DL Semplificazioni bis come obbligatorie anche per tutti gli altri affidamenti. Tuttavia, alla luce del quadro normativo appena delineato si ritiene che grazie a queste clausole, le

aziende partecipanti alle gare pubbliche saranno comunque incentivate a dover dimostrare di aver adottato politiche attive di parità di genere, ad esempio promuovendo la presenza equilibrata di uomini e donne nei loro organici o nelle posizioni apicali, nonché implementando strumenti per la conciliazione tra lavoro e vita privata.

2. La pronuncia del TAR Lazio, Roma, sez. V, dell'8 marzo 2023 n. 3873

In tale contesto risulta particolarmente interessante e aderente alla ratio delle innovazioni normative di recentissima introduzione (ma che acquisteranno piena efficacia solo dal 1° luglio 2023), una recente sentenza del TAR Lazio Roma, pubblicata l'8 marzo scorso.

La controversia trae origine da una procedura aperta avente ad oggetto l'affidamento di servizi di vigilanza, nella quale erano previste clausole premiali volte ad assegnare un punteggio superiore agli operatori economici che avessero una determinata percentuale di donne nei ruoli apicali dell'azienda, nonché per l'assenza di verbali di discriminazioni di genere.

Siccome non si trattava di una procedura finanziata con i fondi del PNRR e PNC, il ricorrente che evidentemente non poteva auspicare all'ottenimento di tali punteggi premiali, ha impugnato il provvedimento di aggiudicazione, contestando i criteri di valutazione previsti per asserita violazione di legge. A parere del ricorrente, infatti, la previsione di norme volte a garantire la parità di genere e generazionale avrebbe potuto ritenersi legittima esclusivamente per le gare relative a contratti pubblici PNRR e PNC, poiché la facoltà di inserire tali requisiti premiali è stata introdotta per la prima volta dall'articolo 47, comma 4, del DL Semplificazioni bis.

Ebbene, il TAR ha ritenuto l'assunto del tutto privo di fondamento.

Articolo 108: le stazioni appaltanti prevedono nei bandi di gara, negli avvisi e negli inviti, il maggior punteggio da attribuire alle imprese che attestano, anche a mezzo di autocertificazione, il possesso dei requisiti di cui all'articolo 46-bis del codice delle pari opportunità tra uomo e donna, di cui al decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198.



Ed infatti, **già l'articolo 30 del d.lgs. n. 50/2016 prevedeva che il principio di economicità può essere subordinato ai criteri, previsti dal bando, ispirati ad esigenze sociali.**

Inoltre, anche l'articolo 95, comma 6, del d.lgs. n. 50/2016 alla lett. a) prevede espressamente che ***"la qualità, che comprende pregio tecnico, caratteristiche estetiche e funzionali, accessibilità per le persone con disabilità, progettazione adeguata per tutti gli utenti, certificazioni e attestazioni in materia di sicurezza e salute (..), caratteristiche sociali"***.

La scelta compiuta in sede di redazione del bando di gara di premiare i concorrenti che abbiano investito sulle misure atte a scongiurare discriminazioni fondate su ragioni di genere è quindi senz'altro legittima ed esente da censure. Già prima della espressa estensione (facoltativa)

Il TAR Lazio nella sentenza n. 3873/2023 ha rilevato che già nella vigenza del D.lgs. n. 50/2016 sono riscontrabili principi di diritto volti a consentire l'introduzione di clausole premiali volte ad incentivare e garantire la parità di genere e generazionale anche per contratti pubblici non finanziati con i fondi del PNRR e PNC.



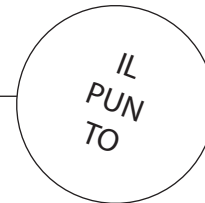
delle clausole premiali previste per i contratti pubblici PNRR volte a garantire la parità di genere e generazionale, la giurisprudenza ha dunque rinvenuto nel nostro ordinamento la sussistenza di principi che ne consentono l'estensione anche a contratti diversi.

Pertanto, i principi già esistenti nella vigenza del D.lgs. n. 50/2016, e le nuove disposizioni introdotte dal D.lgs. n. 36/2023 delineano un approccio volto a garantire una maggiore inclusione di minoranze e donne nei contratti pubblici, promuovendo l'uguaglianza di opportunità e il rispetto dei diritti di tutti i lavoratori.

Tuttavia, è importante tenere bene a mente che, al netto degli obblighi previsti per legge, il successo di queste misure, tanto negli affidamenti PNRR, quanto negli altri affidamenti pubblici, dipenderà soprattutto dalla corretta applicazione e sensibilità delle amministrazioni pubbliche.

L'inversione procedimentale tra "vecchio" e "nuovo" codice

di Paola Cartolano



Premesse

Nell'ambito di una procedura per l'affidamento di un contratto pubblico l'amministrazione, soggetta agli obblighi di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa posti dall'art. 97 Costituzione, deve svolgere un procedimento per la scelta del contraente privato caratterizzate dall' "evidenza pubblica", in cui cioè viene data ampia pubblicità del percorso seguito dall'amministrazione stessa.

Il procedimento ad evidenza pubblica per l'affidamento di un contratto pubblico è distinto in **fasi** le quali possono essere sinteticamente indicate come segue:

1. la decisione dell'amministrazione di stipulare un contratto pubblico;
2. la pubblicazione dell'avviso di gara;
3. **L'esame delle domande pervenute;**
4. l'aggiudicazione;
5. la stipula del contratto.

In particolare, nella fase dell'**esame delle domande** l'amministrazione provvede alla verifica delle "buste" pervenute, generalmente prima della busta con offerta amministrativa (relativa al possesso dei requisiti di carattere generale che di carattere speciale), poi delle buste con l'offerta tecnica e infine dell'offerta economica, per la successiva formazione della graduatoria.

Soprattutto in caso di ampia partecipazione di concorrenti, la fase dedicata alla **verifica della documentazione amministrativa** dei

partecipanti diventa la fase più impegnativa della procedura ad evidenza pubblica, soprattutto per la durata della stessa.

L'evidenza pubblica, ovvero il procedimento amministrativo di scelta del contraente per la stipulazione del contratto pubblico, si articola in più fasi fra le quali l'esame delle domande è la fase più complessa

Per le finalità del presente contributo, occorre *in primis* rilevare come non ci sia una disposizione normativa che indichi espressamente l'ordine da seguire nell'apertura delle buste, fermo restando il principio di separazione tra offerta tecnica ed offerta economica il quale impone che le offerte economiche debbano rimanere segrete per tutta la fase procedimentale in cui la commissione compie le sue valutazioni sugli aspetti tecnici dell'offerta.

Un riferimento, senza una precisa scansione temporale di apertura delle buste, lo si rinviene all'art. 94 del d.lgs. n. 50/2016 secondo cui gli appalti sono aggiudicati "previa verifica della sussistenza dei seguenti presupposti: «a) l'offerta è conforme ai requisiti, alle condizioni e ai criteri indicati nel bando di gara o nell'invito a confermare interesse nonché nei documenti di gara, tenuto conto, se del caso, dell'articolo 95, comma 14; b) l'offerta proviene da un offerente che non è escluso ai sensi dell'articolo 80 e che soddisfa i criteri di selezione fissati dall'amministrazione aggiudicatrice ai sensi dell'articolo 83 e, se del caso, le norme e i criteri non discriminatori di cui all'articolo 91». Quindi, secondo un ordine logico, si opera con:

- a) la previa verifica delle offerte rispetto ai requisiti di ammissione (in relazione ai requisiti morali ed ai requisiti speciali);
- b) la successiva valutazione delle stesse.

Alla data di stesura del presente contributo si registra la pubblicazione in Gazzetta Ufficiale, Serie Generale n. 77 del 31.3.2023 - Suppl. Ordinario n. 1 2del **Decreto Legislativo 31 marzo 2023, n. 36** (il "**Nuovo Codice Appalti**") con cui si è concluso l'iter di riforma del codice dei contratti pubblici di cui al Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 avviato con la Legge delega 21 giugno 2022, n. 78. Il testo è stato da ultimo approvato dal Consiglio dei Ministri nella seduta del 28 marzo 2023, con modifiche rispetto allo schema redatto dal Consiglio di Stato, trasmesso al Governo il 7 dicembre 2022.

Si segnala che il Nuovo Codice Appalti è entrato in vigore il 1^o aprile 2023 mentre le relative disposizioni, con i relativi allegati, acquistano efficacia il 1^o luglio 2023 (art. 229). Viene inoltre definito un preciso e articolato regime transitorio (art. 225), da verificare di volta in volta.

Come vedremo, a fronte dell'iter - secondo l'ordine logico indicato - relativo alle varie fasi della complessiva procedura ad evidenza, con l'obiettivo di snellire la procedura, è stato introdotto l'**ISTITUTO DELL'INVERSIONE PROCEDIMENTALE** il quale, come vedremo, agisce sulla riduzione delle tempistiche per la verifica della documentazione amministrativa.

1. Le norme sull'inversione procedimentale

L'istituto dell'inversione procedimentale costituisce una **modalità operativa di esame delle offerte**, alternativa rispetto alla scansione ordinaria. Una stazione appaltante può dunque anticipare il momento di valutazione delle offerte tecniche ed economiche rispetto alla verifica della documentazione amministrativa, nel rispetto del richiamato principio di separazione tra offerta tecnica ed offerta economica.

Ricorrendo a questa modalità operativa, la stazione appaltante procede all'esame della documentazione amministrativa - che, come detto, è quella più complessa e dispendiosa - solo sul soggetto individuato come aggiudicatario, anziché su tutta la platea di concorrenti, con un evidente risparmio di tempo.

Al fine di snellire la procedura di gara l'istituto dell'inversione procedimentale consente di anticipare la valutazione delle offerte tecniche ed economiche rispetto alla verifica della documentazione amministrativa

L'istituto in questione, con l'inversione delle fasi di gara, è espressamente previsto nella direttiva 2014/24/UE per i settori ordinari (art. 56, par. 2)¹ e nella direttiva 2014/25/UE per i settori speciali (art. 76, par. 7)².

Nel nostro ordinamento in origine l'istituto dell'inversione procedimentale è stato introdotto con il d.lgs. 50/2016 con ambito di applicazione limitato ai soli "settori speciali".

1. L'art. 56, par. 2 della direttiva 2014/24/UE dispone che «2. Nelle procedure aperte, le amministrazioni aggiudicatrici possono decidere di esaminare le offerte prima di verificare l'assenza di motivi di esclusione e il rispetto dei criteri di selezione ai sensi degli articoli da 57 a 64. Se si avvalgono di tale possibilità, le amministrazioni aggiudicatrici garantiscono che la verifica dell'assenza di motivi di esclusione e del rispetto dei criteri di selezione sia effettuata in maniera imparziale e trasparente, in modo che nessun appalto sia aggiudicato ad un offerente che avrebbe dovuto essere escluso a norma dell'articolo 57 o che non soddisfa i criteri di selezione stabiliti dall'amministrazione aggiudicatrice. Gli Stati membri possono escludere o limitare l'uso della procedura di cui al primo comma».

2. L'art. 76, par. 7 della direttiva 2014/25/UE per i settori speciali dispone che «7. Nelle procedure aperte, gli enti aggiudicatori possono decidere che le offerte saranno esaminate prima della verifica dell'idoneità degli offerenti, a condizione che le pertinenti disposizioni degli articoli da 76 a 84 siano osservate, in particolare che il contratto non sia aggiudicato a un offerente che avrebbe dovuto essere escluso a norma dell'articolo 80 o che non soddisfa i criteri di selezione stabiliti dall'ente aggiudicatore ai sensi dell'articolo 78, paragrafo 1, e dell'articolo 80. Gli Stati membri possono escludere l'uso della procedura di cui al primo comma per determinati tipi di appalti o in circostanze specifiche, oppure limitarla solo a determinati tipi di appalti e a circostanze specifiche».

Facciamo infatti riferimento all'**art. 133 comma 8 del d.lgs. n. 50/2016** ai sensi del quale per i settori speciali *«Nelle procedure aperte, gli enti aggiudicatori possono decidere che le offerte saranno esaminate prima della verifica dell'idoneità degli offerenti. Tale facoltà può essere esercitata se specificamente prevista nel bando di gara o nell'avviso con cui si indice la gara. Se si avvalgono di tale possibilità, le amministrazioni aggiudicatrici garantiscono che la verifica dell'assenza di motivi di esclusione e del rispetto dei criteri di selezione sia effettuata in maniera imparziale e trasparente, in modo che nessun appalto sia aggiudicato a un offerente che avrebbe dovuto essere escluso a norma dell'articolo 136 o che non soddisfa i criteri di selezione stabiliti dall'amministrazione aggiudicatrice»*.

Con la finalità di rilanciare il settore dei contratti pubblici e dettare misure per l'accelerazione degli interventi infrastrutturali, il **Decreto Legge 18 aprile 2019, n. 32** convertito, con modificazioni, dalla Legge 14 giugno 2019 n. 55 del 2019 (cd. "Decreto Sblocca Cantieri") ha esteso la disciplina dell'art. 133 comma 8 del d.lgs. n. 50/2016 (con ambito di applicazione i settori speciali) in via sperimentale anche nel settore degli appalti ordinari.

In particolare, l'**art. 1 comma 3 del Decreto Sblocca Cantieri** ha previsto che *«Fino al 31 dicembre 2020 si applica anche ai settori ordinari la norma prevista dall'articolo 133, comma 8, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, per i settori speciali»*.

Il perimetro temporale di applicazione della misura è stato esteso prima fino al 31 dicembre 2021 per effetto della modifica introdotta dall'art. 8 comma 7 del Decreto Legge 16 luglio 2020 n. 76 convertito in Legge 11 settembre 2020, n. 120 (cd. "Decreto Semplificazioni") e poi **fino al 30 giugno 2023** dall'art. 52 del Decreto Legge 31 maggio 2021 n.

77 convertito dalla L. 29 luglio 2021, n. 108 (cd. "Decreto Governance PNRR").

La nuova disciplina è in via di principio applicabile a tutte le procedure aperte, a prescindere dal criterio di aggiudicazione utilizzato⁷-----3-----.

Oggi, a fronte della pubblicazione in Gazzetta Ufficiale del Nuovo Codice Appalti e fermo restando il periodo transitorio ivi previsto, dobbiamo fare riferimento anche all'**art. 107, comma 3 del Decreto Legislativo 31 marzo 2023, n. 36** ai sensi del quale *«Nelle procedure aperte, la stazione appaltante può disporre negli atti di gara che le offerte siano esaminate prima della verifica dell'idoneità degli offerenti. Tale facoltà può essere esercitata dopo la scadenza del termine per la presentazione delle offerte. Se si avvale di tale possibilità, la stazione appaltante garantisce che la verifica dell'assenza dei motivi di esclusione e del rispetto dei criteri di selezione sia effettuata in maniera imparziale e trasparente»*.

Con la richiamata disposizione, dunque, il legislatore del Nuovo Codice Appalti ha introdotto **a regime** l'istituto dell'inversione procedimentale, in precedenza previsto in via sperimentale.

Sul punto, si segnala quanto rilevato dal Consiglio di Stato nella **Relazione allo schema di codice** trasmessa al Governo il 7 dicembre 2022, dove si legge in particolare che *«Il comma 3, invece, è diretto a generalizzare e stabilizzare l'istituto dell'inversione procedimentale, introdotto in coerenza con il criterio della delega della riduzione dei tempi (lett. m). L'istituto è previsto dal par. 2 dell'art. 56 della predetta direttiva ed era già stato introdotto in via sperimentale anche nel settore degli appalti ordinari dall'art. 1, comma 3, del decreto-legge n. 32 del 2019, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 55 del 2019, (c.d. sblocca cantieri), come estensione della disciplina contenuta nell'art. 133, comma 8, del decreto*

3. Si segnala la pronuncia della **Corte Costituzionale del 28 gennaio 2020 n. 39** (sul ricorso della Presidenza del Consiglio dei Ministri sull'art. 1 della legge della Regione Toscana 6 agosto 2018, n. 46) che ha chiarito che l'inversione può operare solo nel caso di procedure aperte e non anche nel caso di procedure negoziate in cui è già insita la possibilità di circoscrivere la platea degli operatori economici, fermo restando che la scelta di consentire o meno l'inversione procedimentale è preclusa alle Regioni, non potendo che essere affidata al legislatore nazionale nell'esercizio della sua competenza esclusiva in materia, quale garanzia di uniformità della disciplina su tutto il territorio nazionale.

legislativo n. 50 del 2016, che la prevede invece nei soli settori speciali. Il perimetro temporale di applicazione della misura era stato esteso fino al 30 giugno 2023 dal decreto-legge n. 77 del 2021, convertito con modificazioni dalla l. n. 108 del 2021. Nel dettaglio si prevede che nelle procedure aperte, la stazione appaltante può decidere che le offerte siano esaminate prima della verifica dell'idoneità degli offerenti. Tale facoltà può essere esercitata se prevista dagli atti di gara e, qualora la stazione appaltante decida di avvalersi di tale possibilità, deve garantire che la verifica dell'assenza dei motivi di esclusione e

del rispetto dei criteri di selezione sia effettuata in maniera imparziale e trasparente. La previsione, oltre ad essere coerente con il divieto di gold plating, introduce a regime una semplificazione procedimentale, che determina una riduzione dei tempi di durata delle procedure di aggiudicazione e agevola le attività delle stazioni appaltanti. È espressamente prevista in diversi Stati membri (quali Germania e Francia)».

Per comodità e al fine di cogliere eventuali differenze, vediamo in dettaglio i testi a fronte delle disposizioni richiamate:

<p>d.lgs. n. 50/2016 PARTE II - Contratti di appalto per lavori servizi e forniture TITOLO VI - Regimi particolari di appalto CAPO I - Appalti nei settori speciali</p>	<p>d.lgs. n. 36/2023 LIBRO II - Dell'appalto PARTE V - Dello svolgimento delle procedure Titolo IV - I requisiti di partecipazione e la selezione dei partecipanti</p>
<p>Nelle procedure aperte, gli enti aggiudicatori possono decidere che le offerte saranno esaminate prima della verifica dell'idoneità degli offerenti. Tale facoltà può essere esercitata se specificamente prevista nel bando di gara o nell'avviso con cui si indice la gara. Se si avvalgono di tale possibilità, le amministrazioni aggiudicatrici garantiscono che la verifica dell'assenza di motivi di esclusione e del rispetto dei criteri di selezione sia effettuata in maniera imparziale e trasparente, in modo che nessun appalto sia aggiudicato a un offerente che avrebbe dovuto essere escluso a norma dell'articolo 136 o che non soddisfa i criteri di selezione stabiliti dall'amministrazione aggiudicatrice</p>	<p>Nelle procedure aperte, la stazione appaltante può disporre negli atti di gara che le offerte siano esaminate prima della verifica dell'idoneità degli offerenti. Tale facoltà può essere esercitata dopo la scadenza del termine per la presentazione delle offerte. Se si avvale di tale possibilità, la stazione appaltante garantisce che la verifica dell'assenza dei motivi di esclusione e del rispetto dei criteri di selezione sia effettuata in maniera imparziale e trasparente</p>
<p>↓ Fino al 31 dicembre 2020 si applica anche ai settori ordinari la norma prevista dall'articolo 133, comma 8, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, per i settori speciali</p>	

Nel Nuovo Codice Appalti Rimane pertanto **confermato** che:

- (i) l'ambito di applicazione dell'istituto dell'inversione procedimentale fa riferimento alle procedure aperte - non essendo applicabile per le procedure negoziate - e a tutti i settori, sia ordinari che speciali;
- (ii) il ricorso all'istituto dell'inversione procedimentale deve essere indicato negli atti di gara;
- (iii) la verifica dell'assenza dei motivi di esclusione e del rispetto dei criteri di selezione deve essere effettuata in maniera imparziale e trasparente.

Nell'ambito della cornice normativa circa l'istituto dell'inversione procedimentale e l'applicazione dello stesso agli interventi finanziati nell'ambito del **PNRR** e dal **PNC**, si segnala il Decreto-Legge 24 febbraio 2023, n. 13 il cui art. 14 comma 4 per detti interventi estende fino al 31 dicembre 2023 - salvo che non venga previsto un termine più lungo da un intervento normativo successivo - le disposizioni del D.L. n. 76/2020 e quelle del D.L. n. 32/2019 (c.d. Sblocca Cantieri) fra cui l'applicazione anche ai settori ordinari dell'inversione procedimentale.

2. In ambito di prassi

Come visto, il Nuovo Codice Appalti di cui al d.lgs. n. 36/2023 porta a regime la precedente disposizione introdotta in via sperimentale circa l'inversione procedimentale.

Rimangono pertanto valide e applicabili le pronunce intervenute con riferimento al precedente impianto normativo, in ordine ai principi cardine alla base dell'istituto medesimo nonché le indicazioni operative fornite dall'ANAC nel **Bando-Tipo n.1/2021, come aggiornato con la Delibera del 20 luglio 2022** (rif. § 19 e ss.), il cui utilizzo consentirà alle stazioni appaltanti di superare alcuni dubbi applicativi circa la conduzione della procedura in caso di ricorso all'inversione procedimentale.

Si segnala inoltre un'interessante pronuncia dell'ANAC che in ambito di prassi si è espressa

con riferimento all'istituto dell'inversione procedimentale di cui all'art. 133 comma 8 del d.lgs. n. 50/2016, i cui principi potranno essere replicati con riferimento all'art. 107 del Nuovo Codice Appalti.

Facciamo riferimento alla **Delibera ANAC n. 588 del 13 dicembre 2022** avente ad oggetto *"Richiesta di parere in merito all'applicazione della disposizione dell'articolo 133, comma 8, del codice dei contratti pubblici in materia di inversione procedimentale, nei settori ordinari"*, con cui l'ANAC ha chiarito alcuni aspetti applicativi dell'inversione procedimentale.

In particolare, l'ANAC ha evidenziato che *«Dal dato letterale della norma si evince che l'inversione procedimentale*

riguarda esclusivamente la verifica dell'idoneità dei concorrenti, quindi l'accertamento del possesso dei requisiti generali e speciali di partecipazione dichiarati nel DGUE. Il meccanismo in questione non si estende, quindi, alle verifiche che hanno ad oggetto informazioni e documenti diversi da quelli presentati a comprova dei requisiti di partecipazione, quali, ad esempio, il PASSOE, l'identità e la composizione dei concorrenti, il pagamento del

contributo in favore dell'Autorità. Pertanto, tali verifiche possono essere svolte preliminarmente rispetto all'esame delle offerte, anche nel caso di ricorso all'inversione procedimentale. A sostegno di tale ricostruzione, occorre considerare che, come evidenziato dalla Corte Costituzionale, con la sentenza 6 marzo 2020 n. 39, è necessario trovare il giusto temperamento tra le esigenze di semplificazione e snellimento delle procedure di gara e quelle, fondamentali, di tutela della concorrenza, della trasparenza e della legalità delle medesime procedure. In tale ottica, già nella Nota illustrativa al bando tipo recante «Procedura aperta telematica per l'affidamento di contratti pubblici di servizi e forniture nei settori ordinari sopra soglia comunitaria con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo», l'Autorità ha suggerito alle stazioni appaltanti di ricorrere all'inversione procedimentale soltanto quando ciò sia effettivamente utile a velocizzare le operazioni

Con il d.lgs. 36/2023 (Nuovo Codice Appalti) l'istituto dell'inversione procedimentale, in precedenza previsto in via sperimentale, è stato introdotto a regime

di gara e, quindi, quando partecipino alla gara un numero minimo di concorrenti da indicare preventivamente nel bando oppure quando è adottato il criterio del prezzo più basso. Sulla base delle precedenti considerazioni, appare opportuno, per quanto possibile, evitare scelte che, anziché perseguire gli obiettivi prefissati di celerità e snellimento delle procedure diano luogo ad effetti opposti di rallentamento e inutile appesantimento».

Con la deliberazione in parola viene, dunque, chiarito che la scelta di ricorrere all'istituto dell'inversione procedimentale abbia la finalità di velocizzare un segmento della gara ed è quindi necessaria una attenta prealutazione da parte della stazione appaltante circa la previsione o meno nella *lex specialis* di gara.

In particolare viene chiarito che il meccanismo in questione non si estende *«alle verifiche che hanno ad oggetto informazioni e documenti diversi da quelli presentati a comprova dei requisiti di partecipazione»*.

Facciamo ad esempio, riferimento al pagamento, se dovuto, del contributo a favore dell'ANAC, all'acquisizione del PASSOE, alla corretta composizione dei concorrenti, alla presenza della garanzia provvisoria, elementi questi che possono essere oggetto di verifica preliminare *«rispetto all'esame delle offerte, anche nel caso di ricorso all'inversione procedimentale»*. Ne deriva, quindi, che le verifiche su tali elementi possono esse stesse determinare la necessità di adottare dei provvedimenti di esclusione o di procedere a richieste di soccorso istruttorio.

3. Conclusioni

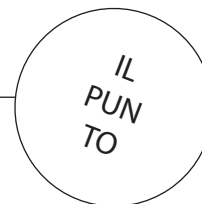
In un momento storico in cui i termini "velocità" e "semplificazione" la fanno da padrona nel settore degli appalti pubblici, anche al fine di rispettare le stringenti tempistiche dettate dalla normativa emergenziale per il rilancio del Paese (incluso il PNRR), l'istituto dell'inversione procedimentale - rappresentando una modalità operativa alternativa rispetto alla normale scansione delle fasi procedurali di esame delle offerte - offre alle stazioni appaltanti la possibilità di operare con maggiore speditezza.

La stabilizzazione dell'istituto nel nostro ordinamento per effetto del Nuovo Codice Appalti contribuirà inevitabilmente a ridurre le tempistiche di aggiudicazione e, più in generale, della realizzazione delle opere pubbliche.

L'ANAC ha evidenziato che l'inversione procedimentale riguarda esclusivamente l'accertamento del possesso dei requisiti generali e speciali di partecipazione dichiarati nel DGUE, non le verifiche che hanno ad oggetto informazioni e documenti diversi da quelli per la comprova dei requisiti di partecipazione

Il BIM nel nuovo codice dei contratti

di Stefano de Marinis



Premessa

Da una decina di anni a questa parte il termine BIM, acronimo di Building Innovation Modelling, è divenuto parte integrante del lessico di chi è chiamato a realizzare e gestire investimenti pubblici, dando vita, in questo campo, ad un processo evolutivo paragonabile a quello avutosi, nel recente passato, con l'introduzione della certificazione di qualità nelle attività di costruzione o dei piani di sicurezza nei cantieri.

Il tema, influenzato da un'impostazione razionalizzatrice di derivazione anglosassone finalizzata a rendere i processi produttivi, in quanto ordinati, più sicuri ed efficaci, è stato declinato in Italia soprattutto in chiave progettazione, nel senso dell'innalzamento della qualità della stessa; ciò senza peraltro dare adeguato risalto, se non in tempi relativamente più recenti, alle positive implicazioni che il metodo riverbera sull'intero ciclo di vita dell'investimento da realizzare, dalla fase costruttiva a quella di gestione operativa, dismissione inclusa.

L'implementazione del BIM rileva, peraltro, anche in chiave di sviluppo dell'*Innovation*, ovvero di quella transizione digitale che costituisce una delle 6 missioni caratterizzanti il PNRR nell'orizzonte evolutivo tracciato dall'Unione Europea, che rappresenta il contesto socio economico e valoriale di quella parte del mondo occidentale che ci è propria.

Il d.lgs. 31 marzo 2023, n.36 rilancia importanti sfide per la PA



Il tracciato evolutivo fin qui percorso ha generato, nell'ambito degli appalti pubblici di lavori, l'insorgenza di numerose tematiche che il nuovo Codice dei contratti, di recente adottato in forza del d.lgs. 31 marzo 2023, n.36, non manca di affrontare, ancorché la parte più strettamente legata alla digitalizzazione risulti rinviata, nell'acquisto dell'efficacia, al 1° gennaio 2024. In questo senso il decreto dedica direttamente al BIM l'articolo 43 e l'allegato I.9; in via indiretta l'allegato I.7 che descrive i contenuti della progettazione e l'allegato II.4 riferito alla qualificazione delle stazioni appaltanti.

Trattasi, ad esempio, della redazione dei **Capitolati Informativi**, peraltro non interessati dal rinvio, che per obbligo di legge o per scelta della singola stazione appaltante sono in numerosi casi già oggi parte integrante della documentazione di gara, con un impegno importante per le stazioni appaltanti chiamate ad adempimenti sul piano tecnico che peraltro evocano corrispondenti risposte anche sul fronte giuridico.

Si consideri, ancora, come relativamente all'**Ambiente di condivisione dati**, fulcro delle tematiche BIM, lo stesso allegato I.9 sottolinei che, laddove si tratti di definirne caratteristiche e prestazioni, occorra adeguatamente tener conto della convergenza di discipline diverse quali il diritto d'autore, la proprietà intellettuale e la normativa sulla riservatezza.

Altresì problematica, ancorché con risvolti parzialmente diversi in quanto legati alla **riscrittura dei quadri organizzativi delle singole stazioni appaltanti**, è la definizione dei rapporti tra le figure tipiche del processo BIM, spesso da innestarsi ex novo, e l'ordinaria struttura chiamata a gestire e a rispondere dell'esecuzione dei contratti pubblici, in primo luogo il RUP nella sua più recente configurazione voluta dall'articolo 15 del nuovo codice e dall'allegato I.2

1. Dalla direttiva 24/2014 al nuovo codice

Il riferimento iniziale dal quale muovere in materia di BIM è l'articolo 22, punto 4, della Direttiva 2014/24/UE del 26 febbraio 2014 a tenore della quale *per gli appalti pubblici di lavori e i concorsi di progettazione, gli Stati membri possono richiedere l'uso di strumenti elettronici specifici, quali gli strumenti di simulazione elettronica per le informazioni edilizie o strumenti analoghi.*

Nel dar seguito a tale previsione, l'articolo 23, del d.lgs. 18 aprile 2016, n.50, al comma 1, si poneva come obiettivo quello di razionalizzare le attività di progettazione e delle connesse verifiche attraverso il progressivo uso di metodi e strumenti elettronici specifici quali quelli di modellazione per l'edilizia e le infrastrutture; il successivo comma 13 stabiliva, poi, che le stazioni appaltanti potessero richiedere per nuove opere e interventi di recupero, riqualificazione o varianti, in via prioritaria per lavori complessi, l'uso dei citati metodi e strumenti elettronici specifici in grado di utilizzare piattaforme interoperabili a mezzo di formati aperti non proprietari, al fine di non limitare la concorrenza tra i fornitori di tecnologie e il coinvolgimento di specifiche progettualità tra i progettisti.

Ancora, la stessa norma introduceva il principio per cui l'uso dei metodi e strumenti elettronici potesse essere richiesto soltanto dalle stazioni appaltanti dotate di personale adeguatamente formato e che l'applicazione delle metodologie BIM costituisse parametro di valutazione dei requisiti premianti previsti per la qualificazione delle stesse dall'articolo 38 del d.lgs.50/2016.

Il tutto, era da attuarsi con apposito decreto del Ministero delle infrastrutture per definire modalità e

tempi di progressiva introduzione dell'obbligatorietà dei suddetti metodi da valutarsi in relazione alla tipologia delle opere da affidare e della strategia di digitalizzazione delle amministrazioni pubbliche e del settore delle costruzioni.

Per dare corso a tali indicazioni è stato quindi adottato prima il **Decreto Ministeriale n. 560/2017** (decreto Baratonò) e, successivamente, l'analogo provvedimento n. 312/2021 che ne ha integrato e modificato i contenuti a seguito dell'entrata in vigore dell'articolo 48, comma 6, del decreto legge n. 77/2021, noto anche come decreto "semplificazioni 2".

Il decreto 560 ha affrontato il tema BIM prevalentemente nell'ottica della progettazione fissando, peraltro, sin dall'inizio la sua finalizzazione più oltre, ovvero **far conseguire alla stazione appaltante elevati livelli di conoscenza destinati a mitigare il rischio di allungamento dei tempi contrattuali o il superamento dei costi previsti, e a tutelare la salute e della sicurezza dei lavoratori**

coinvolti; il tutto rendendo disponibili informazioni attendibili ed utili anche per la fase di esercizio ed in generale per l'intero ciclo di vita dell'opera.

Con questo obiettivo veniva fissato anche un calendario di progressiva applicazione temporale dell'obbligo di utilizzare le citate metodologie diluito in 6 scaglioni temporali, dal 1° gennaio 2019 al 1° gennaio 2025, legati all'importo ed alle caratteristiche dei singoli interventi, ferma la facoltà di applicarle anche prima, su base volontaria.

L'utilizzo dei **metodo BIM** veniva comunque **condizionato alla preventiva adozione** da parte delle stazioni appaltanti, **di un piano di formazione** del personale in relazione al ruolo ricoperto, di un piano di acquisizione o di manutenzione degli strumenti hardware e software di gestione digitale dei processi decisionali e informativi adeguati e di un atto organizzativo che esplicitasse il processo di controllo e di gestione delle singole fasi procedurali, l'identità dei gestori dei dati e la proprietà degli stessi nonché le modalità di gestione dei conflitti, in relazione alla natura delle opere e dei cespiti comprensivi degli aspetti tecnici e procedurali adottati.

Il BIM ovvero l'utilizzo di metodi e strumenti elettronici per il miglior esito dell'investimento (pubblico)



Il decreto 560 disponeva, infine, che la documentazione di gara per l'affidamento di servizi di progettazione, dell'esecuzione di lavori o della gestione delle opere, dovesse contenere:

- a) *i requisiti informativi strategici generali e specifici, compresi i livelli di definizione dei contenuti informativi, tenuto conto della natura dell'opera, della fase di processo e del tipo di appalto;*
- b) *tutti gli elementi utili alla individuazione dei requisiti di produzione, di gestione e di trasmissione ed archiviazione dei contenuti informativi, in stretta connessione con gli obiettivi decisionali e con quelli gestionali, incluso il modello informativo relativo allo stato iniziale dei luoghi e delle eventuali opere preesistenti.*

Nel frattempo, in sede di normazione tecnica veniva riaperto il tavolo di lavoro per l'adozione dello Standard UNI 11337, emanando a fine 2018, la parte 7 dedicata ai requisiti di conoscenza, abilità e competenza delle figure coinvolte nei processi in questione individuando quattro distinte figure: il BIM Manager, il BIM Coordinator; il BIM Specialist, il CDE Manager, ciascuno dei quali con compiti e competenze distinti e specificamente descritte. Quanto ai contenuti ed agli ambiti della Gestione Informativa mediante il Building Information Modelling, questi venivano nel frattempo definiti a livello tecnico dallo standard UNI EN ISO 19650.

2. Le figure BIM

Secondo quanto definito dallo standard UNI 11337-7, **il CDE Manager**, è colui che ha la responsabilità e gestisce l'*Ambiente di condivisione dei dati*, da identificarsi come l'ambito digitale unico dove convergono in forma organizzata tutti i dati relativi ad una commessa, rendendoli condivisibili tra i diversi attori del processo realizzativo; ha, tra le altre cose, il compito di garantire la correttezza e la tempestività dei diversi flussi informativi che convergono nell'ambiente, ciò che incrementa l'efficacia dei processi decisionali, e nel contempo di individuare le migliori tecniche che garantiscano una serie di interessi ed esigenze quali, ad esempio, la tracciabilità dei passaggi e la protezione delle informazioni e della relativa proprietà intellettuale; opera in supporto all'attività propria del BIM Manager.

L'importante apporto della normativa tecnica

Il **BIM manager** è la figura professionale gerarchicamente più elevata della catena, responsabile della creazione, della gestione e dell'aggiornamento del Modello BIM è dotato dei più ampi margini di gestione dei processi digitalizzati; ha la supervisione o il coordinamento generale delle commesse in corso e provvede all'assegnazione delle risorse umane a ciascuna di esse; redige il Capitolato Informativo e, in base a tali caratteristiche potrebbe corrispondere, nell'organizzazione di un Ente Locale strutturato, alla figura apicale dell'Ufficio Tecnico.

Il **BIM Coordinator** è il coordinatore dei flussi informativi della singola commessa ed opera secondo le indicazioni del BIM Manager; in caso di commesse con elevati gradi di complessità possono aversi più BIM coordinator; è il garante della efficienza e della efficacia dei processi digitalizzati e si occupa, tra le altre cose di verificare la correttezza e la coerenza del modello BIM, e, ai sensi di quanto sopra ipotizzato, potrebbe coincidere, secondo l'impostazione del nuovo codice, con il RUP o con il Responsabile di procedimento della fase tecnica.

Il **BIM specialist**, in fine, è l'operatore avanzato delle attività di gestione e di modellazione informativa che agisce nell'ambito della singola commessa ed opera a supporto tra l'altro nella redazione del Piano di Gestione Informativa.

3. Il BIM nel nuovo codice dei contratti

Il d.lgs. 36/2023 conferma la centralità di ruolo del BIM, affermando, nella relazione del Consiglio di Stato che ne accompagna i contenuti sin dalla prima stesura, che *in coerenza con l'introduzione del principio del risultato, il nuovo codice mira a favorire, attraverso l'uso di metodi e strumenti di gestione informativa digitale delle costruzioni, cioè il BIM, il miglior esito dell'investimento pubblico. Tale metodologia di gestione, continua la relazione, assicura la riduzione della complessità dei procedimenti, oltre al contenimento delle tempistiche, in tal modo implementando il livello di efficienza e di efficacia nella realizzazione e gestione delle opere e dei servizi connessi.*

Coerentemente con tale premessa, il provvedimento dedica l'intero articolo 43 ai *metodi e strumenti di gestione informativa digitale delle costruzioni*, utilizzando una terminologia innovativa che corrisponde, sia pure in senso non strettamente letterale, a quella generalmente utilizzata a livello internazionale che riconduce il BIM al più ampio contesto dell'*Information Management*.

L'articolo 43 fissa anzitutto a livello di normativa primaria il termine del 1° gennaio 2025 per l'entrata in vigore dell'obbligo di adottare il BIM per la progettazione e la realizzazione di opere di nuova costruzione e per gli interventi su costruzioni esistenti per importo a base di gara superiore a 1 milione di euro, ad esclusione degli interventi di ordinaria e straordinaria manutenzione, a meno che essi non riguardino opere precedentemente eseguite con l'uso dei metodi e strumenti di gestione informativa digitale. Ciò allo scopo di *rafforzarne certezza ed effettività* di una previsione sulla applicazione temporale della norma fin qui fissata da un decreto ministeriale, i cui contenuti sono per il resto riportati in modo aggiornato nell'apposito allegato I.9.

Resta peraltro stabilito che le stazioni appaltanti e gli enti concedenti possono sempre adottare la metodologia BIM, eventualmente prevedendo nella documentazione di gara un punteggio premiale da attribuirsi in ragione delle modalità d'uso migliorative proposte dalle imprese partecipanti, facoltà peraltro subordinata all'adozione delle misure stabilite nell'allegato I.9.

Tra queste la previsione secondo la quale le stazioni appaltanti, prima di adottare i processi relativi alla gestione informativa digitale delle costruzioni per i singoli procedimenti, indipendentemente dalla fase progettuale e dal relativo valore delle opere, provvedono necessariamente a redigere ed adottare un atto di organizzazione per la formale ed analitica esplicazione delle procedure di controllo e gestione destinate a digitalizzare il sistema organizzativo dei processi relativi all'affidamento e alla esecuzione dei contratti, oltre che per la gestione del ciclo di vita dei beni disponibili e indisponibili.

Tale atto di organizzazione, ovviamente, è

integrato con gli eventuali sistemi di gestione e di qualità della stazione appaltante.

Precisa, ancora, l'allegato I.9 che per adottare il BIM **le stazioni appaltanti devono nominare un gestore dell'ambiente di condivisione dei dati ed almeno un gestore dei processi digitali supportati da modelli informativi, e, per ogni intervento, un coordinatore dei flussi informativi all'interno della struttura di supporto al responsabile unico di cui all'articolo 15 del codice.**

Dal BIM all'Information Management



Inoltre, l'articolo 41, comma 3, del nuovo Codice, in tema di livelli e contenuti della progettazione, prevede che in caso di adozione di metodi e strumenti di gestione informativa digitale delle costruzioni, *il documento di indirizzo della progettazione contiene anche il capitolato informativo.*

Come è noto, il Capitolato Informativo è il documento elaborato dalla committenza e consegnato ai possibili assegnatari della commessa per la formulazione delle rispettive offerte, che ne possono anche innalzare i contenuti, avente valore giuridico contrattuale, recante le esigenze e i requisiti informativi richiesti dal committente ovvero tutte le informazioni che sono alla base di una buona collaborazione tra le diverse figure previste per la gestione del processo BIM, sia sul lato dell'amministrazione che su quello dell'operatore economico.

La necessità di integrare le funzioni di RUP con le figure BIM



I riferimenti al Capitolato informativo, al suo sviluppo lungo tutto lo svolgimento delle singole fasi della progettazione, alla definizione dei contenuti finali a seguito della gara per l'affidamento dell'esecuzione dei lavori, ed alla verifica da parte del collaudatore del rispetto degli impegni assunti in sede di gara, risultano ben inseriti dal nuovo codice in specie nelle previsioni recate nell'allegato I.7 che regola i contenuti della progettazione.

4. Le sfide che attendono le Amministrazioni

Alla definizione dei contenuti dei capitolati informativi, inclusa la strutturazione sul piano organizzativo dei rapporti tra le diverse figure che

affollano il procedimento, con i rispettivi ruoli, le amministrazioni che al tema BIM hanno già posto mano, hanno già dedicato particolare attenzione. In questo senso quindi le nuove regole introdotte dal d.lgs. n.36/2023 accelerano l'appuntamento con le ulteriori importanti sfide alle quali le amministrazioni dovranno già nei prossimi mesi dare risposta.

La prima riguarda l'adozione degli atti di organizzazione sopra evocati, anche alla luce della contemporanea evoluzione che registra la figura del RUP, ora Responsabile Unico del Progetto e non più del Procedimento, ma con la possibilità di dotarsi, specie negli appalti più complessi, di responsabili di procedimento per singole fasi.

In quest'ottica, come già accennato in sede di evidenziazione dei compiti e dei ruoli delle singole figure BIM, occorrerà ridefinire, coordinandole, posizioni e competenze di altrettante figure già note quali quella dell'Apicale di riferimento del (nuovo) RUP, dello stesso RUP e degli eventuali Responsabili

di procedimento per fasi, dei direttori lavori/ dell'esecuzione, tutti chiamati ad interfacciarsi con BIM Manager, BIM Coordinator, BIM Specialist e CDE Manager, ovvero ad incarnare essi stessi tali profili.

Nello stesso senso anche i Capitolati Informativi dovranno in partenza tener conto di questi nuovi assetti, così come delle modalità di individuazione e della definizione dei limiti di relativa **responsabilità dei diversi operatori** destinati ad alimentare quel quadro condiviso costituito dall'ambiente di condivisione dei dati, che rappresenta il cuore della nuova metodologia.

Il tutto considerato come la maggiore conoscibilità e la messa in comune del dato modifica in maniera sensibile i normali parametri civilistici di valutazione

delle singole fattispecie, ad esempio, in termini di **riconoscibilità dell'errore**, ciò che implica almeno una seria *due diligence* legale sui contenuti di documenti finora pensati ed elaborati prevalentemente sul piano tecnico.

Sfide tecniche che peraltro celano delicati profili legali

MEPA... problematiche operative fattuali in ambito di RDO. Il limbo della mancata abilitazione dell'operatore economico e la partecipazione alla procedura.

di Giuseppe Croce



IL
PUN
TO

1. Osservazioni preliminari e problematica concreta

Nell'ambito della meccanica di lavoro definita dalle regole del sistema M.E.P.A., come descritte nelle "Regole del sistema di e-procurement della pubblica amministrazione Consip s.p.a. - Versione 2.0" ad oggi vigenti, ed in particolare in combinato con le specifiche relative all'approvvigionamento di lavori come definite al "Capitolato d'Oneri per l'Ammissione degli Operatori Economici al bando LAVORI del Mercato Elettronico della Pubblica Amministrazione, di cui all'art. 36, comma 6, del D.Lgs. 18 aprile 2016 n. 50 - Versione 4.0", anch'esse attualmente vigenti; si pongono talvolta problematiche non di poco conto relativamente alla partecipazione fattuale di operatori economici alle procedure di gara, strettamente legate allo status di abilitazione delle ditte all'interno del sistema. In particolare la problematica di partenza su cui riflettere è la seguente:

In ambito di una procedura negoziata per l'affidamento di lavori espletata su M.E.P.A. tramite RDO a inviti, da aggiudicarsi al prezzo più basso, rivolta a ditte che abbiano preliminarmente manifestato interesse; non è possibile invitare tutte le ditte che hanno manifestato interesse, ove uno dei soggetti invitati non risulti abilitato ad alcuna delle categorie di lavoro costituenti l'oggetto dell'appalto (né principale, né scorporabile).

Fuori dal perimetro del M.E.P.A. i soggetti manifestanti interesse dovrebbero essere invitati e potrebbero prendere parte alla procedura, nei termini definiti dal soggetto pubblico in seno alla manifestazione di interesse, anche utilizzando l'istituto dell'avvalimento se non in possesso del requisito per la partecipazione.

All'interno del M.E.P.A. tale operazione non apparrebbe legittimamente consentita, potendo semmai essere solo tecnicamente fattibile!

Sussiste una incompatibilità strutturale e meccanica che impedisce:

- A) di specificare l'incidenza percentuale dei cpv associati alle singole categorie di lavorazione (principale e secondaria) rispetto al valore complessivo dell'appalto, ciò obbligando il punto ordinante a dichiarare errando, la presenza di un solo cpv;
- B) di ritrovare il nominativo di una ditta tra quelle che hanno manifestato interesse, anche se abilitata al M.E.P.A. ma in categorie differenti da quelle oggetto di gara;
- C) di avviare correttamente una rdo muovendo dalla ricerca del cpv relativo alle categorie SOA richieste per l'appalto, obbligando perciò alla selezione di uno soltanto dei cpv e auspicando che per questo, siano abilitati tutti gli operatori economici che hanno preliminarmente manifestato interesse;
- D) di invitare gli operatori economici che hanno manifestato interesse in assenza di attestazione SOA pertinente e che conseguano l'abilitazione entro il termine di scadenza delle offerte, ma comunque dopo la spedizione dell'invito su M.E.P.A.; ben potendo questi partecipare in altre piattaforme di negoziazione tramite l'istituto dell'avvalimento.

Ma andiamo con ordine.

Come noto e sinteticamente, Consip ha messo a disposizione dei soggetti pubblici e degli operatori economici del mercato, una piattaforma telematica di acquisto e negoziazione allineata alla normativa

vigente, in grado di favorire l'incontro domanda – offerta in ambito di appalti pubblici. Una piattaforma in grado di rispondere alle esigenze di acquisizione di beni, servizi e lavori, tanto entro la sfera dei c.d. acquisiti sopra soglia mediante l'utilizzo della piattaforma in modalità ASP (Application Service Provider) per l'espletamento di procedure bandite nella forma delle gare aperte, negoziate e ristrette, tanto per acquisti sotto soglia.

Nel primo caso la problematica non si pone, poiché il "noleggio" della piattaforma da parte degli enti nella modalità ASP, non si porta dietro alcuna delle problematiche qui in discussione, non necessitando alcuna abilitazione preventiva degli operatori, se non una registrazione funzionale all'espletamento della procedura.

Nel secondo caso invece, le operazioni di approvvigionamento da parte dei soggetti pubblici, espletate attraverso il Mercato Elettronico della Pubblica Amministrazione, avvengono mediante il possibile impiego di un ventaglio di strumenti di acquisto e di negoziazione, che spaziano dall'ordine diretto, alla RDO, cioè dall'acquisto effettuato direttamente attingendo dal catalogo del singolo operatore economico, ove le condizioni di fornitura sono promosse dallo stesso operatore entro i margini definiti di una vera e propria offerta al pubblico; fino alla richiesta di preventivi e offerte, con condizioni definite direttamente da parte del soggetto pubblico.

2. Abilitazione al sistema, la posizione degli operatori singoli e dei soggetti raggruppati

Scendendo nel particolare degli strumenti di negoziazione che ci propone il sistema M.E.P.A. e andando a leggere quanto prescritto all'interno delle "**Regole del sistema di e-procurement**", l'art. 38 dedicato alle "Procedure di affidamento nel Mercato Elettronico della Pubblica Amministrazione", ci dice infatti che:

In conformità a quanto disposto dal Codice dei Contratti Pubblici, le Stazioni Appaltanti abilitate al MEPA, tramite i propri Punti Ordinanti possono effettuare acquisti al di sotto della soglia di rilievo comunitario e concludere contratti con gli Operatori Economici ammessi al MEPA:

a) attraverso affidamento diretto mediante la procedura di Acquisto a Catalogo eventualmente

preceduta da un confronto di preventivi

b) attraverso procedure negoziate oppure gare aperte mediante le procedure di TD e di RDO.

*La partecipazione a ciascuna procedura di affidamento indetta nel MEPA è disciplinata dalla stazione appaltante responsabile della specifica procedura di acquisto, sulla base del Codice dei Contratti Pubblici. **Nell'ambito di ciascuna procedura di acquisto indetta dalle Stazioni Appaltanti, sarà possibile ricorrere all'avvalimento solamente nell'ipotesi in cui l'ausiliaria sia già ammessa al MEPA.***

Il successivo art. 41 – "Acquisto tramite RDO", precisa altresì che:

*La Stazione Appaltante che intende effettuare i propri approvvigionamenti attraverso una procedura che prevede l'acquisizione di una o più Offerte, può utilizzare la **procedura di RDO (ad inviti oppure aperta), individuando e descrivendo i Prodotti, i servizi o i lavori oggetto del contratto.***

Completa l'informazione, l'art. 42 relativo alla "Risposta alla RDO", il quale rammenta che:

***L'Operatore Economico che intende inviare un'Offerta a fronte del ricevimento della RDO specifica i termini della propria offerta avvalendosi delle funzionalità previste dal Sistema.** L'offerta costituirà una proposta contrattuale rivolta alla stazione appaltante valida, efficace ed irrevocabile sino alla data indicata nella RDO, ai sensi dell'art. 1329 del codice civile. Tale Offerta non è sottoposta alle condizioni ed ai limiti del lotto minimo, dell'area di consegna e dell'eventuale Disponibilità Minima Garantita indicati a Catalogo. Con l'invio della propria Offerta l'Operatore Economico accetta le Condizioni Particolari di Contratto eventualmente previste dalla stazione appaltante.*

Nel caso in cui l'Operatore Economico offerente sia un consorzio di cui all'art. 45, comma 2, lettere b) e c) del medesimo Codice, ovvero una aggregazione tra imprese aderenti al contratto di rete, l'Operatore Economico può indicare quali siano le imprese consorziate o retiste il consorzio o la rete di imprese che eseguiranno le prestazioni.

L'Operatore Economico può rispondere alla RDO presentando un'offerta in qualità di mandatario di un raggruppamento temporaneo di imprese, di una aggregazione tra imprese aderenti ad un contratto di

rete, ovvero di un GEIE. In tal caso, tutti gli operatori per conto dei quali l'Operatore Economico ammesso agisce devono essere a loro volta già ammessi al MEPA al momento della presentazione dell'offerta da parte dell'Operatore Economico.

Facciamo un passo ulteriore!

È essenziale comprendere, che a prescindere dal ruolo rivestito dai "giocatori nella partita", punto ordinante o fornitore che sia, vi sono a monte persone fisiche che hanno preliminarmente effettuato una registrazione telematica, una successiva fase di censimento del soggetto da essi rappresentato, hanno superato un vaglio più o meno formale di ammissione al sistema, ed hanno infine ricevuto un'abilitazione o nel ruolo di punto ordinante (soggetti pubblici) ovvero come legale rappresentante di uno specifico operatore economico approvvigionatore operante in ambito di una o molteplici categorie di beni, servizi e lavori (nel caso degli operatori privati. Rammentiamo che la validità dell'abilitazione esiste e sussiste fino a che ha validità il relativo Capitolato d'Oneri da cui è regolamentata). Si sono in sostanza superati degli step operativi che garantiscono (in conformità alle regole che il sistema propone e impone a tutti di accettare), a taluni, la possibilità di domandare beni, servizi e lavori, a talaltri, di offrirli. Ciò, è un dato di fatto, ineludibile se si pretende di utilizzare il M.E.P.A.!

Tra l'altro e per completezza di informazioni, la grande riforma del M.E.P.A. del 2022 ha modificato sostanzialmente le regole di struttura e lancio delle richieste di offerta, oggi è strettamente collegata al cpv di riferimento per l'oggetto specifico dell'appalto (in linea con la modalità consueta di predisposizione delle gare di appalto) e non più a fantomatici meta prodotti che tanti problemi avevano ingenerato in passato.

L'art. 25 - "Capitolati d'Oneri di Ammissione e Operatori Economici legittimati a richiedere l'Ammissione", rammenta che:

Consip provvede all'Ammissione degli Operatori Economici ai Mercati Telematici attraverso Capitolati d'Oneri di Ammissione suddivisi in Categorie, aperti per tutta la durata prevista dalla documentazione di procedimento. L'Ammissione è gratuita e garantita ad ogni Operatore Economico che soddisfi i

requisiti di Ammissione ed è riferita alle sole categorie previste nel Capitolato d'oneri per il quale l'Operatore Economico ha richiesto l'ammissione.

I requisiti soggettivi ed oggettivi per ottenere l'Ammissione, unitamente a tutte le informazioni necessarie per la richiesta di ammissione, sono contenuti nel Capitolato d'Oneri.

Nel corso della vigenza del Capitolato d'Oneri, Consip potrà aggiornare, integrare e modificare la relativa documentazione, dandone tempestiva notizia agli interessati con le modalità che saranno di volta in volta ritenute più opportune, anche in considerazione delle modifiche introdotte.

Precisa inoltre l'art. 26 dedicato all' "Ammissione di operatori in forma aggregata" che:

*Salvo quanto diversamente previsto da ciascun Capitolato d'Oneri **devono richiedere l'Ammissione ai Mercati Telematici i consorzi di cui all'art. 45, comma 2 lettere b) e c) del Codice dei Contratti Pubblici, le aggregazioni tra le imprese aderenti al contratto di rete dotate di personalità giuridica di cui all'art. 45, comma 2 lett. f) del Codice dei Contratti Pubblici e i Gruppi Europei di interesse economico (G.E.I.E.).***

Non devono invece richiedere l'Ammissione ai Mercati Telematici i raggruppamenti temporanei di imprese e i consorzi ordinari di concorrenti di cui all'art. 45, comma 2, lettere d) ed e), del Codice dei Contratti Pubblici, nonché le aggregazioni tra le imprese aderenti al contratto di rete prive di personalità giuridica di cui all'art. 45, comma 2, lett. f) del Codice dei Contratti Pubblici.

*A prescindere dalle modalità di Ammissione ai Mercati Telematici, e salvo diverse indicazioni della stazione appaltante procedente nella documentazione di gara, **gli Operatori Economici ammessi ai Mercati Telematici, oltre che in forma singola, potranno partecipare alle procedure di acquisto indette dalle Stazioni Appaltanti anche in forma aggregata attraverso raggruppamenti temporanei di imprese, costituiti o costituendi, consorzi ordinari ovvero aggregazioni tra imprese aderenti al contratto di rete anche se non iscritte al registro delle imprese, nel rispetto della normativa vigente.***

3. Gli appalti di lavori affidati tramite m.e.p.a., requisiti dei partecipanti e blocchi del sistema informatico. le indicazioni della giurisprudenza.

Se questo è l'assetto definito dalle Regole del Sistema, occorre scendere nel dettaglio del "Capitolato d'Oneri per l'Ammissione degli Operatori Economici al bando LAVORI del Mercato Elettronico della Pubblica Amministrazione", per verificare quali sono le regole da seguire nella specifica fattispecie.

"Il conseguimento dell'ammissione consente la partecipazione dell'operatore economico al MEPA, nell'ambito del quale le Stazioni Appaltanti potranno porre in essere affidamenti di valore inferiore alle soglie di rilievo comunitario, ai sensi di quanto previsto dagli artt. 36 e 63 del Codice, nonché dall'art. 1 della Legge 120/2020, e s.m.i., fino alla data ivi indicata.

Il presente Capitolato d'Oneri di Ammissione al Mercato Elettronico riguarda esclusivamente le categorie SOA sopra elencate."

Non sono ammessi a richiedere l'Ammissione al Mercato Elettronico i raggruppamenti temporanei di imprese e i consorzi ordinari di concorrenti di cui all'art. 45, comma 2, lett. d) ed e) del Codice, nonché le aggregazioni tra imprese aderenti al contratto di rete prive di personalità giuridica di cui all'art. 45, comma 2, lett. f) del Codice.

Sono ammessi a richiedere l'Ammissione, tra gli altri, i consorzi di cui all'art. 45, comma 2, lett. b) e c) del Codice e le aggregazioni tra imprese aderenti al contratto di rete dotate di soggettività giuridica di cui all'art. 45, comma 2, lettera f) del Codice.

.... gli operatori economici abilitati al Mercato Elettronico potranno partecipare alle procedure di affidamento indette dalle Stazioni Appaltanti anche in forma aggregata attraverso raggruppamenti temporanei di imprese, costituiti o costituendi, consorzi ordinari ovvero aggregazioni tra imprese aderenti al contratto di rete anche se prive di soggettività giuridica, nel rispetto della normativa vigente. In tal caso, tutti gli

Operatori Economici partecipanti devono essere a loro volta già abilitati al Mercato Elettronico al momento della presentazione dell'offerta da parte dell'Operatore Economico.

Il punto 3. **REQUISITI PER L'AMMISSIONE DELL'OPERATORE ECONOMICO**, declinando quelli che sono i requisiti generali e speciali richiesti per l'abilitazione a specifiche categorie di lavori, ci ricorda che:

Ai fini dell'Ammissione ad una o più categorie di ammissione, nonché della successiva permanenza nel Mercato Elettronico, l'operatore economico deve possedere i seguenti requisiti:

*Requisiti di ordine generale e di idoneità (Omissis)
(B) Requisiti di capacità tecnica
L'Operatore Economico dovrà dichiarare il possesso:*

B1.a) della qualificazione SOA e della relativa classifica, in corso di validità, per le categorie per le quali si richiede l'Ammissione;

o, in alternativa,

B1.b) dei requisiti di cui all'art. 90 del d.P.R. 207/2010, per l'esecuzione di lavori aventi importo pari o inferiore ad € 150.000,00.

.... Il mancato possesso del requisito di cui al punto B1 non pregiudica l'ammissione al MEPA e la partecipazione alle procedure selettive in forma aggregata oppure previo avvalimento.

In caso di Consorzi di cui all'art. 45 comma 2, lett. b) e c), del Codice, il requisito tecnico professionale (qualificazione SOA) dichiarato deve essere posseduto dal Consorzio secondo le modalità previste dall'art. 47, comma 1, del Codice. In caso di Consorzi di cui all'art. 45 comma 2, lett. c), del Codice, il requisito dichiarato deve esser soddisfatto dal consorzio che, può far ricorso, oltre ai propri requisiti secondo le modalità previste dall'art. 47, comma 1 del Codice, anche a quelli delle proprie consorziate, ivi incluse quelle non esecutrici. Tali requisiti vengono computati cumulativamente in capo al consorzio.

Alle Aggregazioni con soggettività giuridica si applicano le norme sopra descritte per i Consorzi di cui all'art. 45, comma 2, lett. c), del Codice.

Si precisa, anche se pleonastico, che ogni ampliamento di abilitazione, porta con sé la necessità di inoltrare una nuova e ulteriore Domanda, in difetto della quale, l'operatore economico pur essendo nella realtà in possesso di plurime attestazioni SOA, sarà contestualmente sconosciuto al sistema M.E.P.A., non potendo direttamente essere richiamato tra gli invitati, ma potendo invece essere attratto nella procedura, in qualità di mandate o componente di forme aggregate di operatori concorrenti (esempio rti, consorzi ordinari, ecc.). A tal proposito il Capitolato d'oneri bando lavori MEPA ci dice che:

"I Consorzi di cui all'art. 45, comma 2, lett. b) del Codice, i Consorzi stabili di cui all'art. 45, comma 2 lett. c), del Codice e le Aggregazioni con soggettività giuridica, devono presentare domanda di ammissione dichiarando il possesso dei requisiti, tenendo conto di quanto precisato per ciascun requisito al precedente par. 3.

I Consorzi di cui alle lett. b), c) dell'art. 45, comma 2 del Codice e e le Aggregazioni con soggettività giuridica, potranno partecipare ai singoli appalti specifici in proprio o tramite le consorziate esecutrici/retiste.

L'indicazione delle imprese consorziate esecutrici/retiste, con le quali il Consorzio/Aggregazione intende partecipare alle procedure di acquisto nell'ambito del MEPA, deve essere presentata in sede di partecipazione alla singola procedura. Resta inteso che ciascuna impresa, al fine di poter essere indicata dal consorzio quale esecutrice/retista, deve essere abilitata ad almeno una categoria del Mercato Elettronico."

L'utilizzo di un istituto diverso quale quello dell'avvalimento, per favorire la partecipazione delle imprese, all'interno del M.E.P.A. prevede argini e limiti, infatti il "Capitolato d'oneri per lavori M.E.P.A." prevede:

Nell'ambito di ciascuna specifica procedura indetta dalle Stazioni Appaltanti, il ricorso all'avvalimento sarà consentito solo se l'ausiliaria è già abilitata al Mercato Elettronico.

Ciò detto è volendo tentare una risposta alla problematica posta in apertura, si può dire che: Sulla base degli strumenti legittimamente regolamentati dalle regole del sistema M.E.P.A. di Consip, non vi sono soluzioni alla problematica, se non l'auspicio di sollecitare una modifica informatica che consenta un uso del sistema in linea con la normativa vigente.

Una soluzione tecnicamente eseguibile, ma non convenzionale, né giustificata dalle regole tecniche di utilizzo della predetta piattaforma, consisterebbe nell'avvio della Rdo muovendo dalla funzionalità di "creazione liste di operatori" anziché dalla selezione del cpv abbinato alla specifica categoria di lavorazione, in questa maniera sarebbe possibile selezionare tutti gli operatori che hanno manifestato ab origine interesse a prescindere dalla loro area di abilitazione. Tale soluzione, che appare un *escamotage tecnico* apparentemente innocuo, è in realtà assai pericolosa; poiché svuoterebbe di credibilità e vincolatività le attuali regole di partecipazione codificate in atti da Consip e contestualmente aprirebbe al conflitto tra gli operatori ottemperanti alla regola vigente e pre abilitati all'atto dell'invito all'offerta e gli operatori genericamente abilitati a M.E.P.A. in categorie diverse da quelle della lettera di invito.

Per completezza documentale si riporta di seguito in calce a note, la massima di una recentissima pronuncia del Consiglio di Stato sez. V, 03.01.2023 n. 68, utile a delineare al meglio la questione e certamente a fornire una corretta guida interpretativa delle disposizioni regolative dello strumento M.E.P.A. alla luce della problematica analizzata.¹

1. 7.1. Giova anzitutto ricordare che il Mercato Elettronico – secondo la definizione che ne offre il Codice dei Contratti – si pone come "uno strumento di acquisto e di negoziazione che consente acquisti telematici per importi inferiori alla soglia di rilievo europeo, basati su un sistema che attua procedure di scelta del contraente interamente gestite per via telematica" (v. art. 3, comma 1, lett. b)).

L'art. 36, comma 6, dello stesso codice prevede, in relazione ai contratti sotto soglia, che "le stazioni appaltanti possono procedere attraverso un mercato elettronico che consenta acquisti telematici basati su un sistema che attua procedure di scelta del contraente interamente gestite per via elettronica. Il Ministero dell'economia e delle finanze, avvalendosi di CONSIP S.p.A., mette a disposizione delle stazioni appaltanti

il mercato elettronico delle pubbliche amministrazioni”.

Trattasi, come è evidente, di un sistema telematico del tutto innovativo nella realtà del nostro ordinamento giuridico, che coniuga le esigenze delle amministrazioni alle dinamiche del mercato, in un’ottica di massima trasparenza ed efficacia delle iniziative di acquisto di beni e di servizi.

Ed invero, lo strumento del MEPA è stato concepito nel nostro ordinamento al fine di assicurare la semplicità e la celerità delle procedure concorsuali, nonché la maggiore economicità, consentendo di ampliare la platea dei fornitori e riducendo, al contempo, i tempi e i costi della procedura concorsuale.

L’iscrizione al MEPA, quindi, fornisce agli operatori economici la possibilità di interagire con le stazioni appaltanti pubbliche, secondo criteri di semplificazione e di tracciabilità, su una piattaforma digitale, alla quale peraltro è possibile accreditarsi attraverso un procedimento di abilitazione fondato su dati autocertificati dalla stessa impresa richiedente l’abilitazione.

Tale iscrizione però, oltre a non poter surrogare né integrare il sistema di qualificazione professionale delle imprese (non sussistendo, all’evidenza, alcun nesso tra la dimostrazione del possesso di un requisito di idoneità professionale e la mera iscrizione su una piattaforma informatica), non può tradursi in uno strumento restrittivo della partecipazione alla gara, contravvenendo alle sue stesse finalità (id est: di semplificare e rendere più convenienti le procedure di acquisto delle Pubbliche Amministrazioni).

7.2. Tanto premesso in linea generale, **il Collegio ritiene che, a prescindere dal fatto che l’iscrizione alla piattaforma informatica Me.PA sia stata qui intesa quale mera modalità procedimentale ovvero come requisito di qualificazione o di idoneità professionale, va comunque sempre data sostanziale prevalenza, rispetto alla mera procedimentalizzazione formale, alla garanzia della piena concorrenzialità e massima partecipazione alle gare, cui la stessa digitalizzazione è preordinata.**

In altri termini la gara telematica e la digitalizzazione della procedura che essa presuppone (digitalizzazione che, come noto, è prevista dalla legge- ex artt. 40, comma 2, e 58 del d.lgs. 50/2016- salvo casi eccezionali dal 18 ottobre 2018) non è il fine ultimo della disciplina in materia di pubblici affidamenti: fine ultimo è e resta sempre quello di attuare la massima concorrenza nel mercato, selezionando la migliore offerta in rapporto alle concrete esigenze della stazione appaltante.

Altrimenti opinando, la gara telematica, da mezzo strumentale ad assicurare tali fondamentali finalità, si presterebbe a diventare una modalità restrittiva di partecipazione alle procedure di affidamento dei pubblici contratti, in frontale contrasto con l’interesse unitario di massima partecipazione e concorrenzialità che, nella ponderata gerarchia degli interessi tutelati dall’ordinamento in subiecta materia, è a fondamento dell’intero sistema normativo in materia di pubbliche gare di appalto.

7.3. È dunque fondato il secondo motivo del ricorso introduttivo, correttamente accolto dalla sentenza appellata, sull’illegittimità per violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione dell’art. 15 del disciplinare di gara, che, per come interpretato e applicato dalla stazione appaltante, non trova fondamento in una norma primaria, non ha adeguata copertura normativa ed è in violazione del principio di concorrenza.

7.4. Il raggruppamento ricorrente è stato, infatti, escluso dalla partecipazione alla gara di appalto in ragione della previsione dell’art. 15 del disciplinare, disposizione che imponeva a tutti gli operatori partecipanti alla procedura in forma associata di essere abilitati al Me.PA. al momento della presentazione dell’offerta, pena l’esclusione dal procedimento, in quanto la mandante -OMISSIS- S.r.l. non risultava aver dato corso a detta iscrizione.

7.5. Al riguardo occorre anzitutto rilevare che, come evidenziato dalla sentenza appellata, la menzionata previsione del disciplinare non corrisponde alla lettera dell’art. 51, comma 4, del regolamento e dell’art. 2 del capitolato d’oneri della Consip, i quali non indicano che tale formalità debba essere rispettata a pena di esclusione dalla procedura di selezione: si tratta, dunque, di una disposizione che non trae fondamento da nessuna previsione del codice dei contratti pubblici, né da altre disposizioni di legge vigenti.

Inoltre, **è incontestato che alla mancata ottemperanza a tale prescrizione, di carattere formale, non corrisponde anche una carenza, sul piano sostanziale, dei requisiti di partecipazione alla gara, essendo, al contrario, pacifico tra le parti il possesso in capo alla mandante della categoria specialistica OS18-B (attestata da certificato SOA nonché dalla visura camerale).** Neppure è stato evidenziato che l’omissione in parola ha impedito all’Amministrazione di effettuare i controlli dovuti, ovvero di consultare la documentazione prodotta dal raggruppamento: il provvedimento di esclusione è, infatti, motivato solo in riferimento alla mancata abilitazione al Me.Pa. della mandante del RTI; mentre solo nel corso del giudizio è stato dedotto che da tale circostanza sia altresì conseguita la non corretta osservanza della procedura prevista dal sistema informatico per la presentazione dell’offerta in forma associata ovvero che l’offerta non sarebbe stata sottoscritta dalla mandante, circostanza quest’ultima di cui però non solo non vi è traccia nel provvedimento di esclusione, che è antecedente allo scrutinio dell’offerta, ma che è stata anche adeguatamente confutata dall’appellata mediante la produzione documentale versata in atti).

7.5.1. **Sotto altro concorrente profilo, se l'iscrizione in parola costituisce, come riconosciuto dalle stesse appellanti, una mera "presenza" o "chiave di accesso" nello "scenario" del mercato elettronico MEPA, la sua mancanza (nel caso di specie, per la sola mandante) non può assurgere a ulteriore causa di esclusione, in assenza di una previsione di legge: infatti, neanche le norme menzionate dall'appellante – di cui segnatamente agli artt. 12, comma 5 e art. 52, comma 3 delle Regole di sistema di E-Procurement della P.A., 40, comma 2 e 58 del D.Lgs. 50/2016, 22 della direttiva 2014/24/UE- comminano l'esclusione per la mancata registrazione sulla piattaforma ME.PA. degli operatori economici.**

7.6. **Pertanto, correttamente la sentenza appellata ha concluso che l'esclusione dalla gara in mancanza dell'adempimento di carattere formale in discorso, siccome previsto dall'art. 15 del disciplinare, integra una violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione, posto dall'art. 83, comma 8, [d.lgs. n. 50/2016] a mente del quale: «Le stazioni appaltanti indicano le condizioni di partecipazione richieste, che possono essere espresse come livelli minimi di capacità, congiuntamente agli idonei mezzi di prova, nel bando di gara o nell'invito a confermare interesse ed effettuano la verifica formale e sostanziale delle capacità realizzative, delle competenze tecniche e professionali, ivi comprese le risorse umane, organiche all'impresa, nonché delle attività effettivamente eseguite. [...] I bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle previste dal presente codice e da altre disposizioni di legge vigenti. Dette prescrizioni sono comunque nulle».**

7.6.1. Con l'introduzione nel nostro ordinamento – sotto l'influenza delle norme e dei principi europei, nonché della giurisprudenza della Corte di giustizia – del principio di tassatività delle cause di esclusione, la sentenza resa da Ad. Plen. n. 9 del 25 febbraio 2014 ha rimarcato che la disposizione dell'art. 46, co. 1-bis, del D. Lgs. n. 163/2006 (primo codice dei contratti pubblici) «deve essere intesa nel senso che l'esclusione dalla gara è disposta sia nel caso in cui il codice, la legge statale o il regolamento attuativo la comminino espressamente, sia nell'ipotesi in cui impongano "adempimenti doverosi" o introducano, comunque, "norme di divieto" pur senza prevedere espressamente l'esclusione ma sempre nella logica del numerus clausus».

In tale contesto, la sopra citata sentenza ha chiarito che la sanzione della nullità, in luogo di quella classica dell'annullabilità dell'atto amministrativo, è riferita letteralmente alle singole clausole della legge di gara esorbitanti dai casi tipici, rispetto alle quali si dovrà fare applicazione dei principi in tema di nullità parziale e segnatamente dell'art. 1419, co. 2, c.c.

Pertanto, qualora la legge di gara, in violazione del principio di tassatività, introduca cause di esclusione non previste dal codice, dal regolamento attuativo o da altre leggi statali, la relativa clausola escludente è da considerarsi nulla, priva di efficacia e dunque disapplicabile da parte della stessa stazione appaltante, ovvero da parte del giudice.

7.6.2. Infine, con la recente sentenza n. 22 del 16 ottobre 2020, la stessa Adunanza Plenaria ha integrato i principi sanciti dalla prefata sentenza n. 9/2014, specificando che l'operatività del regime di nullità ex art. 83, comma 8, del vigente Codice degli appalti (D. Lgs. n. 50 del 2016), deve essere riferita al caso della "clausola escludente contra legem"; e ciò in ragione della composita ratio di detta norma, consistente nella individuazione di "un equilibrio tra radicale invalidità della clausola per contrasto con norma imperativa, ordinaria autoritatività dei provvedimenti amministrativi e interesse del ricorrente a far valere l'invalidità, in termini di nullità, quando essa si traduca in un provvedimento applicativo (esclusione o aggiudicazione) lesivo in concreto della sua situazione soggettiva tutelata".

Tale ultima pronuncia dell'Adunanza Plenaria ha, dunque, ritenuto che sia sanzionata con la nullità la clausola escludente contra legem e che detta nullità vada intesa come nullità in senso tecnico, con conseguente improduttività dei suoi effetti: tale nullità, se da un lato non si estende al provvedimento nel suo complesso (vitiatur sed non vitiatur), d'altro canto impedisce all'amministrazione di porre in essere atti ulteriori che siano sorretti da quella clausola, rendendoli altrimenti illegittimi.

7.7. La sentenza appellata ha correttamente applicato i sopra riportati principi; e tali statuizioni, fondate sul condivisibile rilievo di violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione, sono rimaste prive di sostanziale confutazione nel giudizio di appello.

7.8. Ne consegue che la previsione della iscrizione del concorrente al MEPA, per come congegnata dal disciplinare di gara e, soprattutto, per come applicata dal provvedimento di esclusione, integra una clausola impositiva di un obbligo contra ius, in quanto, in assenza di una norma di rango primario, impone, a pena di esclusione, un ulteriore adempimento formale ai fini della partecipazione al confronto selettivo.

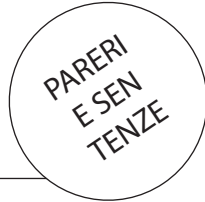
Invero, la discrezionalità della Pubblica Amministrazione nel disporre ulteriori limitazioni alla partecipazione, integranti speciali requisiti di capacità che siano coerenti e proporzionati all'appalto, è potere ben diverso dalla facoltà, non ammessa dalla legge, di imporre adempimenti che, in modo generalizzato, ostacolano la partecipazione alla gara – come è avvenuto nel presente caso per l'iscrizione al MEPA -, senza adeguata copertura normativa e in violazione del

principio della concorrenza.

In definitiva, la prescrizione di gara – se intesa, come ha fatto la P.A., nel senso che il possesso di detta iscrizione per tutte le imprese del RTI sia prescritto ai fini della partecipazione alla gara di appalto è nulla, ponendosi in contrasto con il principio di tassatività delle cause di esclusione cristallizzato nell'art. 83, comma 8, D. Lgs. n. 50 cit., e da tale nullità deriva che i provvedimenti qui gravati, in quanto applicativi della clausola nulla, sono anch'essi illegittimi.

7.9. In ogni caso, come dedotto, a fronte della mancata previsione dell'iscrizione per la categoria specialistica richiesta dal bando e posseduta dalla mandante, idonea a ingenerare nell'operatore economico un ragionevole affidamento sulla non applicabilità alla fattispecie nei termini sopra esposti, **l'Amministrazione appaltante avrebbe dovuto consentire alla ricorrente di emendare tale carenza meramente formale, mediante soccorso istruttorio ai sensi dell'art. 83, comma 9, del D. Lgs. n. 50/2016.**

Pareri & Sentenze



Consiglio di Stato, Sez. V, 28/3/2023, n. 3180

La mancata dichiarazione della volontà di far ricorso al subappalto c.d. necessario, non può essere oggetto di soccorso istruttorio

"... laddove privo del requisito di gara, il concorrente è tenuto a dare espressa indicazione della volontà di ricorrere a subappalto per qualificarsi: viene così in rilievo una specifica dichiarazione che non coincide con quella generale inerente l'intenzione di subappaltare una parte dei lavori, servizi o forniture (Consiglio di Stato, Sez. V, 13 agosto 2020, n. 5030)...Questa Sezione ha già esaminato vicende analoghe – in cui, cioè, l'operatore economico non aveva dichiarato di voler ricorrere al subappalto c.d. necessario per acquisire requisiti tecnico – professionali non posseduti, e ha espresso un chiaro convincimento: il concorrente non è tenuto a indicare il nominativo del subappaltatore già in sede di offerta, ma è tenuto senz'altro a dichiarare la volontà di ricorrere al subappalto per supplire al requisito di qualificazione mancante. Detto più chiaramente, l'operatore economico deve dichiarare sin dalla domanda di partecipazione la volontà di avvalersi del subappalto c.d. necessario (in tal senso, Consiglio di Stato, Sez. V, 1° luglio 2022, n. 5491, ove è ben evidenziata la diversità di presupposti e di funzioni delle due dichiarazioni, di ricorrere al subappalto facoltativo oppure a quello necessario, in quanto "...nella dichiarazione di subappalto "necessario" viene in rilievo non una mera esternazione di volontà dell'operatore economico quale è la dichiarazione di subappalto "facoltativo", bensì una delle modalità di attestazione del possesso di un requisito di partecipazione, che non tollera di suo il ricorso a formule generiche o comunque predisposte ad altri fini, pena la violazione dei principi di par condicio e di trasparenza che permeano le gare pubbliche"; cfr. anche Consiglio di Stato, Sez. V, 31 marzo 2022, n. 2365 e, ancora più recentemente, Consiglio di Stato, Sez. V, 29 dicembre 2022, n. 11596)... la mancata dichiarazione del concorrente partecipante ad una procedura di evidenza pubblica, della volontà di far ricorso al subappalto c.d. necessario, non può essere oggetto di soccorso istruttorio, una volta che la stazione appaltante abbia accertato la carenza dei requisiti di partecipazione coerenti con la percentuale di lavori che l'impresa si è impegnata a realizzare (Consiglio di Stato, Sez. V, 29 dicembre 2022, n. 11596)."

Consiglio di Stato, Sez. V, 20/3/2023, n. 2806

"La stazione appaltante non può imporre un riassorbimento integrale del personale in quanto verrebbe limitata la libera iniziativa economica dell'operatore concorrente; né, d'altro canto, l'elasticità di applicazione della clausola può spingersi fino al punto da legittimare politiche aziendali di dumping sociale in grado di vanificare gli obiettivi di tutela del lavoro perseguito attraverso la stessa"

"È noto che l'inserimento della clausola sociale comporta per l'offerente il tendenziale obbligo di mantenere i livelli occupazionali del precedente gestore dell'appalto. Tuttavia è stato da tempo precisato in giurisprudenza che la clausola sociale non obbliga l'aggiudicatario ad assumere tutto il personale in carico all'appaltatore uscente né tanto meno ad applicare le medesime condizioni contrattuali né, infine, a riconoscere l'anzianità pregressa. Ciò in quanto, nell'applicazione di dette clausole, è necessario procedere attraverso un bilanciamento fra più valori, tutti di rango costituzionale ed europeo; da un lato il rispetto della libertà di iniziativa economica privata, garantita dall'art. 41 Cost e dall'art. 16 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (Carta di Nizza), che riconosce la libertà di impresa, conformemente alle legislazioni nazionali; dall'altro il diritto al lavoro, la cui protezione è imposta dall'art. 35 Cost nonché dall'art. 15 della Carta di Nizza (Consiglio di Stato sez. V 2/11/2020 n. 6761; in termini anche Cons. Stato, Comm. spec., parere 21 novembre 2018, n. 2703). Per tali ragioni la clausola va formulata e intesa in maniera elastica e non rigida, rimettendo all'operatore economico concorrente finanche la valutazione in merito all'assorbimento dei lavoratori impiegati dal precedente aggiudicatario. Solo in questi termini la clausola sociale è conforme alle indicazioni della giurisprudenza amministrativa secondo la quale l'obbligo di mantenimento dei livelli occupazionali del precedente appalto va temperato con la libertà d'impresa e con la facoltà in essa insita di organizzare il servizio in modo efficiente e coerente con la propria organizzazione produttiva, al fine di realizzare economie di costi da valorizzare a fini competitivi nella procedura di affidamento dell'appalto ... Per cui, com'è stato ulteriormente precisato (Cons. Stato, sez. VI, 21 luglio 2020, n. 4665), sulla scorta di tale lettura della clausola sociale questa va intesa in termini di flessibilità: la stazione appaltante non può imporre un riassorbimento integrale del personale in quanto verrebbe limitata la libera iniziativa economica dell'operatore concorrente; né, d'altro canto, l'elasticità di applicazione della clausola può spingersi fino al punto da legittimare politiche aziendali di dumping sociale in grado di vanificare gli obiettivi di tutela del lavoro perseguito attraverso la stessa."

TAR Sicilia Catania, Sez. III, 15/3/2023, n. 831

Mancata sottoscrizione dell'offerta economica e casi di applicazione del soccorso istruttorio

"La mancanza di sottoscrizione è, dunque, secondo tale approccio ermeneutico, certamente sanabile mediante l'attivazione della procedura di soccorso istruttorio, ai sensi dell'art. 83, comma 9 del d.lgs. n.50/2016, a condizione che la stessa, in base alle circostanze concrete, risulti "con assoluta certezza riconducibile ed imputabile ad un determinato soggetto o operatore economico" ... La stessa giurisprudenza ha, poi, precisato che le richiamate coordinate interpretative devono inevitabilmente passare attraverso una verifica che tenga conto della specificità del caso concreto, in modo che – nonostante la mancanza della firma - possa dirsi di volta in volta effettivamente raggiunto in modo certo, sulla base di altri elementi acquisiti aliunde nell'ambito della documentazione prodotta, il duplice scopo cui è volta la sottoscrizione, ossia quello di assicurare la riferibilità dell'offerta al suo autore ed al contempo l'assunzione da parte dell'offerente dell'impegno negoziale alla esecuzione della prestazione alle condizioni in essa contenute. ... la presenza sull'offerta della sottoscrizione digitale di un soggetto diverso dall'offerente, e a questo del tutto estraneo, ha di certo precluso alla stazione appaltante la possibilità di ricondurre ed imputare l'offerta economica al suo autore con quel grado di "assoluta certezza" richiesto dalla giurisprudenza e ciò, ritiene il Collegio, nonostante ed a prescindere dall'intervenuta identificazione a monte della ricorrente sulla

piattaforma telematica. ... la sottoscrizione dell'offerta, in tutte le sue autonome componenti costitutive, ne attesta la provenienza soggettiva, assicurando la serietà e insostituibilità della stessa, e fa sorgere formalmente la responsabilità del concorrente in relazione alle prestazioni oggetto dell'affidamento, sicché il difetto di sottoscrizione della medesima offerta non è rimediabile mediante soccorso istruttorio ex art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50/2016 e s.m.i. (in tal senso da ultimo TAR Lazio n. 648/2022, nello stesso senso cfr ex multis Consiglio di Stato, sez. V, 20 agosto 2019, n. 5751; TAR Lazio, Roma, sez. II, 9 novembre 2020, n. 11598; id., sez. III, 2 luglio 2019, n. 8605; TAR Marche, sez. I, 25 febbraio 2020, n. 138; del 2020; TAR Piemonte, I, 7 gennaio 2020, n. 16)."

Il TAR Valle D'Aosta, Sez. Unica, 10/03/2023, n. 13

Offerta economica e soccorso "procedimentale"

"... a ben vedere l'operato della Commissione va ascritto ordinariamente ai poteri di soccorso istruttorio che sono pacificamente esperibili nei limiti della modifica sostanziale dell'offerta economica o tecnica ex art. 83 co. 9 d.lgs. 50/2016: nel caso di specie, il soccorso istruttorio mirava ad una mera puntualizzazione relativa alla formulazione dell'offerta con riguardo alle due alternative unità di misura, convertibili reciprocamente mediante una semplice operazione aritmetica ad esito univoco senza che tale operazione di conversione ridondasse sugli aspetti sostanziali dell'offerta. Puntualizzazione orientata ad una più fedele interpretazione della volontà negoziale degli offerenti senza intaccare in alcun modo l'ubi consistam delle relative offerte."

Consiglio di Stato, Sez. V, 09/03/2023, n. 2512

Differenza tra soluzioni migliorative e varianti

"Nell'appalto di lavori è dunque sanzionabile con l'esclusione soltanto l'offerta tecnica che, contenendo un progetto in variante inammissibile, presupponga un'opera intrinsecamente e radicalmente diversa da quella richiesta dalla stazione appaltante, tanto da dare luogo ad un aliud rispetto all'opera complessivamente prefigurata dall'Amministrazione ovvero da impedirne la fattibilità tecnica (Cons. Stato, Sez. V, 27.10.2021, n. 7218; Sez. V, 21.06.2021, n. 4754; Sez. V, 18.03.2019, n. 1749) ... In particolare è stato precisato (Cons. Stato, sez. V, 3 maggio 2019, n. 2873) che "... in sede di gara d'appalto e allorché il sistema di selezione delle offerte sia basato sul criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, le soluzioni migliorative si differenziano dalle varianti perché le prime possono liberamente esplicarsi in tutti gli aspetti tecnici lasciati aperti a diverse soluzioni sulla base del progetto posto a base di gara ed oggetto di valutazione delle offerte dal punto di vista tecnico, rimanendo comunque preclusa la modificabilità delle caratteristiche progettuali già stabilite dall'Amministrazione, mentre le seconde si sostanziano in modifiche del progetto dal punto di vista tipologico, strutturale e funzionale, per la cui ammissibilità è necessaria una previa manifestazione di volontà della stazione appaltante, mediante preventiva autorizzazione contenuta nel bando di gara e l'individuazione dei relativi requisiti minimi che segnano i limiti entro i quali l'opera proposta dal concorrente costituisce un aliud rispetto a quella prefigurata dalla Pubblica Amministrazione, pur tuttavia consentito (cfr ex multis Cons. di Stato, V, 24 ottobre 2013, n. 5160; Cons. di Stato, V, 20 febbraio 2014, n. 819; Cons. di Stato, VI, 19 giugno 2017, n. 2969; Cons. di Stato, III, 19 dicembre 2017, n. 5967; Cons. di Stato, V, 18 febbraio 2019, n. 1097; Cons. di Stato, V, 15 gennaio 2019, n. 374; ..."

Consiglio di Stato, Sez. V, 09/03/2023, n. 2515

Sull'avvalimento interno all'RTI

"... Il che implica la possibilità di integrare i requisiti (anche) con avvalimento interno al Rti, purché ne sia assicurata la capienza del primo, e cioè a condizione che l'ausiliaria ne sia provvista in misura sovrabbondante e sufficiente alla sua soddisfazione in capo ad entrambi gli operatori (cfr., in proposito, Anac, delibera n. 1343 del 20 dicembre 2017; n. 1140 del 22 dicembre 2020)....Né v'era la necessità al riguardo d'una specificazione contrattuale della parziarietà del prestito dei requisiti, tanto più in caso di avvalimento (interno) di garanzia che - pur non potendo consentire, per il sol fatto di essere "di garanzia", di prescindere dalla soddisfazione dei requisiti in capo a ciascuno dei componenti del Rti nella misura prescritta, nel rispetto del canone quantitativo della "capienza" applicabile al primo dei detti requisiti (profilo su cui pure va corretta la motivazione della sentenza, la quale esclude che vi sia una "dismissione" del requisito da parte dell'ausiliaria per il solo fatto che s'è in presenza di un avvalimento di garanzia) - non richiede l'indicazione specifica dei mezzi e delle risorse messe a disposizione."

Autorità Nazionale Anticorruzione**DELIBERA N. 33 del 25 gennaio 2023
PREC 171/2022/F**

"Accordo quadro – quantità – mancata stima del fabbisogno – percentuali di incidenza - non consentono la formulazione di un'offerta consapevole"

"ai sensi dell'art. 3, co. 1, lett. iii) del d.lgs. 50/2016, «accordo quadro è l'accordo concluso tra una o più stazioni appaltanti e uno o più operatori economici e il cui scopo è quello di stabilire le clausole relative agli appalti da aggiudicare durante un dato periodo, in particolare per quanto riguarda i prezzi e, se del caso, le quantità previste»; ... secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia UE, il bando di gara deve indicare la quantità e/o il valore stimato nonché una quantità e/o un valore massimo dei prodotti da fornire in forza di un accordo quadro (sent. 17 giugno 2021, causa C-23/20); ... la carente indicazione delle quantità incide sulla corretta applicazione del principio di trasparenza amministrativa e su quello della buona fede nella formazione del contratto, in quanto impedisce una completa analisi da parte degli offerenti delle prestazioni poste in gara, inficiando, in tal modo, la formulazione dell'offerta."

Autorità Nazionale Anticorruzione**DELIBERA N. 36 del 25 gennaio 2023
PREC 169/2022/S**

"Nel calcolo del costo medio orario della manodopera, l'innalzamento delle ore mediamente lavorate (cd. divisore) rispetto ai dati riportati nelle Tabelle ministeriali è consentita purché non derivi dalla soppressione delle ore di assenza legate al riconoscimento di diritti incompressibili del lavoratore (ferie, festività, festività sopresse) e sempre che l'impresa fornisca rigorose e puntuali giustificazioni che comprovino la correttezza dello scostamento effettuato"

"... con riferimento alla questione del costo medio orario del personale, <...> esso è il risultato della divisione della retribuzione annua lorda per il numero delle ore mediamente lavorate in un anno. Tale dato, cd. divisore, si ottiene sottraendo dal monte ore annuo teorico complessivo che il singolo dipendente, in virtù delle norme di legge e dei contratti collettivi vigenti, può svolgere, le ore che corrispondono ad assenze del lavoratore derivanti o dalla fruizione di diritti incompressibili riconosciuti ex lege (ferie, festività e festività sopresse) o dall'applicazione di istituti contrattuali (assemblee sindacali, formazione, studio, etc.) o, infine, da eventi imprevisti (malattia, gravidanza, infortunio). Più alto è il valore del divisore più basso risulta il costo medio orario del personale. Nelle tabelle ministeriali, per la determinazione delle ore effettivamente lavorate, vengono valorizzati sia dati previsti direttamente dalla legge o dal c.c.n.l. (e ci si riferisce soprattutto alle ferie, alle festività e alle festività sopresse) sia valori medi desunti dalle statistiche (e questo riguarda soprattutto le assenze per malattia, gravidanza e infortunio, che costituiscono le cause più frequenti di assenteismo); ... la giurisprudenza ha avuto modo di precisare, in generale, che i valori del costo del lavoro risultanti dalle tabelle ministeriali sono un semplice parametro di valutazione della congruità dell'offerta, sicché l'eventuale scostamento delle voci di costo da quelle riassunte nelle tabelle non legittima un giudizio di anomalia o di incongruità e occorre, perché possa dubitarsi della congruità, che la discordanza sia considerevole e palesemente ingiustificata, alla luce di una valutazione globale e sintetica, espressione di un potere tecnico discrezionale insindacabile, salvo che la manifesta e macroscopica erroneità od irragionevolezza non renda palese l'inattendibilità complessiva dell'offerta (in termini, tra le tante, Cons. Stato, V, 30 novembre 2020, n. 7554; V, 29 luglio 2019, n. 5353). Per quanto concerne, più da vicino, le ore annue effettivamente lavorate, la giurisprudenza ha ritenuto che il dato contenuto nelle tabelle non sia fisso ed inderogabile, se non con riguardo alle assenze legate alla fruizione di diritti incompressibili.

Infatti, in ciascuna specifica realtà aziendale ben possono esistere sensibili differenze, in aumento o in diminuzione, rispetto ai dati medi desumibili dalle tabelle ministeriali riguardo le percentuali di assenteismo legato alle malattie, alla gravidanza, ai permessi per motivi di studio, etc."

Autorità Nazionale Anticorruzione**DELIBERA N. 53 del 8 febbraio 2023
PREC 4/2023/S**

"I chiarimenti resi nel corso di una gara d'appalto non hanno alcun contenuto provvedimentale, non potendo costituire, per giurisprudenza consolidata, integrazione o rettifica della lex specialis; i chiarimenti della stazione appaltante, infatti, sono ammissibili solo se contribuiscono, con un'operazione di interpretazione del testo, a renderne chiaro e comprensibile il significato, ma non quando, proprio mediante l'attività interpretativa, si giunga ad attribuire ad una disposizione della lex specialis, un significato ed una portata diversa o maggiore di quella che risulta dal testo stesso"

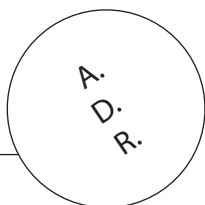
"costante giurisprudenza ritiene che "... i chiarimenti resi nel corso di una gara d'appalto non hanno alcun contenuto provvedimentale, non potendo costituire, per giurisprudenza consolidata, integrazione o rettifica della lex specialis; i chiarimenti della stazione appaltante, infatti, sono ammissibili solo se contribuiscono, con un'operazione di interpretazione del testo, a renderne chiaro e comprensibile il significato, ma non quando, proprio mediante l'attività interpretativa, si giunga ad attribuire ad una disposizione della lex specialis, un significato ed una portata diversa o maggiore di quella che risulta dal testo stesso" (ex multis Consiglio di Stato sez. III, 7 gennaio 2022, n. 64 – Parere ANAC n. 646/2021), con la conseguenza che anche una omissione non è emendabile con lo strumento dei chiarimenti, in quanto, secondo la giurisprudenza, "l'errore materiale o l'omissione commessa nella lex specialis richiede una apposita rettifica del bando e del disciplinare da parte della stazione appaltante fatta con le stesse forme di detti atti e non già con un semplice chiarimento del responsabile unico del procedimento" (TAR Lazio, Sez. III Quater, 6 dicembre 2018 n. 11828; Cons. Stato, Sez. V, 8 novembre 2017, n. 5162; Cons. Stato 7 gennaio 2021 n. 173);"

Autorità Nazionale Anticorruzione**DELIBERA N. 75 del 22 febbraio 2023
UPREC-PRE-0020-2023-L**

"La mancata presentazione del contratto di avvalimento è sanabile mediante documenti aventi data certa anteriori al termine fissato per la presentazione delle offerte. In caso di contratto di avvalimento firmato digitalmente, ai fini dell'opponibilità ai terzi della data è necessaria l'apposizione della marcatura temporale o il ricorso ad una delle altre modalità di validazione temporale previste dalla vigente normativa."

"... non è possibile ricorrere al soccorso istruttorio per ovviare all'indeterminatezza e indeterminabilità dell'oggetto del contratto di avvalimento né tanto meno alla mancanza del contratto, salvo il caso in cui il contratto, benché non prodotto, sia stato già siglato alla data di presentazione dell'offerta. Questa posizione, assunta dall'Autorità già a partire dalla determinazione n. 1/2015, è condivisa dalla giurisprudenza, che esclude l'esperibilità del soccorso istruttorio in caso di mancanza ab origine di requisiti sostanziali, necessari per la validità dell'avvalimento (cfr., ex multis, Consiglio di Stato, V, n. 8819/2019), e lo ammette solo nel caso di mancata presentazione di copia del contratto di avvalimento ove l'impresa ausiliaria ed ausiliata abbiano prodotto in gara le dichiarazioni di cui al citato art. 89 (TAR Emilia Romagna, Bologna, sez. I, n. 170/2022), sempre che il contratto rechi data certa anteriore alla scadenza del termine di presentazione delle offerte. Lo stesso legislatore ha accolto tale soluzione laddove, nella bozza del nuovo Codice dei contratti, ha previsto, nell'articolo dedicato al soccorso istruttorio, che "la mancata presentazione (...) del contratto di avvalimento (...) è sanabile mediante documenti aventi data certa anteriore al termine fissato per la presentazione delle offerte" (art. 101, comma 1, lett. a);"

A Domanda Rispondiamo



1

Nel caso in cui la Stazione Appaltante si avvalga della facoltà di rinnovare un contratto d'appalto è tenuta ad inserire il contratto di rinnovo nella programmazione degli acquisti?

All'interno della scheda B allegato II del DM 14/2018 è richiesto di indicare se l'acquisto sia relativo a nuovo affidamento di contratto in essere. Si intendono per tali, come specificato nella nota 8 della stessa scheda che richiama l'art. 35 comma 12 del Codice, quei "servizi o forniture che presentano caratteri di regolarità o sono destinati ad essere rinnovati entro un determinato periodo". Ci si riferisce ad esempio a quei servizi di durata già attivi e la cui tempestiva programmazione della nuova procedura di affidamento sia motivata da un interesse specifico come, ad esempio, quello di evitare l'interruzione di un pubblico servizio. Si sottolinea che l'informazione è da intendere come volontà di procedere a nuova gara e non ad un rinnovo o ad una proroga. Rinnovi e proroghe non sono infatti oggetto di programmazione a sé stante, ma bensì voci da ricomprendere nel prospetto economico dell'appalto.

2

E' legittimo l'affidamento diretto di un bene pubblico?

Le assegnazioni dirette di beni sono illegittime. Sia i contratti che determinino spesa a carico dell'erario, sia quelli da cui derivino entrate esigono un avviso pubblico. L'affidamento diretto di un bene pubblico – senza alcuna procedura comparativa – costituisce un'aperta violazione ai principi generali della contrattualistica pubblica che impongono da una parte, la redditività dei beni, dall'altra una procedura aperta e trasparente. Il T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, con la sentenza 26 luglio 2019, n. 1070 affronta l'impugnazione di una deliberazione di un Comune recante il subentro di un contratto di affitto di un terreno comunale, senza l'espletamento di alcuna pubblicità, alias evidenza pubblica, specie in presenza di un interesse turistico nella allocazione del bene. "L'Amministrazione avrebbe eliminato del tutto la sua posizione giuridica di vantaggio, avendo «in spregio alle basilari regole di evidenza pubblica, concesso detto terreno in affitto» senza alcun genere di confronto concorrenziale". Ne deriva che qualora una P.A. intenda assegnare un bene in locazione o concessione si deve procedere all'individuazione del soggetto attraverso una procedura comparativa, non giustificandosi il riconoscimento di alcuna prelazione in favore di un eventuale precedente assegnatario, non potendo in alcun modo invocare la disciplina codicistica sulla cessione del contratto (ex art. 1406 c.c.). In presenza di un bene pubblico l'assegnazione non può che avvenire a seguito di un procedimento di evidenza pubblica mediante gara aperta (ex art. 3 del R.D. n. 2240/1923, art. 37, comma 1 del R.D. n. 827/1924, art. 4 del D.lgs. n. 50/2016). È noto che in tema di concessioni su beni pubblici, economicamente contendibili, l'affidamento a privati può avvenire solo all'esito di una procedura comparativa: in presenza di attribuzione di vantaggi economici a privati è sempre richiesta una procedura trasparente, con criteri di assegnazione prestabiliti.

3

Relativamente agli affidamenti diretti ex art. 1, comma 2, lett. a) della legge n. 120/2020 in deroga all'art. 36, comma 2, del Codice, quali regole occorre seguire nella scelta degli operatori da invitare quando la Stazione Appaltante decide di non procedere ad un affidamento diretto tout court ma con una richiesta informale di preventivi?

La norma non impone una particolare motivazione, né rigide regole da seguire per la scelta degli operatori cui richiedere il preventivo, fatto salvo il rispetto del principio di rotazione, degli ulteriori principi di cui all'art. 30 del codice dei contratti pubblici e l'esigenza che siano scelti soggetti in possesso di pregresse e documentate esperienze analoghe a quelle oggetto di affidamento. Si consiglia in ogni caso di esplicitare nella determina a contrarre o nell'atto equivalente il procedimento applicato per la selezione dei fornitori.

4

E' necessaria la motivazione del provvedimento di ammissione alla gara?

Per giurisprudenza costante e prevalente la stazione appaltante che non ritenga i precedenti dichiarati dal concorrente incisivi della sua moralità professionale, non è tenuta a esplicitare in maniera analitica le ragioni di siffatto convincimento, potendo la motivazione di non gravità delle relative circostanze risultare anche implicita o per facta concludentia, ossia con l'ammissione alla gara dell'impresa; è la valutazione di gravità, che richiede l'assolvimento di un particolare onere motivazionale, con la conseguenza che la stazione appaltante deve motivare puntualmente le esclusioni, e non anche le ammissioni, se su di esse non vi è, in gara, contestazione.

5

Qual è la differenza tra concessione di bene e concessione di servizi?

La giurisprudenza prevalente individua il criterio discriminante tra 'componente beni' e 'componente servizi' negli obiettivi di fondo perseguiti dall'Amministrazione concedente, i quali, se travalicano il mero utilizzo ordinario del bene (secondo la sua destinazione dichiarata negli atti di gara), collocandosi in una prospettiva più ampia, qualificano necessariamente il rapporto in termine di servizi (**Cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 16.06.2022 n. 4949**)

6 **Può la Stazione Appaltante sospendere un operatore economico dal proprio albo fornitori impedendogli di fatto di partecipare ad una procedura di gara dalla stessa bandita in pendenza di un contenzioso?**

I motivi di esclusione e/o sospensione da un sistema di qualificazione ulteriori rispetto a quelle previste dall'art. 80 del codice dei contratti pubblici devono comunque essere conformi alla norma. Nel rispetto del principio costituzionale del diritto alla difesa, non è il mero dato oggettivo della pendenza del contenzioso a poter giustificare l'adozione di misure di espulsione/sospensione da un sistema di qualificazione, bensì soltanto la gravità intrinseca dei fatti da cui è scaturito tale contenzioso.

7 **Negli affidamenti diretti è legittimo ricevere il preventivo a mezzo pec?**

La richiesta di preventivi in luogo dell'affidamento diretto rappresenta una procedura informale e semplificata di affidamento. Dunque, attesa la natura informale dell'affidamento si ritiene che in caso di affidamento diretto la stazione appaltante possa richiedere i preventivi via PEC fino alla soglia di 139.000 euro per gli appalti di servizi e di forniture, atteso che l'utilizzo di tale modalità non determina la violazione del "principio di segretezza" delle offerte (**Parere MIMS n. 1530/2022**).

8 **Può la Stazione Appaltante aggiudicare un appalto ad un operatore economico rinviato a giudizio per truffa?**

Costituisce motivo di esclusione di un operatore economico dalla partecipazione a una procedura d'appalto o concessione, la condanna con sentenza definitiva o un decreto penale di condanna divenuto irrevocabile o sentenza di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale...» per uno dei reati indicati nelle lettere da a) a g) dell'art. 80 comma 1 del codice. Tuttavia, al di fuori di queste clausole di esclusione tassativa, sempre l'articolo 80 del Codice comma 5 stabilisce che se si è in presenza di gravi fatti di rilevanza penale conosciuti dalla stazione appaltante, spetta a quest'ultima un margine importante di discrezionalità. Non è sufficiente che sia in corso un procedimento penale per l'accertamento della commissione dei reati indicati dall'art. 80 o che sia stata emessa in tale ambito una misura cautelare o disposto un rinvio a giudizio a carico dei soggetti indicati dalla medesima norma per disporre in via automatica l'esclusione. In questi casi spetta, all'amministrazione aggiudicatrice valutare, in concreto i motivi, gli elementi, i fatti emergenti dall'indagine penale nonché le conseguenze dell'indagine che depongono per un illecito professionale così grave da incidere sull'affidabilità morale o professionale dell'operatore.

9 Il principio di rotazione trova applicazione nelle concessioni?

Per giurisprudenza costante e prevalente il principio di rotazione è ritenuto inapplicabile nel caso in cui la stazione appaltante decida di selezionare l'operatore economico mediante una procedura aperta, che non preveda una preventiva limitazione dei partecipanti attraverso inviti mentre si applica anche alle concessioni, in virtù di quanto stabilito dall'art. 164, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016, secondo cui: "Alle procedure di aggiudicazione di contratti di concessione di lavori pubblici o di servizi si applicano, per quanto compatibili, le disposizioni contenute nella parte I e nella parte II, del presente codice, relativamente ai principi generali, alle esclusioni, alle modalità e alle procedure di affidamento, alle modalità di pubblicazione e redazione dei bandi e degli avvisi, ai requisiti generali e speciali e ai motivi di esclusione, ai criteri di aggiudicazione, alle modalità di comunicazione ai candidati e agli offerenti, ai requisiti di qualificazione degli operatori economici, ai termini di ricezione delle domande di partecipazione alla concessione e delle offerte, alle modalità di esecuzione".

10 Come viene accertata l'infungibilità di una fornitura o di un servizio? Deve essere pubblicato l'esito dell'affidamento?

"Al fine di accertare l'infungibilità di un determinato prodotto si consiglia di applicare l'art. 66 del Codice dei contratti pubblici "Consultazioni preliminari di mercato". L'infungibilità può essere: a) di "prodotto"; b) di "venditore". In caso di infungibilità certa sia di prodotto sia di venditore, è facoltà procedere ad affidamento anche sopra soglia nei confronti dell'unico operatore economico che sul territorio comunitario è presente per la vendita del prodotto infungibile. A seguire vi dovranno essere le comunicazioni e/o pubblicazioni di legge ex post, a norma dell'art. 98 Codice dei contratti pubblici, momento dal quale decorreranno i termini per eventuali impugnative a norma dell'art. 120 del d.lgs. 104/2010 e ss.mm.ii." (**Parere MIMS n. 1251/2022**).

Il subappalto qualificante nei requisiti di idoneità professionale

IN
PIL
LOLE

Un recente intervento dell'Anac del 15 febbraio 2023 (Delibera n. 59), ha ritenuto ammissibile il ricorso al subappalto qualificante per soddisfare il possesso del requisito di idoneità professionale richiesto per la prestazione secondaria.

Nella fattispecie esaminata dall'Autorità, ricalcando quanto già previsto con determinazione n. 2/2012 in vigenza del previgente codice degli appalti, in merito alla possibilità di avvalersi dei requisiti di idoneità professionale altrui, l'Autorità, ha ritenuto che *"i requisiti di idoneità professionale, inerendo alla disciplina pubblicistica delle attività economiche ed essendo connotati da un elevato tasso di "soggettività", configurano uno "status" e, pertanto, non possono essere oggetto di avvalimento. Anche giurisprudenza recente (Cfr. Consiglio di Stato, sez. V, n. 7482/2022; n. 7037/2020; n. 1667/2020) ha ritenuto di condividere l'orientamento formatosi nel vigore del previgente d.lgs. n. 163/2006, secondo cui "non possono costituire oggetto di avvalimento i requisiti di idoneità morale e professionale, prescritti dagli articoli 38 e 39 del medesimo Codice, avendo l'istituto in questione la finalità di favorire la più ampia possibile partecipazione alle gare, al tempo stesso assicurando il corretto livello di qualità prescritto dal bando, ma non anche l'aggiramento di presupposti indefettibili per detta partecipazione"* (cfr. in tal senso Consiglio di Stato, V, 5 novembre

2012, n. 5595; IV, 24 novembre 2014, n. 5805; T.A.R. Campania, 25 luglio 2017, n. 3944).

Nel caso particolare l'oggetto del contendere non è il riferimento all'avvalimento ma alla richiesta dell'istante di fare ricorso al subappalto relativamente all'intera prestazione secondaria.

La norma, tutt'ora vigente, volta ad assicurare alla stazione appaltante che l'esecuzione di tali opere sia affidata ad un operatore economico qualificato, consente dunque il subappalto cosiddetto "necessario" - in quanto indispensabile ai fini dell'integrazione del possesso dei requisiti di partecipazione da parte del concorrente - che, sebbene non sia previsto dal d.lgs. n. 50/2016, è ritenuto dalla giurisprudenza pacificamente ammissibile e attuabile anche nella vigenza dell'attuale Codice, in quanto non impedito dalle norme che regolano il possesso dei requisiti da parte degli esecutori dei lavori pubblici, estendendo la sua applicazione anche agli appalti di servizi (Consiglio di Stato, V, n. 3504/2020, *"Va premesso che non è in contestazione, nel presente giudizio, l'ammissibilità, dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 50 del 2016, dell'istituto dell'appalto c.d. necessario o qualificatorio, la cui disciplina, nel vigore del d.lgs. n. 163 del 2006, è stata ricostruita dall'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato con la sentenza 2 novembre 2015, n. 9."*

La validità del ricorso all'istituto del subappalto c.d. necessario o qualificatorio anche nella vigenza dell'attuale codice dei contratti pubblici, ed anche nel settore dei servizi, è stata peraltro affermata in diverse pronunce del giudice amministrativo...») e, si applica anche se non è stato espressamente previsto dalla *lex specialis*.

La conclusione cui perviene l'Autorità, è che "il possesso del requisito di idoneità professionale, relativo alla prestazione secondaria, da parte del subappaltatore è idoneo ad integrare in capo all'offerente il possesso dei requisiti di idoneità professionali necessari per la partecipazione alla gara."

In vigenza dell'abrogato codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 163/2006) la figura del subappalto necessario è stata ricostruita nella sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 9/2015.

Anche se basata più compiutamente sugli appalti di lavori, la giurisprudenza ne consente l'estensione anche agli appalti di servizi (cfr. fra le più recenti, Consiglio di Stato, Sezione V, sentenza n. 3504/2020).

Negli appalti di servizi, è sicuramente difficile distinguere e incorporare le prestazioni principali dalle secondarie, in alcuni affidamenti però nei capitolati di gara si possono riscontrare elencazioni dettagliate delle attività che compongono e rientrano l'affidamento principale inteso quale prestazione unica principale. Ciò, però, non esclude che per talune delle prestazioni comprese nello stesso, l'impresa partecipante possa qualificarsi attraverso il subappalto necessario.

Sul punto si richiama la recente sentenza del TAR Piemonte, Sezione I, n. 9/2021, resa in una fattispecie analoga, nella quale si legge: «Ritenuto, quanto al primo e più corposo ordine di censure: che il paragrafo del disciplinare di gara richiedeva, quale requisito di qualificazione a pena d'esclusione, l'iscrizione all'Albo Nazionale Gestori Ambientali, nella categoria 1 – sottocategoria D1 e D4; che nessuna delle imprese riunite nell'A.T.I. aggiudicataria possedeva l'iscrizione nella categoria richiesta dalla *lex specialis* di gara; che, tuttavia, le imprese aggiudicatarie avevano ritualmente reso, già in sede di offerta, la dichiarazione di voler subappaltare le prestazioni

di "raccolta e trasporto materiali non vegetali", così integrando la qualificazione necessaria; che il ricorso al subappalto necessario non era vietato dal disciplinare di gara; che l'integrazione della qualificazione, mediante il subappalto, è ammessa anche negli appalti di servizi (Cons. Stato, sez. V, n. 3504 del 2020; Id., sez. V, n. 3727 del 2019);...».

Anche il Consiglio di Stato, Sez. V, ha avuto modo di esprimersi a riguardo con sentenza del 21/03/2023, n. 2873: "nello specifico, quanto all'iscrizione all'Albo Nazionale dei Gestori ambientali la giurisprudenza ha chiarito che, se non può prescindere dal requisito dell'iscrizione in parola per poter concorrere a gare aventi ad oggetto le attività di raccolta e trasporto dei rifiuti, i medesimi principi impongono una differente interpretazione ai fini della qualificazione del requisito stesso nell'ipotesi in cui, come nel caso di specie, oggetto precipuo e specifico dell'appalto non siano le attività di raccolta e trasporto di rifiuti e queste ultime, per converso, rivestano solo carattere meramente secondario e accessorio rispetto alle prestazioni da affidarsi, essendo, in tale contesto, del tutto legittima, l'esecuzione delle corrispondenti prestazioni, "in proprio dall'appaltatrice, ovvero da una ditta della quale la stessa appaltatrice può avvalersi anche ai fini dell'integrazione del requisito in esame"(cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, n. 3727/2019); in tali casi, il requisito dell'iscrizione all'ANGA, di cui sia privo il concorrente, può essere quindi soddisfatto prevedendo l'affidamento dei lavori che presuppongono il possesso di tale titolo ad altra impresa, iscritta nell'albo per la categoria richiesta.

Ne discende da tale sentenza, che le attività oggetto di subappalto dichiarato nel DGUE si riferiscono ad attività secondarie per il cui espletamento si richiede l'iscrizione all'Albo Gestori Ambientali, attività, quindi, che non costituivano il principale oggetto e, trattandosi in questo caso di iscrizione all'ANGA richiesta quale requisito di partecipazione, dovrebbe essere posseduto dal subappaltatore già in fase di presentazione dell'offerta e pertanto, dichiarato in tale sede.

Da ciò si spiega quanto previsto all'art. 71 (Subappalto) della direttiva 2014/24/UE, la quale "dispone al punto 2 che nei documenti di gara l'amministrazione aggiudicatrice può chiedere o può essere obbligata da uno Stato membro

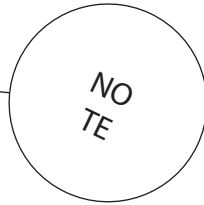
a chiedere all'offerente di indicare, nella sua offerta, le eventuali parti dell'appalto che intende subappaltare a terzi, nonché i subappaltatori proposti".

Tale previsione facultizza le stazioni appaltanti a richiedere nella documentazione di gara, l'indicazione dell'eventuale subappaltatore in sede di presentazione dell'offerta.

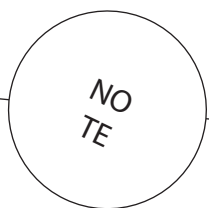
Il Cons. Stato, Sez. V, con sentenza del 15 febbraio 2021, n. 1308, ha ritenuto infatti, che questa richiesta possa essere legittimamente prevista in quelle categorie scorporabili c.d. a qualificazione obbligatoria, per le quali appunto il requisito di qualificazione è previsto come obbligatorio dalla legge.

Mentre si fa strada tale convincimento, non mancano sentenze in senso contrario in cui si considera la richiesta di tale adempimento controproducente su diversi profili, in primis nell'attrarre la figura del subappaltatore nella sfera partecipativa anziché esecutiva della gara, che più le appartiene.

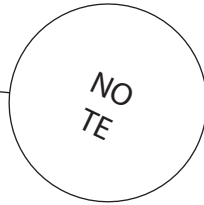
In secondo luogo, nell'obbligo ingiustificato che opera nei confronti degli operatori del settore chiamati a scegliere l'impresa subappaltatrice già in questa fase e dell'impossibilità di queste ultime di poter essere coinvolte in altre offerte nella stessa qualità di subappaltatore.



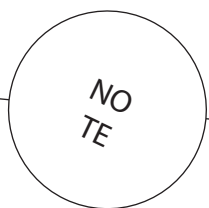
A series of 20 horizontal dotted lines for writing.



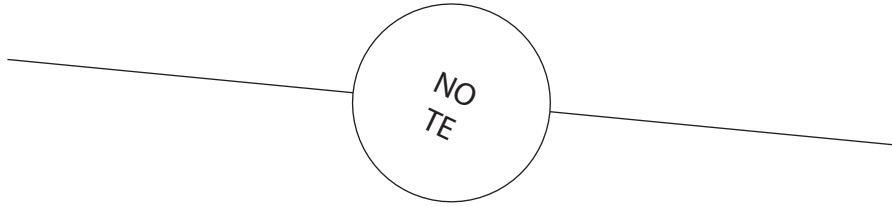
A series of 20 horizontal dotted lines spanning the width of the page, intended for handwritten notes.



A series of 20 horizontal dotted lines for writing.



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



A series of 20 horizontal dotted lines for writing.



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

Pubblicità: 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

i seminari in programma 2023

Elenco Webinar in fase di aggiornamento
Dove indicato i corsi si terranno in presenza

APPALTI PUBBLICI

**Il nuovo codice dei Contratti Pubblici
XII Edizione Sardegna**
Marzo - Luglio (13 incontri)

**Il nuovo codice dei Contratti Pubblici
XIII Edizione Italia**
Marzo - Luglio (15 incontri)

**La transizione digitale nelle Pubbliche
Amministrazioni**
Aprile - Maggio (4 incontri)

**Gli Affidamenti sotto soglia tra procedura,
documentazione, MePA e il nuovo Codice in
approvazione**
Maggio - Giugno (4 incontri)

Il nuovo Codice dei Contratti Pubblici
14-17 Aprile, 12-19 Giugno, 8-12 Maggio
MILANO 18 Aprile, BARI 3 Maggio, TORINO 8 Giugno, ROMA
15 Giugno, NAPOLI 20 Giugno

Il nuovo MePA Consip
12-18 Aprile, 19-21 Giugno - PALERMO 11 Maggio

I contratti sotto soglia
14 Aprile

Come gestire una procedura di gara
21 Aprile

Gli incentivi per le funzioni tecniche
2-3 Maggio

ABC degli Appalti Pubblici alla luce del nuovo codice
4-10-15-19 Maggio

Focus su servizi e forniture
5-11-12 Maggio

Gli adempimenti pre e post- aggiudicazione
8-11 Maggio

RUP e DEC negli appalti di servizi e forniture
15-16 Maggio

Le modalità di affidamento semplificato
22-29 Maggio

La digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti
23 Maggio

L'attività di verifica dei requisiti
26 Maggio

Focus su Lavori Pubblici
31 Maggio 1-9 Giugno

Le tecniche di redazione dei capitolati
9 Giugno

**Le comunicazioni e la trasparenza nelle gare
pubbliche**
23 Giugno

La gara con l'offerta economicamente più vantaggiosa
26 Giugno

Speciale sulle modifiche dei contratti
7 Luglio

Le concessioni in Italia
14 Luglio

CONTABILITA'

Gli incentivi per le funzioni
2-3 tecniche Maggio

I debiti fuori bilancio
5 Maggio

La Contrattazione Decentrata
6 Giugno

INNOVAZIONE E DEMATERIALIZZAZIONE

Firme elettroniche e identità Digitali SPID
13 Aprile

**Domicilio digitale e servizi per la trasmissione dei
documenti informatici**
27 Aprile

Protocollo informatico e archiviazione digitale
3 Maggio

Conservazione dei documenti informatici
11 Maggio

ORGANIZZAZIONE E PERSONALE

Gli incentivi per le funzioni tecniche
2-3 Maggio

**Problematiche applicative e gestionali del CCNL
funzioni locali 2019/21**
18 - 25 Maggio

La Contrattazione Decentrata
6 Giugno

PROJECT MANAGEMENT

Corso base di Project Management (ISIPM-Base®)
(6 incontri)
Aprile - Maggio

I principi del Project Management
30 Giugno

SOCIETÀ IN HOUSE - SERVIZI PUBBLICI LOCALI

**Le novità per le società in house a seguito dei Servizi
Pubblici Locali**
18-20 Aprile

La riforma della disciplina dei servizi pubblici locali
6-8 Giugno

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!