

Rivista mensile - Anno XIV, Numero 2

aprile  
2024

# MEDIA APPALTI

---

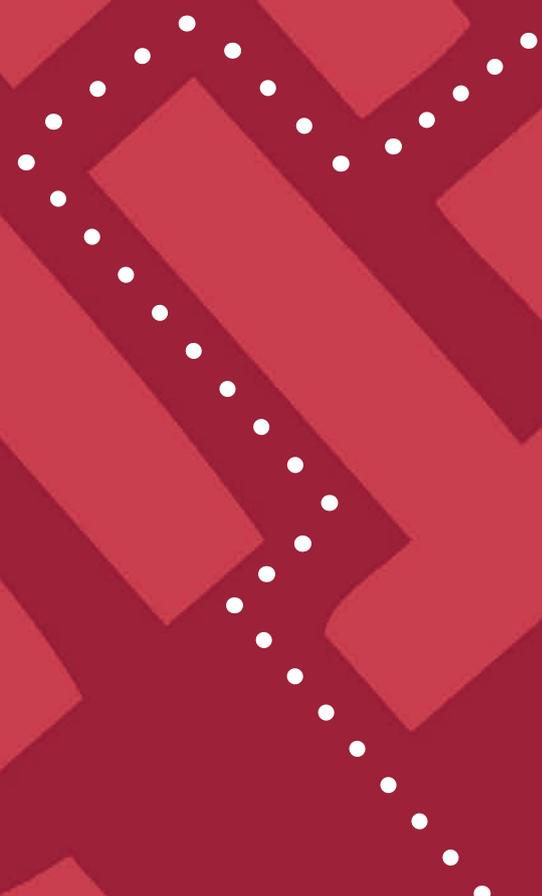
Il responsabile di fase nel  
nuovo codice dei contratti

---

L'applicazione del Contratto  
Collettivo Nazionale  
nel nuovo Codice dei  
Contratti Pubblici

---

Considerazioni  
sui primi tre mesi  
di digitalizzazione del  
ciclo di vita degli appalti



"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](mailto: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  
2024

---

# Specialisti

---

L'arrivo della primavera ne rinvigorisce le chiome, ne adorna i rami di colorate fioriture. Un piacere per la vista. Un gradevole scorcio di natura tra asfalto e cemento. Un elemento ornamentale. Solo questo? Il verde pubblico può essere (ancora oggi) catalogato nella categoria "decoro urbano"? Lo si può considerare al pari di panchine e fontane come elemento estetico delle nostre città? Parlare in questi termini del verde pubblico è ormai anacronistico e riduttivo. È certamente bello da vedere ma in realtà svolge per le città e per chi le abita, un ruolo i cui benefici si allargano in diverse direzioni.

I parchi urbani possono sviluppare benefici psicologici a favore di ogni individuo. "Stare nel verde procura notevoli vantaggi alle persone che soffrono dei più comuni disturbi psichici come depressione e ansia" si legge in un articolo pubblicato sulla pagina web della Fondazione Veronesi che fa riferimento a una ricerca scientifica condotta dall'università britannica di Exeter. Una funzione non di poco conto se si considera che l'OMS ha definito la depressione come il "male del

secolo" e che la stessa depressione indebolendo il sistema immunitario finisce per fare da ponte a patologie fisiche anche estremamente debilitanti. Solo questo aspetto dovrebbe indurre le nostre Amministrazioni Comunali a investire più capitoli di spesa nella diffusione e gestione del verde urbano. Ma i benefici della presenza del verde in città sono anche connessi al contenimento degli effetti del surriscaldamento climatico. Gli alberi mitigano le conseguenze dell'inquinamento assorbendo polveri sottili e altri agenti inquinanti, generano sollievo dalle ondate di calore riuscendo a raffreddare l'aria fino a 8 gradi, riducendo di conseguenza l'esigenza di utilizzare sistemi di condizionamento dell'aria del 30%.

Alberi, siepi, aiuole, sono dunque vitali per il benessere della città. Eppure, sono ancora molte le Pubbliche Amministrazioni che non riescono a dedicarvi le necessarie risorse. Sono diversi i casi di abbattimento di alberi tra le piazze, i viali e le strade dei nostri centri abitati. Lungo tutta l'Italia, questo genere di interventi, si stanno moltiplicando.

La sentenza n. 9178/2022 del Consiglio di Stato stabilisce che un albero debba essere abbattuto solo in caso di comprovate problematiche fitosanitarie e di stabilità. L'incolumità pubblica ha precedenza su qualsiasi cosa. Non c'è dubbio. Ciò che invece fa dubitare è il modo in cui viene gestita la manutenzione delle piante cittadine. È davvero messa in pratica con competenze e risorse idonee? Abbattere un albero, anche se malato, è sempre una sconfitta. È un intervento tardivo, figlio di una scarsa manutenzione e di un monitoraggio inefficiente.

Clamoroso il caso di Torino. Nell'agosto scorso fu annunciata la necessità di abbattere 3000 alberi che erano risultati malati. Una decisione seguita dalla promessa di provvedere alla piantumazione di nuovi esemplari a partire dall'autunno successivo. Promessa mantenuta. A febbraio ne erano già stati messi a dimora 2000, l'operazione sarà terminata entro l'estate 2024.

Il 2024 è anche la data entro la quale dovrà essere portato a compimento il progetto del Ministero dell'Ambiente e della Sicurezza Energetica che partito nel 2021, prevede "una serie di azioni rivolte alle 14 città metropolitane, per migliorare la qualità della vita e il benessere dei cittadini di tutti i comuni metropolitani attraverso interventi di rimboschimento che contrastino i problemi legati all'inquinamento atmosferico, all'impatto dei cambiamenti climatici e alla perdita di biodiversità". A fine progetto, è previsto che siano piantati in totale 6.600.000 nuovi alberi.

Un progetto destinato a mutare l'aspetto delle 14 aree metropolitane coinvolte. "Lasceremo un'eredità importante in termini di nuovi boschi, urbani e periurbani, da cui dipenderà non solo la riduzione dell'impatto delle emissioni nocive e del cambiamento climatico sul nostro ecosistema, ma anche il miglioramento della qualità della vita e del benessere dei nostri cittadini", affermava lo scorso dicembre il vicesindaco della Città Metropolitana Roma Capitale, Pierluigi Sanna.

La realizzazione dei nuovi parchi è un traguardo, ma anche un punto di partenza che implica notevoli responsabilità. Estendere le aree boschive comporta un piano di manutenzione costante che le Amministrazioni locali dovranno gestire,

affidando tali lavori a imprese specializzate. Proprio la specializzazione è la strada che si dovrebbe intraprendere per la gestione di aree verdi così ampie. Un parco non è solo l'insieme di alberi, ma anche di impianti idrici e di illuminazione, di viali e di aree attrezzate con giochi per bambini. In questo senso, ci pare corretta la direzione presa dal Comune di Parma. "Abbiamo deciso di investire sul verde pubblico per fare un salto di qualità. Lo abbiamo fatto impostando gli appalti in modo da avere un servizio puntuale e qualificato. Per questo abbiamo suddiviso l'appalto in 5 lotti, puntando sulla specializzazione e sulla differenziazione degli operatori", afferma l'assessore ai Lavori Pubblici Francesco De Vanna.

Oggi che abbiamo a disposizione figure professionali altamente specializzate, si dovrebbe diffidare dalle imprese factotum, affidando lavori a chi, seppur efficiente in un settore, può manifestare lacune in altri. Il rischio è di finire per avere una bella aiuola ma una fontana che non eroga acqua, uno splendido parco giochi ma un impianto di illuminazione inefficiente. Un'area verde ben curata con panchine traballanti non favorirebbe alcun benessere psicologico. Un parco con alberi spogli e malati o semplicemente posizionati non in maniera idonea, non assolverebbe al ruolo termoregolatore di cui il clima ha bisogno. Come diceva il commediografo russo Ivan Andreevič Krylov, "È un guaio se impasta le torte il calzolaio e se cuce gli stivali un pasticciere".

L'approccio scelto da Parma offre la possibilità di selezionare l'operatore economico meglio qualificato, con le migliori competenze professionali specifiche, in relazione al singolo intervento. Ogni opera complessa si costituisce di porzioni più piccole. Come un grande puzzle, potrà considerarsi complessivamente ben riuscita, se ogni tassello è perfettamente al suo posto. Se ogni particolare è stato eseguito ad arte. La divisione in lotti permette proprio di riporre attenzione ai particolari. Un modus operandi che deve ispirare tutti i lavori se si vogliono realizzare opere grandi e non mediocri. "La differenza tra qualcosa di buono e qualcosa di grande è l'attenzione ai dettagli", afferma l'autore inglese Charles R. Swindoll. A uno specialista i dettagli non sfuggono. Non dovrebbero.

di Enzo De Gennaro

## sommario

Editoriale  
Specialisti **4**

In evidenza  
Il responsabile di fase nel nuovo codice dei contratti **7**

Sotto la lente  
L'applicazione del Contratto Collettivo Nazionale nel nuovo Codice dei Contratti Pubblici **13**

### Hanno collaborato a questo numero:

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

**Avv. Ilenia Paziani**  
Esperta in materia di appalti pubblici

**Direttore Responsabile**  
dott. Enzo de Gennaro

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

**Responsabile Web**  
Lorenzo Antonicelli

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

**Avv. Adriana Presti**  
Avvocato amministrativista, esperto in contrattualistica pubblica

**Avv. Francesca Scura**  
Avvocato amministrativista, esperto in contrattualistica pubblica

**Dott.ssa Liliana Simeone**  
Esperta in materia di appalti pubblici

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

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

**Dott.ssa Enrica Violante**  
Consulente in diritto degli appalti pubblici

### Il Punto

Il «Principio guida della fiducia» e il grave illecito professionale: nota a TAR Sardegna – Cagliari, sez. I, 11 marzo 2024, n. 204 **23**

La qualificazione dei consorzi stabili nel nuovo Codice: il «cumulo alla rinfusa» **28**

Considerazioni sui primi tre mesi di digitalizzazione del ciclo di vita degli appalti **35**

La locazione finanziaria nel nuovo codice per la realizzazione di opere pubbliche **39**

Piattaforme di approvvigionamento digitale, tutela del contraente e problematiche processuali **46**

Pareri & Sentenze **53**

A Domanda Rispondiamo **58**

In pillole **62**

# Il responsabile di fase nel nuovo codice dei contratti

di Stefano Usai

IN  
EVIDENZA

Il responsabile di fase è la figura inedita, per il nuovo codice, prevista nel comma 4 dell'articolo 15 del decreto legislativo 36/2023 (nel prosieguo solo nuovo codice) ed è interessante, sotto il profilo pratico, analizzarne le competenze anche alla luce di recenti interventi di prassi (dell'ANAC e del MIT) e della recente giurisprudenza che ha avuto modo di affrontare alcune tematiche relative al ruolo di questa figura.

## 1. La disciplina

L'articolo 15, ovvero la disposizione che sostituisce il pregresso riferimento normativo relativo al RUP (e quindi l'articolo 31 del codice del 2016) come anticipato, al comma 4 prevede la possibilità di individuare/nominare dei collaboratori del RUP in modo da rendere il carico di lavoro meno impattante/complesso.

Come si vedrà più avanti, gli estensori spiegano la necessità di nuovi, chirurgicamente individuati, collaboratori del RUP in relazione al "nuovo" ruolo acquisito da questa figura. Secondo il nuovo codice, infatti, il RUP non è un mero responsabile di procedimento ma un responsabile del progetto/intervento da realizzare e risponde qualora questo non venga compiutamente (e secondo la tempistica stabilita) realizzato.

A ben valutare la configurazione dei compiti/ funzioni del RUP nei termini appena prospettati non è in realtà una novità ma, caso mai, la sottolineatura di ciò che il RUP deve fare (ma che già faceva anche nel pregresso regime normativo).

La differenza sostanziale, però, è che il nuovo codice esplicita chiaramente le stesse prerogative che consentono al RUP, effettivamente, di perseguire il risultato dell'affidamento e della corretta esecuzione del contratto assegnato.

Non a caso si chiarisce, questo nell'allegato I.2 dedicato espressamente al RUP (in sostituzione, con adeguamenti, delle pregresse linee guida ANAC n.3), che il RUP dispone non solo di poteri istruttori ma anche, e soprattutto, di poteri decisori.

E' del tutto evidente che un soggetto può rispondere, sotto il profilo della responsabilità, di un risultato solo se dispone di poteri decisori e non solo di poteri istruttori che possono essere "frustrati" per effetto di una ovvia intermediazione (si pensi al ruolo del dirigente/responsabile del servizio superiore gerarchico del RUP, qualora ovviamente non ci sia coincidenza tra le figure), del soggetto abilitato alla firma a valenza esterna (in grado di impegnare la stazione appaltante/ l'ente concedente).

Anche l'ultima annotazione deve essere però aggiornata visto che il RUP ha poteri a valenza esterna (come ad esempio adottare il provvedimento di esclusione ma non può firmare la decisione di aggiudicazione così come non potrà stipulare direttamente il contratto se non coincide con il dirigente/responsabile del servizio).

I gravosi compiti, pertanto, almeno per quanto concerne il profilo istruttorio/proposito possono essere "alleviati/semplificati" con l'intervento di figure individuate ad hoc con compiti specifici.

A questo proposito, il comma 4 dell'articolo 15 prevede che *"Ferma restando l'unicità del RUP, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti, possono individuare modelli organizzativi, i quali prevedano la nomina di un responsabile di procedimento per le fasi di programmazione, progettazione ed esecuzione e un responsabile di procedimento per la fase di affidamento.*

*Le relative responsabilità sono ripartite in base ai compiti svolti in ciascuna fase, ferme restando le funzioni di supervisione, indirizzo e coordinamento del RUP".*

Del primo periodo devono essere valorizzati tre riferimenti che immediatamente consentono di intendere il ruolo della "nuova" figura.

In realtà è bene precisare che si tratta di figura inedita solo per il codice dei contratti visto che la possibilità di individuare/nominare i responsabili di fase risulta già prevista nella legge regionale sugli appalti della Sardegna n. 8/2018 di cui il nuovo codice riprende la previsione anche alla luce della legittimazione fornita dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 166/2019 che, nell'analisi del ricorso per incostituzionalità della previsione della legge regionale citata, ha affermato che in realtà i responsabili di fase non sono dei doppioni del RUP, e quindi non è in discussione la paternità e la distinzione sulle correlate responsabilità.

In primo luogo l'inciso iniziale del comma in cui si precisa un fermo restando l'unicità del RUP. Gli estensori, si potrebbe dire a scanso di equivoci, precisano immediatamente che responsabile di fase e RUP non sono ruoli/figure identiche e/o sovrapponibili.

Anche in presenza di responsabili di fase il RUP mantiene il suo ruolo di responsabile unico dell'intervento nel senso che la responsabilità finale della realizzazione del progetto, del rispetto dei tempi, di una regolare esecuzione del contratto rimane in campo a questo soggetto.

Anche le attività - o segmenti di procedimento -, che ad esempio possono essere delegati al responsabile di fase, più avanti si tornerà per le implicazioni pratiche, assegnano a questo soggetto una responsabilità pro quota di cui, però, è responsabile anche il RUP qualora difettassero sue omissioni e/o errori di coordinamento di questi collaboratori. Si ipotizzi il caso di una istruttoria sul procedimento/procedura da adottare che contenga un errore - una violazione di legge - di cui il RUP, nel far suo l'operato, non si avveda determinato una irregolarità.

Nel caso di specie si configurano due responsabilità, quella solo interna del responsabile di fase e quella, che può essere anche esterna (si pensi al caso di condanna di risarcimento danni per causa dell'atto illegittimo).

Non a caso il periodo conclusivo del comma ricorda che **"Le relative responsabilità sono ripartite in base ai compiti svolti in ciascuna fase, ferme restando le funzioni di supervisione, indirizzo e coordinamento del RUP".**

**La disposizione conferma quindi che oltre alla responsabilità del responsabile di fase, il RUP risponde comunque – visto che l'errore, se provato, sarà determinato da un non corretto esercizio della funzione di supervisione, indirizzo o coordinamento che spetta al responsabile unico -.**

“ Gli estensori del codice spiegano la necessità di nuovi, chirurgicamente individuati, collaboratori del RUP in relazione al “nuovo” ruolo acquisito da questa figura.

## 2. La necessità di dotarsi di modelli organizzativi

La seconda sottolineatura, di necessaria considerazione per il RUP che ritenesse di avere necessità del responsabile di fase (o dei responsabili di fase) per la complessità dell'incarico assegnato, è quella relativa alla necessità di dotarsi, da parte della stazione appaltante/ente concedente, di non ben definiti modelli organizzativi.

Da qui la domanda spontanea: senza l'adozione di un previo modello organizzativo la stazione appaltante/ente concedente non può nominare i responsabili di fase?

La precisazione, non deve essere sottovalutata, si deve ad una modifica apportata in fase di approvazione del codice visto che nello schema originario gli estensori hanno previsto la massima semplificazione circa la prerogativa in parola.

“ La seconda sottolineatura, di necessaria considerazione per il RUP che ritenesse di avere necessità del responsabile di fase (o dei responsabili di fase) per la complessità dell'incarico assegnato, è quella relativa alla necessità di dotarsi, da parte della stazione appaltante/ente concedente, di non ben definiti modelli organizzativi.

In questo senso nella previsione iniziale – del primo periodo -, redatta dagli estensori del comma 4 dell'articolo 15 si legge che “Ferma restando l'unicità del RUP e se il RUP lo richiede, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti, ciascuno secondo il proprio ordinamento, nominano un responsabile di procedimento per le fasi di programmazione, progettazione ed esecuzione e un responsabile di procedimento per la fase di affidamento.

Le relative responsabilità sono ripartite in base ai compiti svolti in ciascuna fase, ferme restando le funzioni di supervisione, indirizzo e coordinamento del RUP.”

L'iniziale previsione, quindi, rimetteva al RUP, ed alla sua valutazione tecnica, la decisione se richiedere o meno la nomina di uno o di tutti e due responsabili di fasi.

La previsione, è bene annotarlo, non ha incontrato il favore dell'ANAC e dell'ANCI che hanno ritenuto che con le figure in parola si creasse un doppione nei ruoli e, soprattutto, il pericolo di una non chiara riconduzione della responsabilità.

Tale impostazione – nonostante la chiara indicazione della sentenza della Cassazione n. 166/2019 -, in realtà non appare totalmente condivisibile, anche se i rischi di una non chiara gestione rimangono.

“ L'iniziale previsione codicistica, quindi, rimetteva al RUP, ed alla sua valutazione tecnica, la decisione se richiedere o meno la nomina di uno o di tutti e due responsabili di fasi.

Ed è probabilmente il riferimento al pericolo di una confusione di ruoli e/o di una azione “anarchica” dei RUP che potrebbero essere indotti, avendone le prerogative, a richiedere la nomina di responsabili di fase a prescindere da una analisi accorta ed oggettiva sulle effettive esigenze che ha indotto il legislatore ad apportare la modifica prospettata relativa alla necessità di un **modulo organizzativo**.

La disposizione o, meglio, la sua applicazione pratica richiede un necessario approfondimento su quale possa essere questo modulo organizzativo.

### 3. Un possibile modello organizzativo

Per essere pratici ed immediati, sotto il profilo pratico/operativo non si può ritenere che un modello organizzativo che consenta la nomina/individuazione del responsabile di fase debba essere necessariamente una struttura ad hoc con particolari formalizzazioni. Si può ritenere, infatti, che all'uopo possa essere sufficiente l'aver realizzato una struttura o un ufficio di supporto alle attività contrattuali dell'ente.

Ed all'interno di queste strutture procedere con l'assegnazione degli incarichi di responsabili di fase vuoi per il solo affidamento vuoi per le tre fasi tecniche della programmazione, progettazione ed esecuzione del contratto.

Caso mai può essere interessante l'ipotesi diversa ovvero l'ammissibilità (o meno) della nomina dei responsabili di fase senza l'adozione di questo richiesto modello organizzativa.

Si è indotti a ritenere che – almeno fino a sottolineature ufficiali – che la nomina sia sempre possibile visto che la figura in parola (anche questa figura) rientra necessariamente nel gruppo di lavoro che il RUP (o il dirigente/responsabile del servizio andrà a costituire propedeuticamente all'avvio delle procedure di affidamento).

**“ Il codice non definisce i titoli che devono possedere i responsabili di fase. ”**

Gruppo di lavoro che può essere assimilato ad un autentico ufficio che si occupa chirurgicamente (o per interventi diversi) di quel progetto/intervento.

A questa conclusione si giunge necessariamente considerando il fatto – come meglio si vedrà a breve – che i responsabili di fase sono comunque meri responsabili di procedimento (ex lege 241/90) sulla cui possibilità di nomina/individuazione non si poteva dubitare neppure nel passato.

Si deve ritenere, per evitare comportamenti contrari all'efficienza ed al principio di risultato, che i responsabili di fase possano essere nominati in situazioni di oggettiva complessità/articolazione del progetto/intervento da realizzare.

In difetto, si rischia di moltiplicare le figure responsabili di procedimento che hanno per conseguenza il solo rallentamento dell'azione amministrativa.

### 4. I compiti/attribuzioni

A differenza di certa legislazione regionale - la legge regionale della Sardegna, in tema di appalti, n. 8/2018 all'articolo 34, comma 16 secondo periodo precisa che *"Il responsabile del procedimento per la fase di affidamento è un dipendente con formazione in materie giuridico-amministrative, economiche o equipollenti ed elevata competenza nel settore della contrattualistica pubblica"* -, il codice non definisce i titoli che devono possedere i responsabili di fase.

E' chiaro però che, nel caso del responsabile di fase dell'affidamento il soggetto in parola oltre ad avere una esperienza in tema di appalti dovrà avere una preparazione soprattutto di tipo amministrativo; nel caso del responsabile della fase di programmazione/progettazione/esecuzione è indubbio che la competenza posseduta deve essere anche di tipo tecnico.

Da notare che la disposizione, nel prevedere un responsabile di fase "anche" per l'esecuzione rischia di creare qualche problema pratico operativo rispetto alle tradizionali figure che si devono occupare dell'esecuzione e del contratto e quindi del direttore dei lavori e del, tutt'altro che eventuale sulla base delle nuove disposizioni codicistiche, direttore dell'esecuzione.

Nel caso di specie sembra difficile considerare il responsabile di fase dell'esecuzione come soggetto che possa essere delegato dal RUP al coordinamento delle due figure tecniche appena citate.

D'altra parte se si ritenesse che la figura del responsabile di fase come coincidente con queste, la disposizione non pare utile.

Probabilmente il responsabile di fase dell'esecuzione, che non può essere scorporato dalla fase di programmazione e progettazione, deve ritenersi una sorta di collaboratore delle due figure sopra citate e quindi un responsabile di procedimento che può essere destinatario di compiti istruttori specifici.

La legge regionale della Sardegna, in tema di appalti, n. 8/2018 all'articolo 34, comma 16 secondo periodo precisa che *"Il responsabile del procedimento per la fase di affidamento è un dipendente con formazione in materie giuridico-amministrative, economiche o equipollenti ed elevata competenza nel settore della contrattualistica pubblica"*.

I compiti, appunto, sono di tipo istruttorio – ad eccezione del compito chiarito nell'allegato I.2, sulle attribuzioni del RUP, secondo cui se è stato nominato il responsabile di fase per l'affidamento il CIG deve essere acquisito da questo soggetto.

Annotazione non priva di rilievo stante il fatto che il processo di digitalizzazione ha "scordato" la figura in parola che, ora in via transitoria (per effetto del comunicato del Presidente dell'ANAC del 6 marzo 2024) si può profilare ma con le credenziali del RUP.

Più nel dettaglio, la comunicazione rubricata "Indicazioni di carattere transitorio sulla profilazione dei responsabili di fase nei sistemi dell'Autorità" spiega che il responsabile di fase deve profilarsi ed operare nelle piattaforme utilizzando, per il momento, il profilo del RUP.

Effettuata la profilazione, si legge ancora nel documento, *"i vari responsabili di progetto e di fase che risulteranno associati ad una determinata stazione appaltante potranno operare direttamente nei sistemi dell'Autorità, in relazione alle singole procedure di affidamento, per le fasi di rispettiva competenza"*.

La particolarità, non irrilevante, è che il responsabile di fase – semplice responsabile di procedimento *ex lege* 241/90 -, intergisce come se fosse un RUP che, ovviamente, ha ben altre prerogative avendo anche poteri decisori.

La questione è ancora più delicata visto che, ad esempio, per l'affidamento diretto per effetto della necessità di operare con le piattaforme di approvvigionamento certificate, il CIG viene acquisito dopo l'aggiudicazione (tra l'altro senza la previa verifica dei requisiti).

Come anticipato, il ruolo dei responsabili di fase è tipo istruttorio/propositivo e trattandosi di autentici responsabili di procedimento la nomina non può essere effettuata dal RUP, salvo che abbia poteri dirigenziali, ma dal dirigente/responsabile

del servizio come, del resto, previsto nella legge 241/90 dall'art. 4 e segg.

Il potere istruttorio/propositivo si risolve nella presentazione di "proposte"/soluzioni adottabili – ad esempio sulla procedura da utilizzare, nel caso del responsabile di fase per l'affidamento, rimessa ad apprezzamento del RUP – che devono essere presentate al responsabile unico del progetto.

L'adesione a dette proposte avviene sulla base dell'articolo 6, comma 1, lett. e) della legge 241/90.

La mancata adesione o scostamento dalla proposta esigerà, quindi, anche una motivazione.

Da notare che il nome del responsabile della fase dell'affidamento deve essere inserito nel bando, accanto a quello del RUP ed evidentemente, anche nell'avviso pubblico qualora, anche per la procedura negoziata sottosoglia, si sia optato per la nomina di tale figura.

In relazione alla fase pubblicistica, probabilmente, i compiti sono di più facile individuazione trattandosi di incarichi correlati alla predisposizione degli atti classici, ad esempio il disciplinare, il capitolato, la predisposizione dell'avviso pubblico, della lettera di invito.

Il responsabile di fase non può avere compiti decisori. Ma, ad esempio, secondo la giurisprudenza può predisporre la proposta di aggiudicazione efficace al dirigente/responsabile del servizio.

In questo senso, ad esempio il Tar Calabria sentenza n. 782/2023. Si ritiene che di tali affermazioni si possa dubitare visto che sulla "proposta" di aggiudicazione efficace, previamente deve essere svolto un controllo di merito e di legittimità che non può che competere al RUP.

Il RUP, eventualmente, può delegare al responsabile di fase dell'affidamento tale incombenza istruttorio ma poi dovrà farla propria per presentarla al dirigente/responsabile del servizio unico soggetto deputato a firmare visto che ha il potere di impegnare l'ente verso l'esterno (in questo senso anche l'allegato I.2).

Potrebbe, il responsabile di fase dell'affidamento, ad esempio predisporre la proposta di esclusione dalla gara per il RUP ma non adottarla direttamente.

A tal proposito si registra il recente intervento del Tar Abruzzo, con l'ordinanza n. 74/2024 che

ha ritenuto valido il provvedimento di esclusione adottato dal responsabile di fase di affidamento ma solo perché è stato ratificato dal RUP.

Analogo ragionamento deve essere espresso per il responsabile delle fasi tecniche ovvero della programmazione, progettazione ed esecuzione.

“ **Il potere istruttorio/propositivo del responsabile di fase dell'affidamento si risolve nella presentazione di "proposte"/soluzioni adottabili – ad esempio sulla procedura da utilizzare, nel caso del responsabile di fase per l'affidamento** ”

Si tratta di fasi, si pensi alla programmazione, che deve essere presidiata dal RUP che quindi può assegnare compiti di reperimento dei dati/informazioni necessarie per la predisposizione dei programmi triennali dei lavori e beni/servizi.

Più articolata la questione della progettazione, salvo considerare, ma si ritiene che possa essere escluso, il responsabile di fase come deputato a predisporre la progettazione, in realtà il responsabile del procedimento della fase può essere d'ausilio per le fasi istruttorie, ad esempio, per la validazione di competenza – entro certi limiti finanziari – del RUP.

Sull'esecuzione già si è detto, le funzioni non possono che essere qualificate come di tipo istruttorio di ausilio del direttore dei lavori o, se nominato, del direttore dell'esecuzione.

# L'applicazione del Contratto Collettivo Nazionale nel nuovo Codice dei Contratti Pubblici

di Ilenia Paziani

SOTTO  
LA  
LENTE

## Introduzione

L'articolo 1, comma 2, lett. h) della legge di delega al Governo per la redazione del Codice dei Contratti Pubblici, tra i criteri direttivi, ha previsto l'inserimento di clausole sociali volte alla tutela dei lavoratori.

In particolare, oltre ai meccanismi incentivanti per quegli operatori economici che garantiscono l'integrazione sociale e professionale di persone con disabilità e pari opportunità di genere e generazionali, tra i criteri direttivi (al punto 2) è riportata la richiesta di:

**"garantire l'applicazione dei contratti collettivi nazionali e territoriali di settore, tenendo**

**conto, in relazione all'oggetto dell'appalto e alle prestazioni da eseguire anche in maniera prevalente, di quelli stipulati dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, nonché garantire le stesse tutele economiche e normative per i lavoratori in subappalto rispetto ai dipendenti dell'appaltatore e contro il lavoro irregolare"**.

Il presente contributo è volto ad analizzare la modalità attraverso cui il nuovo Codice ha inteso garantire l'applicazione dei CCNL e quindi assicurare maggiori e adeguate tutele per i lavoratori impiegati nell'esecuzione degli appalti (e dei subappalti), pur garantendo al concorrente la libertà di organizzazione di impresa.

## 1. Il principio di applicazione dei Contratti Collettivi Nazionali: il confronto con la disciplina precedente

Le norme di riferimento contenute nel d.lgs. n. 36/2023, che recepiscono il criterio direttivo sopra esposto, sono l'articolo 11 e l'articolo 57.

L'articolo 11 del D.lgs. n.36/2023 prevede il "Principio di applicazione dei contratti collettivi nazionali di settore" e al comma 1 stabilisce che "Al personale impiegato nei lavori, servizi e forniture oggetto di appalti pubblici e concessioni **è applicato il contratto collettivo nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona** nella quale si eseguono le prestazioni di lavoro, stipulato dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente **più rappresentative** sul piano nazionale e quello il cui ambito di applicazione sia **strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto o della concessione svolta dall'impresa anche in maniera prevalente.**".

Lo stesso principio era già contemplato dal Codice previgente all'articolo 30, comma 4 ("Al personale impiegato nei lavori, servizi e forniture oggetto di appalti pubblici e concessioni è applicato il contratto collettivo nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni di lavoro stipulato dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e 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.").

Sull'applicazione di tale norma si era già consolidato un indirizzo giurisprudenziale volto a garantire un equilibrio tra tutela dei lavoratori e libertà di impresa.

In particolare, è stato di recente affermato che "L'applicazione di un determinato contratto collettivo non può essere imposta dalla lex specialis alle imprese concorrenti quale requisito di partecipazione né la mancata applicazione di questo può essere a priori sanzionata dalla stazione appaltante con l'esclusione, sicché deve negarsi in radice che l'applicazione di un determinato contratto collettivo anziché di un altro possa determinare, in sé, l'inammissibilità dell'offerta; non rientra, quindi, nella discrezionalità dell'amministrazione appaltante la facoltà di

*imporre l'applicazione di un determinato contratto collettivo nazionale di lavoro, tanto più qualora una o più tipologie di contratti collettivi possano anche solo astrattamente adattarsi alle prestazioni oggetto del servizio da affidare"* (TAR Piemonte, sez. I, 20 dicembre 2023, n. 1021).

Sulla stessa scia il Consiglio di Stato ha chiarito che "Se è riconducibile alla discrezionalità della amministrazione appaltante fissare i contenuti dei servizi da affidare mediante gara, quale aspetto caratteristico del merito amministrativo e sebbene all'interno di queste scelte si collochi anche quella dei requisiti da richiedere per l'espletamento dei servizi oggetto di una gara, tuttavia non rientra nella discrezionalità dell'amministrazione appaltante anche quella di imporre o di esigere un determinato contratto collettivo nazionale di lavoro, tanto più qualora una o più tipologie di contratti collettivi possano anche solo astrattamente adattarsi alle prestazioni oggetto del servizio da affidare (v. Cons. Stato, V, 23 luglio 2018, n. 4443)" (Cons. Stato, sez. V, 10 dicembre 2020, n.7909).

Al tempo stesso, già nella vigenza del Codice previgente era chiara la ratio della richiesta di applicazione del corretto CCNL in quanto "La corretta applicazione dei contratti collettivi conformemente alle rispettive sfere di applicabilità costituisce condizione imprescindibile per il regolare funzionamento del mercato del lavoro e per il dispiegarsi di una leale concorrenza tra imprese".

“ **L'articolo 11 del D.lgs. n.36/2023** recepisce l'orientamento giurisprudenziale formatosi sul Codice previgente e prevede l'applicazione del CCNL in vigore per il settore e la zona nel quale si eseguono le prestazioni, stipulato dalle associazioni comparativamente più rappresentative e il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto. A differenza della precedente disciplina chiede espressamente alle Stazioni Appaltanti di indicare il CCNL applicabile negli atti di gara.

Dalla corretta applicazione del CCNL discende infatti la duplice finalità di garantire, da un lato, che il personale impiegato venga adeguatamente tutelato per la parte giuridica e per quella economica; dall'altro lato, che le prestazioni oggetto della commessa siano correttamente eseguite attraverso l'impiego di lavoratori aventi profili professionali più appropriati alle prestazioni da eseguire (TAR Campania, Napoli, sez. III, 7 marzo 2023, n.1488).

Ne consegue che tali principi giurisprudenziali possono ritenersi applicabili anche alla nuova formulazione dell'articolo 11, che di fatto li ha recepiti, ribadendo l'applicazione del CCNL più rappresentativo e **strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto** (e ciò pone, come vedremo, dei limiti alla Stazione Appaltante nella scelta del CCNL da indicare), nonché la possibilità per l'operatore economico di applicare un diverso CCNL, a patto che garantisca tutele equivalenti.

Sul punto, si precisa che a differenza del Codice di cui al d.lgs. n. 50/2026, il nuovo comma 2 dell'articolo 11 richiede espressamente alle Stazioni Appaltanti di indicare *"Nei bandi e negli inviti (...) il contratto collettivo applicabile al personale dipendente impiegato nell'appalto o nella concessione, in conformità al comma 1."*

La norma prosegue precisando che *"3. Gli operatori economici **possono indicare nella propria offerta il differente contratto collettivo da essi applicato**, purché garantisca ai dipendenti le stesse tutele di quello indicato dalla stazione appaltante o dall'ente concedente."*

Ciò implica che il CCNL indicato dalla Stazione Appaltante rappresenta il nucleo di tutele minimo da garantire, ma nulla vieta all'operatore economico di applicare un diverso contratto collettivo (sul punto si tornerà nei successivi paragrafi).

L'applicazione di un contratto collettivo diverso incontra però il limite di garantire l'equivalenza delle tutele (normative ed economiche) rispetto a quelle previste dal CCNL indicato dalla Stazione Appaltante (comma 4).

Tale precisazione ha lo scopo di bilanciare da un lato la tutela del lavoratore che non deve essere inferiore a quella prevista per la categoria di lavoratori a cui è riconducibile, dall'altro lato la tutela della libertà di iniziativa economica e di organizzazione di impresa del concorrente.

Resta inteso che le medesime tutele devono essere garantite anche ai lavoratori in subappalto.

La stessa norma precisa, infine, che la dichiarazione di equivalenza viene valutata secondo i criteri previsti per la verifica dell'anomalia dell'offerta.

## **2. La scelta della Stazione Appaltante rispetto al CCNL da indicare negli atti di gara**

Come anticipato, la Stazione Appaltante ha l'obbligo di indicare negli atti di gara il CCNL applicabile all'appalto e che l'aggiudicatario è a sua volta obbligato a rispettare (lo stesso CCNL o CCNL equivalente).

Al fine di consentire alle Stazioni Appaltanti di avere a disposizione criteri utili ad individuare il corretto CCNL applicabile, la relazione ANAC al Bando tipo n. 1/2023 ha fornito alcune indicazioni pratiche.

In particolare, l'Autorità chiarisce che è innanzitutto necessaria la corretta individuazione del codice CPV (Common Procurement Vocabulary), cioè il sistema unico europeo di classificazione delle attività utilizzato per descrivere l'oggetto dei contratti da affidare.

Per l'individuazione del corretto CPV, ANAC ha redatto un apposito documento nel quale sono rinvenibili tutte le informazioni necessarie (cfr. Comunicato del Presidente del 9 maggio 2023).

L'individuazione del CPV è fondamentale, in quanto indicare un codice non congruente con la prestazione da affidare viola i principi di trasparenza e pubblicità che impongono alle stazioni appaltanti di fornire informazioni chiare e precise sulle procedure, al fine di consentire una valutazione sulla legittimità del loro operato.

Allo stesso tempo, l'indicazione di un CVP non corretto viola il principio di *par condicio*, poiché non consente a tutti gli operatori economici potenzialmente interessati di conoscere le opportunità effettivamente esistenti, con una conseguente violazione del principio di tutela della concorrenza.

L'indicazione di un CPV non coerente con l'attività oggetto dell'appalto da affidare espone dunque la Stazione Appaltante a contestazioni sul piano giudiziale, oltre a costituire uno strumento utile al

fine di individuare il CCNL applicabile allo specifico appalto.

Una volta individuata la corretta classificazione dell'attività oggetto dell'appalto tramite il CPV, ANAC ritiene che la prima operazione che la Stazione Appaltante deve effettuare sia l'individuazione del **CCNL più attinente rispetto alle all'oggetto dell'appalto e alle attività da eseguire.**

Di tale aspetto si dà conto anche nella Relazione illustrativa al Codice, la quale precisa che *"La norma dell'articolo 30, comma 4, ha cambiato il punto di riferimento per la scelta del CCNL applicabile: non più l'attività prevalente esercitata dall'impresa (come si è sempre sostenuto sulla base dell'art. 2070 del cod. civ.), ma le prestazioni strettamente connesse all'oggetto dell'appalto da eseguire"*.

Risulta dunque necessario che la Stazione Appaltante identifichi il settore di riferimento dell'attività o delle attività (in caso di suddivisione dell'appalto in più lotti) oggetto dell'appalto attraverso:

la prima lettera del codice ATECO;

- la verifica sull'archivio contratti del CNEL dei contratti collettivi applicabili all'attività oggetto dell'appalto come sopra identificata.

Tra questi ultimi la Stazione Appaltante è chiamata all'individuazione dei CCNL stipulati dalle associazioni comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, ai sensi dell'articolo 11 del Codice.

“ **La Stazione Appaltante deve indicare negli atti di gara il CCNL applicabile all'appalto, tale scelta deve tenere conto delle prestazioni oggetto dell'appalto da eseguire alle quali deve essere il più possibile attinente.** Alcuni strumenti utili sono: la corretta individuazione del CPV, **l'analisi del codice ATECO e la verifica dell'archivio dei contratti collettivi (più rappresentativi) del CNEL.** ”

La relazione al bando tipo ANAC individua tutte le fonti a cui fare riferimento per la ricerca di questi dati.

Per quanto concerne l'individuazione delle organizzazioni comparativamente più rappresentative, ANAC ricorda che il Ministero del Lavoro, anche sulla base della giurisprudenza consolidata della Corte di Cassazione, con l'interpello n. 27 del 15 dicembre 2015 aveva individuato i seguenti indici sintomatici da tenere in considerazione per l'individuazione delle organizzazioni comparativamente più rappresentative:

- numero complessivo dei lavoratori occupati;
- numero complessivo delle imprese associate;
- diffusione territoriale (numero di sedi presenti sul territorio e ambiti settoriali);
- numero dei contratti collettivi nazionali sottoscritti.

Un ulteriore elemento valido può essere rappresentato dall'esistenza di tabelle del costo del lavoro elaborate dal Ministero del Lavoro e delle politiche sociali, dal momento che tale elaborazione avviene sulla base dei CCNL ritenuti maggiormente rappresentativi in quello specifico settore economico, oppure dalla composizione del Consiglio del CNEL che, come è noto, viene periodicamente rinnovato nei suoi componenti all'esito di una attenta valutazione e comparazione dei dati raccolti sulle singole organizzazioni che chiedono di essere inserite in tale organismo. Tale parametro può essere utilizzato congiuntamente agli altri sopra individuati, quale conferma delle valutazioni effettuate.

L'Autorità, al fine di rendere più agevole le valutazioni di competenza delle stazioni appaltanti, si è inoltre impegnata a mettere a disposizione, in futuro, attraverso la Banca dati nazionale dei contratti pubblici (BDNCP), le informazioni utili a:

- costruire una correlazione tra CPV e CCNL applicato in relazione ai vari affidamenti, in modo da individuare i contratti più applicati in relazione a ciascun CPV, attraverso l'utilizzo dei dati raccolti dalla BDNCP;
- individuare il contratto applicato dagli operatori che partecipano alle gare connotate da uno specifico CPV.

Si auspica dunque che le Stazioni Appaltanti saranno via via fornite di ulteriori linee guida per l'individuazione del corretto CCNL da applicare.

### 3. L'indicazione del CCNL applicabile negli affidamenti diretti: i quesiti posti al MIT

Prima di analizzare le difficoltà che gli operatori economici stanno riscontrando nella verifica di equivalenza delle tutele del diverso CCNL, si ritiene opportuno rilevare che sono stati riscontrati dubbi interpretativi circa l'ambito di applicazione dell'articolo 11.

In particolare, sono stati di recente posti al Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti due quesiti (n. 2346 e n. 2338 del 26 febbraio 2024) concernenti l'applicabilità dell'articolo 11 agli affidamenti diretti e dunque sulla necessità che le Stazioni Appaltanti indichino, anche per gli affidamenti diretti, il CCNL applicabile oppure no.

Il dubbio interpretativo nasce dal fatto che l'articolo 11 comma 2 riferendosi espressamente a "bandi", "inviti", sembra presupporre una procedura di evidenza pubblica, da intendersi quale "procedura selettiva tramite gara fra operatori economici che, nel rispetto del diritto dell'Unione europea e della disciplina dettata dal codice, è finalizzata, attraverso la valutazione comparativa delle offerte e la selezione del contraente, all'affidamento del contratto" come definita dall'art. 3, comma 1, lett. c) dell'Allegato I.1 al D.lgs. 36/2023.

Con la conseguenza che dovrebbe ritenersi esclusa la procedura di affidamento diretto, in quanto definito come "l'affidamento del contratto senza una procedura di gara, nel quale, anche nel caso di previo interpellato di più operatori economici, la scelta è operata discrezionalmente dalla stazione appaltante o dall'ente concedente, nel rispetto dei criteri qualitativi e quantitativi di cui all'art. 50, comma 1 lettere a) e b), del codice e dei requisiti generali o speciali previsti dal medesimo codice" (art. 3, comma 1, lett. d) dell'Allegato I.1 al D.lgs. 36/2023).

Ebbene, a tale interrogativo, il MIT ha risposto in maniera negativa, affermando che **l'articolo 11 si applica anche agli affidamenti diretti**, per i quali quindi deve essere richiesta l'applicazione del CCNL in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni di lavoro, stipulato dalle associazioni più rappresentative e il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto.

Il MIT rileva infatti che in base all'art. 48, comma 4, d.lgs. 36/2023 "ai contratti di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea si applicano, se non derogate dalla presente Parte, le disposizioni del codice".

Da tale disposizione consegue la regola secondo cui ai contratti sotto-soglia europea si applicano, in primo luogo, le regole semplificadorie previste dagli artt. 48-55 d.lgs. 36/2023 e, per le sole parti non espressamente regolate, la disciplina ordinaria (prevista per gli appalti sopra-soglia) del Codice dei contratti pubblici.

“ **Le Stazioni Appaltanti devono indicare il CCNL applicabile anche negli affidamenti diretti? A parere del MIT, sì. Il principio di applicazione dei contratti collettivi nazionali di settore è un principio generale in materia di appalti pubblici, dunque applicabile anche ai contratti sotto-soglia, in quanto non espressamente derogato.** ”

Ebbene, l'articolo 11 del d.lgs. 36/2023 introduce il c.d. principio di applicazione dei contratti collettivi nazionali di settore, i quali devono essere indicati dalla stazione appaltante o dall'ente concedente nel bando di gara o negli inviti (cfr. art. 11, comma 2, d.lgs. 36/2023), seppur con facoltà per l'operatore economico di indicare, nella propria offerta, un differente CCNL che garantisca l'equivalenza delle tutele ai lavoratori dipendenti (art. 11, comma 3, d.lgs. 36/2023), che è definito dalla Relazione Illustrativa al Codice come principio generale.

Trattandosi di principio generale, il MIT ritiene che la mera mancanza di un bando o di invito di gara non possa giustificare la mancata applicazione per gli affidamenti diretti.

Il MIT si spinge al suggerire alle Stazioni Appaltanti di poter indicare il CCNL, ai sensi dell'art. 11 del d.lgs. 36/2023, per vie informali, come ad esempio nel momento in cui procede alla richiesta di preventivo all'operatore economico.

#### 4. I contratti per cui non è richiesta l'applicazione di uno specifico CCNL

Come anticipato in premessa, l'altra norma che rileva ai fini dell'applicazione di uno specifico CCNL è l'articolo 57 comma 1, il quale prevede che *"1. Per gli affidamenti dei contratti di appalto di lavori e servizi diversi da quelli aventi natura intellettuale e per i contratti di concessione 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, nonché l'applicazione dei contratti collettivi nazionali e territoriali di settore, tenendo conto, in relazione all'oggetto dell'appalto o della concessione 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 a garantire le stesse tutele economiche e normative per i lavoratori in subappalto rispetto ai dipendenti dell'appaltatore e contro il lavoro irregolare".*

Da tale norma si evince, *a contrario*, che **agli affidamenti di contratti di lavori e servizi aventi natura intellettuale non si applicano le clausole sociali, tra cui l'applicazione di uno specifico CCNL.**

Tale interpretazione poggia le basi sul combinato disposto dell'articolo 11 e 57, secondo cui l'articolo 11 costituisce enunciazione di un principio generale e l'articolo 57 rappresenta invece la declinazione pratica di tale principio.

Ne consegue che l'applicazione dei principi di cui all'articolo 11 deve ritenersi perimetrata all'ambito oggettivo individuato dall'articolo 57, il quale esclude espressamente i contratti di servizi aventi natura intellettuale.

Ciò anche in considerazione della difficoltà riscontrabili nell'individuazione di un CCNL di riferimento per i servizi aventi natura intellettuale,

nonché nell'applicazione del principio dell'equo compenso.

ANAC, nella Relazione al bando tipo n. 1/2023, precisa inoltre che la stessa esclusione deve intendersi **operante anche per le forniture senza posa in opera**, considerato che l'articolo 11 costituisce una norma volta a tutelare le condizioni dei lavoratori, appare evidente che un contratto senza impiego di manodopera non rientra in tale ambito di applicazione.

“ **Agli affidamenti di contratti di lavori e servizi aventi natura intellettuale e alle forniture senza posa in opera non si applicano le clausole sociali, tra cui la richiesta di applicazione di uno specifico CCNL.** ”

#### 5. La dichiarazione di applicazione del CCNL o di CCNL equivalente

L'aspetto più delicato della nuova disciplina codicistica risiede senza dubbio nella possibilità per il concorrente di dichiarare di applicare un CCNL diverso da quello indicato dalla Stazione Appaltante nella legge di gara.

Ed infatti, come anticipato, qualora l'appaltatore applichi un CCNL diverso da quello indicato dalla Stazione Appaltante, deve *"indicare nella propria offerta il differente contratto collettivo da essi applicato, purché garantisca ai dipendenti le stesse tutele di quello indicato dalla stazione appaltante o dall'ente concedente"* (art. 11, comma 3).

Tale dichiarazione è richiesta a tutti i concorrenti in sede di presentazione della domanda di partecipazione.

È invece solo prima dell'aggiudicazione che *"le stazioni appaltanti e gli enti concedenti **acquisiscono la dichiarazione con la quale l'operatore economico individuato si impegna ad applicare il contratto collettivo nazionale e territoriale indicato nell'esecuzione delle prestazioni oggetto del contratto per tutta la sua durata, ovvero la dichiarazione di equivalenza delle tutele**. In quest'ultimo caso, la dichiarazione è anche verificata con le modalità di cui all'articolo 110."* (art. 11, comma 4).

“ **In sede di gara, i concorrenti devono dichiarare di applicare il CCNL indicato dalla Stazione Appaltante o il diverso CCNL purché garantisca tutele equivalenti. La dichiarazione di equivalenza delle tutele è richiesta all'aggiudicatario.** ”

Tuttavia, può capitare che le Stazioni Appaltanti, già in una fase precedente all'aggiudicazione, chiedano giustificazioni concernenti l'applicazione di un CCNL diverso.

Ciò può accadere nel caso in cui l'offerta presentata sia sospetta di anomalia, in quanto, come chiarito dal comma 4, non sono ammesse giustificazioni in relazione a trattamenti salariali minimi inderogabili e agli oneri di sicurezza.

In concreto, dunque, la Stazione Appaltante valuterà la veridicità della dichiarazione di equivalenza dell'aggiudicatario, secondo i parametri di cui all'articolo 110 del Codice, sulla verifica di congruità dell'offerta.

Ciò implica quindi che gli operatori economici (anche non aggiudicatari), già in sede di verifica dell'anomalia, potrebbero essere chiamati a giustificare l'eventuale ribasso offerto sul costo della manodopera e le relative giustificazioni potrebbero riguardare anche l'applicazione di un contratto collettivo diverso rispetto a quello individuato dalla stazione appaltante.

In questo caso, quindi, necessariamente, la valutazione di equivalenza delle tutele andrebbe **anticipata rispetto al momento dell'aggiudicazione.**

Occorre inoltre tenere presente che, qualora il concorrente applichi un contratto collettivo diverso da quello indicato dalla Stazione Appaltante, è comunque necessario (o quanto meno auspicabile) che prima di partecipare alla gara il concorrente abbia valutato se il proprio CCNL garantisce tutele equivalenti rispetto a quello indicato dalla Stazione Appaltante.

Ed infatti, come visto, già in sede di gara è chiesto al concorrente di indicare il diverso CCNL applicato,

sul presupposto che garantisca tutele equivalenti.

Ne consegue che è certamente opportuno che il concorrente che dichiara di applicare un diverso CCNL, abbia prima verificato che quest'ultimo garantisca tutele giuridiche ed economiche equivalenti a quelle del CCNL indicato dalla Stazione Appaltante.

In altri termini, la dichiarazione richiesta in gara presuppone una preventiva valutazione interna dell'operatore economico, in quanto, qualora la dichiarazione di equivalenza dovesse, in caso di aggiudicazione (o prima), non essere ritenuta veritiera, non si può escludere che il concorrente possa incorrere nella contestazione di una falsa dichiarazione, con tutte le conseguenze sul rilascio di false dichiarazioni in sede di gara.

#### **6. Modalità di redazione della dichiarazione di equivalenza (Relazione ANAC bando tipo e circolare Ispettorato)**

Ma quali sono i parametri da valutare per verificare se due diversi CCNL garantiscono tutele equivalenti?

Trattandosi di una norma nuova, pare opportuno fare riferimento innanzitutto alle indicazioni contenute nella Relazione al bando tipo n. 1/2023 di ANAC, nella quale vengono fornite indicazioni molto utili nella redazione della dichiarazione di equivalenza delle tutele in caso di applicazione di un CCNL diverso da quello indicato dalla Stazione Appaltante.

La dichiarazione di equivalenza deve dimostrare che il diverso CCNL adottato, al di là del *nomen iuris*, garantisce tutele economiche e normative equiparabili.

“ **La dichiarazione di equivalenza delle tutele economiche e normative deve essere redatta e valutata nell'ottica di dimostrare che il diverso CCNL adottato, al di là del nomen iuris, garantisce tutele economiche e normative equiparabili.** ”

Al riguardo, ANAC ritiene che le Stazioni Appaltanti possano trarre utili elementi di riferimento dalle indicazioni fornite dall'Ispettorato Nazionale del Lavoro con la Circolare n. 2 del 28 luglio 2020.

ANAC è giunta alle indicazioni riportate nella Relazione a seguito di un confronto con il Ministero del Lavoro, l'Ispettorato Nazionale del Lavoro, il CNEL, l'INPS, CGIL, CISL e UIL, nonché sulla base delle osservazioni pervenute in sede di consultazione.

È intenzione di ANAC continuare l'approfondimento delle questioni sollevate, sia per fornire un supporto alle Stazioni Appaltanti nella valutazione delle dichiarazioni di equivalenza, sia per accompagnare gli operatori economici nella predisposizione di tali dichiarazioni, al fine di comprendere, già in fase di presentazione dell'offerta, quali tutele devono essere garantite e compiere le scelte conseguenti.

Il primo elemento che tanto le Stazioni Appaltanti, quanto i concorrenti devono tenere bene a mente è che l'obiettivo che il legislatore ha inteso perseguire con l'articolo 11 (in attuazione della legge delega) è quello di evitare che il ricorso a CCNL meno tutelanti per il lavoratore sia utilizzato per massimizzare il ribasso che il concorrente è tenuto ad offrire in gara. Ciò a discapito, non solo dei lavoratori, ma anche in violazione dei principi di concorrenza propri delle procedure ad evidenza pubblica.

“ **La ratio dell'articolo 11 è quella di evitare che il ricorso a CCNL meno tutelanti per il lavoratore sia utilizzato per massimizzare il ribasso che il concorrente è tenuto ad offrire in gara, a discapito sia dei lavoratori, che dei principi di concorrenza e par condicio.** ”

Di conseguenza, in primo luogo, il concorrente è tenuto a verificare che il CCNL applicato sia relativo a lavorazioni coerenti rispetto a quelle oggetto dell'appalto.

Tale valutazione può essere effettuata anche attraverso gli strumenti che ANAC indica alle Stazioni Appaltanti per l'individuazione del CCNL da indicare negli atti di gara (cfr. par. 3).

Il secondo step consiste nella valutazione delle tutele economiche e normative garantite dal CCNL indicato negli atti di gara e quello applicato dal concorrente.

Al riguardo, ANAC ritiene che le Stazioni Appaltanti, nella valutazione, e i concorrenti, nella redazione, possano trarre utili elementi di riferimento dalle indicazioni fornite dall'Ispettorato Nazionale del Lavoro con la Circolare n. 2 del 28 luglio 2020.

In particolare, ANAC suggerisce di effettuare la valutazione dell'equivalenza economica dei contratti, prendendo a riferimento le componenti fisse della retribuzione globale annua costituite dalle seguenti voci:

- retribuzione tabellare annuale;
- indennità di contingenza;
- Elemento Distinto della Retribuzione – EDR - a cui vanno sommate le eventuali mensilità aggiuntive (tredicesima e quattordicesima), nonché ulteriori indennità previste.

Successivamente, è necessario procedere alla valutazione di equivalenza delle tutele normative attraverso i seguenti parametri di riferimento:

- la disciplina concernente il lavoro supplementare e le clausole elastiche nel part-time;
- la disciplina del lavoro straordinario, con particolare riferimento ai suoi limiti massimi, con l'avvertenza che solo il CCNL leader può individuare ore annuali di straordinario superiori alle 250. Lo stesso non possono fare i CCNL sottoscritti da soggetti privi del requisito della maggiore rappresentatività;
- la disciplina compensativa delle ex festività soppresse, che normalmente avviene attraverso il riconoscimento di permessi individuali;
- la durata del periodo di prova;
- la durata del periodo di preavviso;
- durata del periodo di comporta in caso di malattia e infortunio;
- malattia e infortunio, con particolare riferimento al riconoscimento di un'eventuale integrazione delle relative indennità;
- maternità ed eventuale riconoscimento di un'integrazione della relativa indennità per astensione obbligatoria e facoltativa;
- monte ore di permessi retribuiti;
- bilateralità;
- previdenza integrativa;
- sanità integrativa.

In fase di aggiudicazione (o nella fase precedente, qualora sia richiesto), il concorrente, come specificato nella relazione al bando tipo n.1, dovrà rendersi disponibile anche a mettere a disposizione i dati relativi al trattamento giuridico ed economico dei lavoratori addetti all'affidamento.

ANAC precisa che la Stazione Appaltante può ritenere sussistente l'equivalenza in caso di scostamenti marginali in un numero limitato di parametri.

Sul punto, si evidenzia che per l'indicazione degli indici da tenere in considerazione si può fare riferimento alla Circolare dell'INL la quale individua un primo elenco di nove istituti sui quali effettuare la verifica di equivalenza dei trattamenti normativi, ritenendo ammissibile lo scostamento limitato ad un solo parametro.

ANAC ritiene che, considerato che l'elenco proposto dall'INL è più ampio, si può ritenere ammissibile, di regola, uno scostamento limitato a soli due parametri.

Tuttavia, vale la pena precisare che, la valutazione di equivalenza delle tutele non può ridursi alla identità della retribuzione o di altri indici contrattuali, in quanto questo implicherebbe l'applicazione imposta di un CCNL unico (che appare contrario al consolidato orientamento giurisprudenziale formatosi sul Codice previgente).

Nella valutazione (e nella redazione) della dichiarazione di equivalenza delle tutele è invece necessario tenere conto del fatto che la valutazione deve essere effettuata in concreto, e soprattutto deve trattarsi di una **valutazione complessiva**.

La modalità in cui la valutazione di equivalenza sarà in concreto effettuata dalle Stazioni Appaltanti costituisce un aspetto di fondamentale importanza in quanto le conseguenze del mancato superamento della verifica delle tutele equivalenti consistono nell'esclusione dalla procedura ai sensi dell'art. 110, co. 5, lett. a), e dell'art. 107, co. 2, del d.lgs. 36/2023.



# Scopri i nostri corsi in Project Management

**Mediaconsult, con il coordinamento scientifico dell'Istituto Italiano di Project Management (ISIPM), propone una serie di corsi per diffondere la cultura del Project Management all'interno delle P.A.**

Oggi le P.A. sono chiamate a gestire progetti complessi come quelli scaturenti dai fondi del PNRR.

Sono richiesti approccio manageriale, controllo di risorse e tempi, standard di qualità, al fine di rendere quegli investimenti efficaci ed efficienti.

Tutti questi elementi sono esattamente alla base delle metodologie del PM.

Il relatore dei nostri corsi è l'**Ing. Biagio Tramontana**, Project Manager professionista con oltre 20 anni di esperienza nel settore, Vice Presidente ISIPM, Docente Master Accreditato dall'Istituto e brillantissimo formatore.

## Corso base di Project Management (ISIPM - Base®)

**Webinar, 6 incontri.**

Date delle lezioni: 27 Maggio - 3, 10, 17, 24 Giugno - 1 Luglio

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

**Webinar, 8 incontri.**

Date delle lezioni: 10, 17, 24, 31 Maggio - 07, 14, 21, 28 Giugno

## I principi Project Management

**Webinar**

Data della lezione: 10 Giugno



☎ 0883.310504

☎ 351.7044035

✉ info@mediaconsult.it

🌐 mediaconsult.it

in collaborazione con:



# Il «Principio guida della fiducia» e il grave illecito professionale: nota a TAR Sardegna – Cagliari, sez. I, 11 marzo 2024, n. 204.

di Adriana Presti

IL  
PUN  
TO

## 1. L'oggetto di giudizio

La controversia ha ad oggetto l'esclusione di due distinti operatori economici da una procedura negoziata telematica, indetta nella vigenza del nuovo Codice Appalti di cui al d.lgs. n. 36 del 2023 per l'affidamento di un accordo quadro per la realizzazione di lavori di manutenzione, a seguito ed in ragione della risoluzione contrattuale di un identico accordo quadro disposta dalla stazione appaltante (anche "S.A.") nei confronti degli stessi operatori economici in RTI.

Qualche parola in più sul contesto fattuale è necessaria, dato che la vicenda affonda le proprie radici nei pregressi rapporti contrattuali tra le medesime parti.

I due operatori economici in RTI, nel corso dell'esecuzione della precedente e speculare commessa con la medesima S.A., avevano adito il giudice ordinario per far valere le proprie pretese creditorie, stante il ritardo della S.A. nella contabilizzazione e nella conseguente liquidazione dei compensi dovuti. Il RTI, a fronte del rinnovo anticipato della commessa per esaurimento dell'importo contrattuale disponibile, non aveva, poi, accettato i successivi ordini di intervento.

La S.A. aveva disposto, pertanto, la risoluzione in danno del rapporto contrattuale e il RTI aveva contestato, nell'ambito del procedimento già incardinato presso il g.o. di cui si è detto, anche la risoluzione medio tempore disposta.

Nonostante, l'avvenuta risoluzione dell'appalto di lavori di che trattavasi, la stazione appaltante non aveva però disposto la cancellazione dei due operatori economici dal Sistema di Qualificazione interno per l'affidamento degli appalti. Con la conseguenza che entrambi, invitati ad una serie di analoghe procedure, si aggiudicavano alcune di esse.

Tra la S.A. e le due società escluse intercorrevano nel frattempo trattative per comporre bonariamente la insorta controversia giudiziale.

In tale contesto, la Commissione di gara e il RUP, dopo aver ritenuto dapprima irrilevante la pregressa risoluzione, naufragate le trattative, escludevano dalla procedura entrambe le concorrenti collocatesi prime e seconde in graduatoria.

Con due distinti ricorsi le concorrenti escluse avversavano, sotto più profili, il provvedimento di esclusione.

## 2. Il quadro normativo

Ai sensi dell'articolo 95, comma 1, lettera e) del d.lgs. n. 36/2023, la stazione appaltante esclude dalla partecipazione alla procedura un operatore economico qualora accerta che l'offerente ha commesso un illecito professionale grave, tale da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità, dimostrato dalla stazione appaltante con mezzi adeguati. La disposizione si cura poi di specificare che all'articolo 98 sono indicati, in modo tassativo, i gravi illeciti professionali, nonché i mezzi adeguati a dimostrare i medesimi.

Come noto, l'articolo 98 al comma 2 prescrive quali sono le condizioni indispensabili perché la stazione appaltante possa disporre l'esclusione (non automatica) di un operatore economico al verificarsi di un evento tra quelli descritti nei successivi commi.

In specie, l'esclusione di un operatore economico ai sensi dell'articolo 95, comma 1, lettera e) è disposta e comunicata dalla stazione appaltante quando ricorrono tutte le seguenti condizioni:

- a) elementi sufficienti ad integrare il grave illecito professionale;
- b) idoneità del grave illecito professionale ad incidere sull'affidabilità e integrità dell'operatore;
- c) adeguati mezzi di prova di cui al comma 6.

La disposizione chiarisce e procedimentalizza l'esercizio del potere discrezionale che la stazione appaltante è chiamata ad esercitare. Tanto è vero che:

- al successivo comma 3 è demandata la definizione degli elementi al ricorrere dei quali si può desumere l'illecito professionale grave;
- i commi 4 e 5 delimitano il parametro di gravità della valutazione di affidabilità e integrità dell'operatore;
- il comma 6 indica i mezzi di prova adeguati in relazione agli elementi che possono integrare l'illecito professionale grave di cui al predetto comma 3.

Per quel che qui rileva, stando alla **lettera c) del comma 3 dell'articolo 98**, l'illecito professionale può desumersi dalla condotta dell'operatore economico che abbia dimostrato significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente

contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione per inadempimento oppure la condanna al risarcimento del danno o altre sanzioni comparabili, derivanti da inadempienze particolarmente gravi o la cui ripetizione sia indice di una persistente carenza professionale.

Il successivo **comma 4 dell'articolo 98** stabilisce che nella valutazione di gravità si deve tener conto del "bene giuridico" e della entità della lesione inferta dalla condotta integrante uno degli elementi di cui al comma 3 e del tempo trascorso dalla violazione, anche in relazione a modifiche intervenute nel frattempo nell'organizzazione dell'impresa.

A mente poi del combinato disposto di cui alla **lettera c) del comma 3 e della lettera c) del comma 6 dell'articolo 98**, costituiscono mezzi di prova adeguati la "*intervenuta risoluzione per inadempimento o la condanna al risarcimento del danno o ad altre conseguenze comparabili*".

## 3. La decisione del TAR Sardegna

Il TAR Sardegna, dopo aver sinteticamente tracciato il quadro normativo, ha ritenuto legittima l'esclusione disposta dalla S.A. in ragione della risoluzione in danno disposta a carico delle ricorrenti, esecutrici dell'analoga commessa.

Nel fare ciò, il Collegio ha fornito un'analisi della natura del potere dell'amministrazione circa la valutazione di idoneità dell'illecito professionale ad incidere sull'affidabilità dell'operatore economico, sulla quale è utile soffermarsi.

Secondo il Collegio, in continuità con gli approdi giurisprudenziali maturati nella vigenza del vecchio Codice dei contratti pubblici, l'esclusione conseguente alla valutazione di inaffidabilità dell'operatore, dovuta alla commissione di gravi illeciti professionali, **è una sanzione la cui operatività, lungi dall'essere rimessa a rigidi automatismi, è piuttosto legata alla valutazione discrezionale della stazione appaltante.**

Sotto questo profilo il nuovo Codice, come si è detto infra, dispone, all'art. 98, comma 4, che "*la valutazione di gravità tiene conto del bene giuridico e dell'entità della lesione inferta dalla condotta integrante uno degli elementi di cui al comma 3 e del tempo trascorso dalla violazione*", e all'art. 98, comma 7, circa i mezzi di prova di cui

al comma 6, prevede che l'amministrazione motiva *"sulla ritenuta idoneità dei medesimi a incidere sull'affidabilità e sull'integrità dell'offerente; l'eventuale impugnazione dei medesimi è considerata nell'ambito della valutazione volta a verificare la sussistenza della causa escludente"*.

Tali indicazioni costituiscono, evidentemente, in senso innovativo, i **parametri esterni di valutazione della legittimità dell'esercizio del potere discrezionale** della stazione appaltante per come esternato nella motivazione.

Non pare inutile evidenziare che, in relazione al sindacato giurisdizionale sulla valutazione di inaffidabilità si è di recente ribadito che è la stazione appaltante a fissare il punto di rottura dell'affidamento nel pregresso o futuro contraente perché è ad essa che è rimesso il potere di apprezzamento delle condotte dell'operatore economico che possono integrare un grave illecito professionale (Cons. Stato, sez. V, 23 febbraio 2024, n. 1804). Come noto, rispetto a tale valutazione, il sindacato del giudice amministrativo è circoscritto al rilievo di evidenti e macroscopici vizi di illogicità, contraddittorietà, erroneità e irragionevolezza della ridetta valutazione (Cons. Stato, sez. VI, 29 novembre 2022, n. 10483).

Detto ciò, di particolare rilievo è l'affermazione del Collegio secondo cui la valutazione di inaffidabilità di un operatore economico **si colora di particolare pregnanza** nella vigenza del nuovo Codice dei Contratti. Infatti, sotto il profilo semantico, il concetto stesso di "affidabilità" si predica riguardo a qualcuno che sia meritevole di "fiducia", riflettendosi questo aspetto, perciò, sotto il profilo giuridico, nella lettura e interpretazione dell'art. 98 del Codice **alla luce del generale «Principio della fiducia»**, introdotto all'art. 2 del Codice, con particolare riferimento al comma 2, ove si dispone che *"il principio della fiducia favorisce e valorizza l'iniziativa e l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici, con particolare riferimento alle valutazioni e alle scelte per l'acquisizione e l'esecuzione delle prestazioni secondo il principio del risultato"*.

Secondo il TAR Sardegna, in coerenza con la funzione interpretativa del principio in parola – sancita dall'art. 4 del Codice secondo cui *"le disposizioni del codice si interpretano e si applicano in base ai principi di cui agli articoli 1, 2 e 3"* -, ne esce rafforzata l'autonomia decisionale dell'ente in relazione all'esercizio del potere di esclusione dell'operatore economico per inaffidabilità, profilo

questo che impinge proprio e direttamente nel rapporto di fiducia che deve necessariamente intercorrere tra stazione appaltante e appaltatore.

“ **La funzione interpretativa del «Principio guida della fiducia» implica un rafforzamento della autonomia decisionale della S.A. in relazione all'esercizio del potere di esclusione dell'operatore economico per inaffidabilità, profilo questo che impinge proprio e direttamente nel rapporto di fiducia che deve necessariamente intercorrere tra stazione appaltante e appaltatore.** ”

L'interpretazione ora esposta, ad avviso del Collegio, individua perciò, rispetto all'esclusione per grave illecito professionale ex artt. 95 e 98 del Codice, il corretto punto di caduta tra il nuovo principio guida della fiducia, che porta a valorizzare l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici e afferma una regola chiara: **ogni stazione appaltante** ha la responsabilità delle gare e deve svolgerle non solo rispettando la legalità formale, ma tenendo sempre presente che ogni gara è funzionale a realizzare un'opera pubblica (o ad acquisire servizi e forniture) **nel modo più rispondente agli interessi della collettività**.

**Trattasi quindi di un principio che amplia i poteri valutativi e la discrezionalità della p.a., in chiave di funzionalizzazione verso il miglior risultato possibile**", e la circostanza per cui "tale "fiducia", tuttavia, non può tradursi nella legittimazione di scelte discrezionali che tradiscono l'interesse pubblico sotteso ad una gara, le quali, invece, dovrebbero in ogni caso tendere al suo miglior soddisfacimento" (cfr. TAR Sicilia, Catania, sez. III, 12 dicembre 2023, n. 3738).

Il Collegio ha ritenuto di non ravvisare alcuna contraddittorietà estrinseca nell'operato della S.A., essendo, ai fini della disposta esclusione, ininfluenza la mancata cancellazione delle ricorrenti dal sistema di qualificazioni interno e l'avvenuta aggiudicazione di lavori simili (se non addirittura identici) a quelli oggetto di causa.

“ **Il «Principio guida della fiducia» amplia i poteri valutativi e la discrezionalità della p.a., in chiave di funzionalizzazione verso il miglior risultato possibile** ”

A tal riguardo il TAR non ha mancato di rammentare che la figura sintomatica della contraddittorietà c.d. estrinseca - predicabile con riguardo ad atti differenti, in contrapposizione a quella intrinseca, configurabile solo tra le diverse parti di un medesimo atto - è riscontrabile secondo la giurisprudenza del giudice amministrativo solo allorché sussista, tra più atti successivi **di un medesimo procedimento**, un contrasto inconciliabile tale da far dubitare su quale sia l'effettiva volontà dell'Amministrazione; non sussiste invece tra atti di distinti ed autonomi procedimenti quando si tratti di provvedimenti che, pur riguardanti lo stesso oggetto, siano stati, come nel caso di specie, adottati all'esito di procedimenti indipendenti e ad intervalli di tempo l'uno dall'altro (Cons. Stato, Sez. V, 7 febbraio 2018, n. 806). In altre parole, occorre *"un contrasto fra più manifestazioni di volontà da parte della stessa amministrazione, nell'esercizio del medesimo potere, con valutazioni tra loro incompatibili, la cui diversità non è giustificabile in base al principio della coerenza logica"* (Cons. Stato, Sez. II, 21 settembre 2023, n. 8455).

“ **La valutazione di affidabilità dell'operatore, infatti, deve essere necessariamente apprezzata al lume della specifica procedura, dell'oggetto, delle condizioni e del luogo di esecuzione della commessa, cosicché è ben possibile che un medesimo episodio venga diversamente valutato a seconda del contesto di riferimento.** ”

Rispetto al caso di specie il TAR non ha ritenuto riscontrabili i presupposti richiamati stante la asserita diversità del potere in concreto esercitato dalla S.A. e il distinto oggetto delle valutazioni espresse in relazione alle singole e differenti procedure di gara.

La valutazione di affidabilità dell'operatore economico, infatti, deve essere necessariamente apprezzata al lume della specifica procedura, dell'oggetto, delle condizioni e del luogo di esecuzione della commessa, cosicché è ben possibile che un medesimo episodio venga diversamente valutato a seconda del contesto di riferimento.

Il TAR, avuto riguardo anche alla particolare pregnanza del principio guida, ha quindi ritenuto immune dai vizi dedotti la motivazione di esclusione adottata dalla stazione appaltante a sostegno della esclusione, posto che: (i) la S.A., ai sensi dell'art. 98, comma 3, lett. c), ha posto a fondamento dell'esclusione le condotte delle ricorrenti, allora in RTI, in ordine al rifiuto serbato dallo stesso di eseguire nuovi e diversi ordini di servizi; (ii) la S.A. ha evidenziato che la condotta del RTI lede(va) una molteplicità di beni giuridici tutelati dall'ordinamento ed in specie del principio di buona fede, il quale sorregge i rapporti tra Stazione Appaltante e appaltatore, anche (e soprattutto) in sede di esecuzione della commessa pubblica.

Sotto il profilo pubblicistico, tra i beni lesi dalla medesima condotta, risulta(va)no esservi quello della solidarietà sociale sottesa al principio di buona fede nonché quelli afferenti agli interessi pubblici che governano la legislazione sugli appalti pubblici.

Secondo il TAR la motivazione del provvedimento di esclusione sottende una valutazione plausibile e scevra da profili di irragionevolezza in ordine all'integrità e affidabilità dell'operatore, ancorata a dati fattuali oggettivi, come tali idonei a superare le contestazioni mosse, fondate sulla pretestuosità dell'esclusione.

In tal senso infatti, la motivazione è conforme alle prescrizioni dell'art. 98 del Codice, poiché individua chiaramente le condotte addebitate all'operatore economico e il provvedimento di risoluzione del precedente contratto che ne è conseguito quale mezzo di prova adeguato ex lege.

In proposito, la decisione della S.A. di esclusione è maturata proprio con riguardo alla gara indetta per il completamento dei lavori rimasti incompiuti a seguito della risoluzione del precedente contratto e nel medesimo contesto territoriale in cui i precedenti erano stati interrotti.

Del resto, secondo il Collegio, la precedente risoluzione del contratto che ha interessato le ricorrenti ha riguardato i medesimi lavori e il medesimo ambito territoriale, ponendosi perciò tale risoluzione quale antecedente logico che ha dato origine alla nuova procedura negoziata, nella quale le ricorrenti sono state escluse.

“ **Ciò che va valutato è la consistenza della motivazione sottesa all'esercizio del potere escludente.** ”

Da ciò l'idoneità della risoluzione a incidere sull'affidabilità dell'impresa (art. 98, comma 6), ravvisandosi una situazione fattuale che, ragionevolmente, ha portato la stazione appaltante ad escludere di affidare il nuovo medesimo appalto, rispetto al precedente interrottosi per effetto della risoluzione, al medesimo appaltatore nei cui confronti tale risoluzione era stata dichiarata.

#### 4. Considerazioni conclusive

Il nuovo impianto codicistico adottato in materia con il d.lgs. n. 36 del 2023 erge, tra i suoi capisaldi, il c.d. principio della fiducia, introdotto dall'art. 2 del nuovo Codice con il preciso fine di valorizzare l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici, con particolare riferimento alle valutazioni e alle scelte per l'acquisizione e l'esecuzione delle prestazioni oggetto di gara.

Tale **super principio o principio-guida**, come confermato anche dalla pronuncia in esame, **amplia i poteri valutativi e la discrezionalità della p.a.**, in chiave di funzionalizzazione verso il miglior risultato possibile e delimita – con maggior forza rispetto al passato – il perimetro della discrezionalità amministrativa sottoposta al vaglio dell'Autorità giurisdizionale.

Ogni stazione appaltante ha invero la responsabilità delle gare e deve svolgerle non solo rispettando la legalità formale, ma tenendo sempre presente che ogni gara è funzionale a realizzare un'opera pubblica (o ad acquisire servizi e forniture) nel modo più rispondente agli interessi della collettività.

Proprio il perseguimento di tale interesse pubblico costituisce il "risultato" cui deve tendere l'appalto, rappresentando, come previsto dall'art. 1 del predetto d.lgs. 36 del 2023, il "*criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale*". Il risultato che l'amministrazione deve perseguire, invero, deve essere "*virtuoso*", risultando tale quello che possa portare a diminuire i costi di un servizio assicurando allo stesso tempo l'accrescimento della qualità e della produttività.

La discrezionalità dell'amministrazione, avuto riguardo al principio guida della fiducia, è in conclusione particolarmente pregnante, ferme restando le declinazioni specifiche dettate dall'articolo 98, disposizione che circoscrive le fattispecie rilevanti di illecito professionale, i mezzi di prova adeguati e gli oneri motivazionali, con richiamo agli elementi specifici, cui è tenuta l'amministrazione, oltre che ai principi generali di logicità e congruità.

“ **Il principio della fiducia amplia i poteri valutativi e la discrezionalità della p.a., in chiave di funzionalizzazione verso il miglior risultato possibile, senza tuttavia tradursi nella legittimazione di scelte discrezionali che tradiscono l'interesse pubblico sotteso ad una gara, le quali, invece, dovrebbero in ogni caso tendere al suo miglior soddisfacimento.** ”

In tale contesto, il sindacato consentito al giudice amministrativo non concerne la condivisibilità o meno del giudizio discrezionale espresso dall'amministrazione, bensì si incentra sulla relativa motivazione, e segnatamente sulla sua idoneità a sorreggere la determinazione finale, sotto il profilo della ragionevolezza e della idoneità delle argomentazioni esposte dalla S.A. (Cons. Stato, Sez. V, 7 febbraio 2022, n. 845).

# La qualificazione dei consorzi stabili nel nuovo Codice: il «cumulo alla rinfusa»

di Francesca Scura

IL  
PUN  
TO

## Premesse

La qualificazione dei consorzi stabili è stata oggetto, negli anni, di orientamenti oscillanti della giurisprudenza, che il nuovo Codice dei contratti pubblici ha tentato di comporre. Il tema è stato affrontato in alcune recenti sentenze del Consiglio di Stato con particolare riferimento al principio del «cumulo alla rinfusa», che consente al consorzio stabile di sommare i requisiti di qualificazione posseduti dalle singole consorziate per la partecipazione alle gare.

Il nuovo Codice, difatti, da un lato, con l'art. 225, comma 13, ha fornito l'interpretazione autentica dell'art. 47 del Codice precedente, in tema di cumulo alla rinfusa, dall'altro ha conferito una portata più ampia al principio stesso nel senso di ammettere tale meccanismo in via generalizzata e bidirezionale, anche nell'ipotesi in cui il consorzio sia in possesso dei requisiti ma non anche la consorziata indicata come esecutrice.

## 1. Il consorzio stabile

I consorzi stabili rappresentano una particolare categoria di consorzi disciplinata dal codice civile e sono soggetti sia alla disciplina generale dettata dallo stesso codice, sia a quella speciale dettata dal codice dei contratti pubblici.

Si tratta di consorzi costituiti tra almeno tre imprese, che abbiano stabilito di operare in modo congiunto nel settore dei contratti pubblici per un periodo non inferiore a cinque anni, istituendo a tale fine una comune struttura di impresa.

Il consorzio stabile è disciplinato all'art. 65 comma 2 lett. d) del d.lgs. n. 36 del 2023 ("Codice") nell'ambito degli operatori economici ammessi a partecipare alle procedure di affidamento degli appalti pubblici<sup>1</sup>.

La qualificazione di tali soggetti è invece disciplinata all'art. 67 e nell'emanando regolamento sulla

---

1. Ai sensi di tale norma sono operatori economici «d) i consorzi stabili, costituiti anche in forma di società consortili ai sensi dell'articolo 2615-ter del codice civile, tra imprenditori individuali, anche artigiani, società commerciali, società cooperative di produzione e lavoro; i consorzi stabili sono formati da non meno di tre consorziati che, con decisione assunta dai rispettivi organi deliberativi, abbiano stabilito di operare in modo congiunto nel settore dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture per un periodo di tempo non inferiore a cinque anni, istituendo a tal fine una comune struttura di impresa;».

qualificazione degli operatori economici di cui all'art. 100 del Codice.

Il Codice chiarisce che i consorzi stabili possano eseguire le prestazioni o con la propria struttura o tramite i consorziati indicati in sede di gara, precisando che, in questo secondo caso, non si configura subappalto e resta ferma la responsabilità solidale nei confronti della stazione appaltante.

Il Codice prevede inoltre che la partecipazione alla gara in qualsiasi altra forma da parte del consorzio designato dal consorzio offerente determini l'esclusione dello stesso consorzio se sussistono rilevanti indizi tali da far ritenere che le offerte degli operatori economici siano imputabili ad un unico centro decisionale in ragione di accordi intercorsi e sempre che il consorzio non dimostri che la circostanza non ha influito sulla gara, né è idonea a incidere sulla capacità di rispettare gli obblighi contrattuali.

Il consorzio stabile è stato introdotto nel nostro ordinamento dall'art. 10, comma 1, lett. c), L. 10 febbraio 1994, n. 109, allo scopo di tipizzare normativamente il fenomeno della cooperazione tra imprese nell'esecuzione di commesse pubbliche, insieme alle ATI.

L'istituto si colloca invero nel più ampio fenomeno della partecipazione aggregata alle procedure di evidenza pubblica, secondo i principi del *favor participationis* e della neutralità delle forme giuridiche dei soggetti partecipanti alla procedura di gara posti dalla legislazione prima comunitaria e poi eurounitaria.

La giurisprudenza definisce i consorzi stabili come aggregazioni durevoli di soggetti che nascono da un'esigenza di cooperazione ed assistenza

reciproca e, operando come un'unica impresa, si accreditano all'esterno come soggetto distinto.

L'elemento qualificante dei consorzi stabili è la comune struttura di impresa da intendersi quale azienda consortile utile ad eseguire in proprio, ossia senza l'ausilio necessario delle strutture imprenditoriali delle consorziate, le prestazioni affidate a mezzo del contratto<sup>2</sup>.

Come sottolineato dalla giurisprudenza, sia amministrativa che di legittimità, la circostanza che il consorzio stabile costituisca un autonomo soggetto di diritto dotato di autonoma qualificazione e di un patrimonio autonomo (come si desume dalla previsione concernente la responsabilità solidale verso la stazione appaltante) differenzia nettamente le consorziate del consorzio stabile dalle imprese mandanti dei raggruppamenti temporanei di imprese, questi ultimi privi di personalità giuridica autonoma<sup>3</sup>.

La Corte di Cassazione, non a caso, ha qualificato i consorzi stabili come enti collettivi dotati di autonomia soggettiva, organizzativa e patrimoniale rispetto alle imprese consorziate, sicché è il consorzio l'unico soggetto legittimato ad agire nei confronti del committente e titolare delle somme riscosse in esecuzione del contratto (sentenza n. 1192 del 2018).

Difatti il consorzio stabile è il (solo) soggetto che domanda di essere ammesso alla procedura di gara e che stipula il contratto con l'amministrazione in nome proprio, anche se per conto delle consorziate; ed è il consorzio ad essere responsabile dell'esecuzione delle prestazioni anche quando per la loro esecuzione si avvale delle imprese consorziate (le quali comunque rispondono solidalmente al consorzio per l'esecuzione).

---

2. Cfr. Adunanza Plenaria 18 marzo 2021, n. 5; Cons. Stato, sez. VI, 13 ottobre 2020, n. 6165; Cons. Stato, sez. III, 4.2.2019, n. 865; Cons. Stato, sez. V, 17.1.2018, n. 276.

3. I giudici di legittimità precisano che nel consorzio stabile tra consorzio e consorziate non vi è un rapporto di mandato, atteso che «Il vincolo in forza del quale le consorziate provvedono a dare esecuzione al contratto stipulato non si giustifica, sotto il profilo negoziale, nell'assegnazione che non può essere considerata un contratto (e quindi né un subappalto né un mandato), ma solo un atto unilaterale recettizio, bensì nel momento antecedente all'assegnazione e costituito dalla costituzione e dall'adesione al consorzio, unico atto negoziale contenente l'incarico di stipulare il contratto di appalto per conto delle consorziate e l'ulteriore incarico di determinare di volta in volta a quale tra essere gli appalti assunti dovranno essere assegnati» (Corte di Cassazione, sentenza n. 1192 del 2018).

Di conseguenza il consorzio stabile si presenta nella gara come un operatore economico unitario anche se la gara è suddivisa in lotti, e, per ciascun lotto, sono indicate imprese esecutrici diverse<sup>4</sup>.

Proprio in ragione della struttura di questa particolare forma di partecipazione, il Consiglio di Stato, in adunanza plenaria, con la pronuncia n. 5/2021, ha affermato che *«I partecipanti in questo caso danno infatti vita ad una stabile struttura di impresa collettiva, la quale, oltre a presentare una propria soggettività giuridica con autonomia anche patrimoniale, rimane distinta e autonoma rispetto alle aziende dei singoli imprenditori ed è strutturata, quale azienda consortile, per eseguire, anche in proprio (ossia senza l'ausilio necessario delle strutture imprenditoriali delle consorziate), le prestazioni affidate a mezzo del contratto»*.

“ **«Il consorzio stabile si basa su un patto consortile di tipo stabile, che instaura tra le parti un rapporto di durata, con causa mutualistica, avente ad oggetto la collaborazione tra i consorziati ai fini della partecipazione a gare pubbliche.»** ”

L'elemento distintivo di questa particolare figura è ravvisato dal Consiglio di Stato nell'«elemento teleologico», ossia nella sua astratta idoneità come autonoma struttura di impresa, ferma restando la facoltà per il consorzio di eseguire le prestazioni, nei limiti consentiti, attraverso le consorziate.

Tale elemento concorre a distinguere nettamente il consorzio stabile dal consorzio ordinario di concorrenti, previsto dall'art. 65 comma 2 lett. f) del Codice.

Quest'ultimo è piuttosto simile ad un raggruppamento temporaneo di imprese (che può comprendere anche gli stessi consorzi stabili al proprio interno) e ha apposita disciplina nell'articolo 2602 del codice civile oppure nell'articolo 2615-ter del codice civile qualora costituito in forma di società consortile.

L'alterità che connota il consorzio stabile rispetto ai propri componenti (e che vale a differenziarli sia rispetto ai raggruppamenti temporanei che ai consorzi ordinari) trova indiretta conferma nel fatto della possibilità, a determinate condizioni, di una partecipazione congiunta alla medesima gara.

In altri termini, i consorzi ordinari nascono e cessano (al pari delle associazioni temporanee di imprese) in vista di un'unica operazione, mentre il consorzio stabile è costituito in funzione di un numero potenzialmente illimitato di operazioni.

## 2. Il principio del «cumulo alla rinfusa»

Muovendo dalle caratteristiche di unicità e autonomia del consorzio stabile, la giurisprudenza ha enucleato il principio del «cumulo alla rinfusa», che consente allo stesso di giovare, senza necessità di ricorrere all'avvalimento, dei requisiti di idoneità tecnica e finanziaria delle consorziate stesse (Consiglio di Stato, Ad. Plen. 18 marzo 2021, n. 5).

L'ammissibilità del cumulo alla rinfusa per la prova dei requisiti di qualificazione si giustificerebbe

4. Sul punto il Consiglio di Stato ha ritenuto irrilevante stabilire se una procedura di gara suddivisa in lotti sia qualificabile come gara unica ovvero come più gare per quanti sono i lotti, per essere il bando un atto ad oggetto plurimo che dà luogo a distinte procedure. Invero, quel che conta è che il consorzio partecipa alla procedura di gara come operatore economico unitario: per cui, alternativamente, o vi è ammesso, e, dunque, la sua offerta può legittimamente essere scrutinata per diversi lotti, oppure è escluso, ma dall'intera procedura, non solamente da uno dei lotti. La tesi per la quale possa essere escluso da un lotto, ma rimanere in gara per gli altri, farebbe del consorzio stabile non più un operatore economico unitario ma moltiplicabile in ragione delle consorziate indicate per l'esecuzione del singolo lotto dell'appalto: il che sarebbe in contrasto con il principio – che si ricava indirettamente dall'art. 47, comma 7, del Codice dei contratti pubblici, che vieta alle consorziate indicate per l'esecuzione di partecipare in maniera autonoma alla stessa procedura di gara – che impone agli operatori economici di partecipare ad una procedura di gara in un'unica forma.

difatti proprio in ragione della comune struttura di impresa che caratterizza il consorzio stabile.

A seguito delle modifiche del d.l. n. 32 del 2019, c.d. decreto sblocca – cantieri, la possibilità di qualificazione cumulativa nell’ambito dei consorzi stabili è stata però limitata in via giurisprudenziale ai requisiti relativi alla disponibilità delle attrezzature e mezzi dell’opera e all’organico medio annuo (Consiglio di stato, sentenza n. 7360 del 2022)<sup>5</sup>.

Al di fuori di tali presupposti, avrebbe dovuto applicarsi la regola generale che impone a ciascun concorrente la dimostrazione del possesso dei requisiti e delle capacità di qualificazione.



**Grazie al principio del cumulo alla rinfusa il consorzio stabile può soddisfare i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi di gara dichiarando di avvalersi dei requisiti di partecipazione delle consorziate a prescindere dal fatto che le stesse siano designate o meno in gara per l’esecuzione del contratto di appalto.**



Tale orientamento è stato però superato dalla giurisprudenza più recente, che ha ampliato la portata del principio del «cumulo alla rinfusa» muovendo dall’art. 225, comma 13, del nuovo Codice che ha fornito l’interpretazione autentica dell’art. 47 del d.lgs. 50/2016<sup>6</sup>.

La disposizione in parola ha confermato, infatti, che il «cumulo alla rinfusa» va inteso senza limiti, ossia in maniera generalizzata: un consorzio stabile può ben partecipare ad una gara di appalto dichiarando, per soddisfare i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi richiesti dal disciplinare di gara, di avvalersi dei requisiti di partecipazione delle consorziate non designate per l’esecuzione del contratto, grazie al predetto meccanismo del «cumulo alla rinfusa»<sup>7</sup>.

Il nuovo Codice all’art. 67, comma 2, conferma la possibilità di ricorso al «cumulo alla rinfusa», ampliandone la portata; nel rimettere ad un futuro regolamento la disciplina della qualificazione degli operatori economici, si prevede difatti per i consorzi stabili che:

- a) per gli appalti di servizi e forniture, i requisiti di capacità tecnica e finanziaria sono computati cumulativamente in capo al consorzio ancorché posseduti dalle singole imprese consorziate;

5. Il c.d. decreto sblocca – cantieri ha riformulato l’art. 47, comma 2, del d.lgs. n. 50 del 2016, stabilendo che «I consorzi stabili di cui agli articoli 45, comma 2, lettera c), e 46, comma 1, lettera f) eseguono le prestazioni o con la propria struttura o tramite i consorzi indicati in sede di gara senza che ciò costituisca subappalto, ferma la responsabilità solidale degli stessi nei confronti della stazione appaltante. Per i lavori, ai fini della qualificazione di cui all’articolo 84, con il regolamento di cui all’articolo 216, comma 27 octies sono stabiliti i criteri per l’imputazione delle prestazioni eseguite al consorzio e ai singoli consorziati che eseguono le prestazioni. L’affidamento delle prestazioni da parte dei soggetti di cui all’articolo 45, comma 2, lettera b), ai propri consorziati non costituisce subappalto».

6. V. Cons. Stato, sez. V, 22/12/2023 n. 1106; sez. III, 9/10/2023, n. 8767; sez. V, 29/9/2023, n. 8592, n. 6.

7. Ai sensi dell’art. 225 comma 13 cit. «Gli articoli 47, comma 1, 83, comma 2, e 216, comma 14, del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo n. 50 del 2016, si interpretano nel senso che, in via transitoria, relativamente ai consorzi di cui all’articolo 45, comma 2, lett. c), del medesimo codice, ai fini della partecipazione alle gare e dell’esecuzione si applica il regime di qualificazione previsto dall’articolo 36, comma 7, del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture di cui al decreto legislativo n. 163 del 2006 e dagli articoli 81 e 94 del regolamento di esecuzione ed attuazione di cui al decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, n. 207. L’articolo 47, comma 2- bis, del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo n. 50 del 2016, si interpreta nel senso che, negli appalti di servizi e forniture, la sussistenza in capo ai consorzi stabili dei requisiti richiesti dal bando di gara per l’affidamento di servizi e forniture è valutata a seguito della verifica della effettiva esistenza dei predetti requisiti in capo ai singoli consorziati, anche se diversi da quelli designati in gara».».

- b) per gli appalti di lavori, i requisiti di capacità tecnica e finanziaria per l'ammissione alle procedure di affidamento sono posseduti e comprovati dagli stessi sulla base delle qualificazioni possedute dalle singole imprese consorziate.

Al comma 3 dell'art. 67 è previsto che i requisiti generali di ordine generale (di cui agli articoli 94 e 95 del Codice) siano posseduti sia dalle consorziate esecutrici che dalle consorziate che prestano i requisiti.

L'iscrizione alla CCIA - e titolo analoghi - (art. 100 comma 3), in caso di lavori o di servizi, deve essere invece posseduta dal consorzio esecutore in quanto condizione necessaria per esercitare l'attività.

### 3. La recente pronuncia del Consiglio di Stato

Sul cumulo alla rinfusa si è di recente espresso il Consiglio di Stato nella sentenza n. 71 del 3.01.2024. Il caso esaminato riguarda l'impugnazione dell'ammissione alla gara e della aggiudicazione di lavori disposta in favore di un consorzio stabile.

Nella fattispecie il disciplinare di gara disponeva che il requisito di idoneità relativo alla iscrizione CCIAA dovesse essere posseduto sia dal consorzio che dalle imprese consorziate indicate come esecutrici, mentre non richiedeva in capo alle medesime la qualificazione SOA.

Secondo il ricorrente, il principio del «cumulo alla rinfusa» è da intendersi nel senso che il consorzio può designare un'impresa che non ha la qualificazione nella categoria e classifica prevista dal bando, ma la predetta impresa deve pur sempre avere una qualificazione SOA, mentre nel caso di specie l'impresa designata non possiederebbe alcuna qualificazione SOA.

Il Giudice di primo grado respingeva il ricorso ritenendo che in base all'art. 47, comma 1, del d.lgs. 50/2016 i requisiti di qualificazione devono essere posseduti e dimostrati esclusivamente dal consorzio stabile, che si qualifica con un proprio certificato SOA, rilasciato da un organismo di attestazione, nel quale vengono sommate le categorie e le classifiche possedute dalle imprese consorziate.

L'orientamento viene confermato dal Consiglio di Stato con la sentenza in commento, sulla base della interpretazione autentica dell'art. 47, comma 1, del d.lgs. 50/2016 di cui all'art. 225, comma 13, del nuovo Codice. L'art. 47 cit. difatti prevede, al comma 1, il principio del cumulo alla rinfusa mentre al comma 2 prevede che il consorzio stabile esegua la prestazione in proprio o tramite le consorziate, senza che questo possa essere qualificato come subappalto. Il comma 2 prevede, inoltre, la responsabilità solidale tra consorzio stabile e consorziate esecutrice.

Dal combinato disposto di tali due commi – prosegue la sentenza in esame – si desume che:

- a) la qualificazione è richiesta in capo al consorzio stabile e non in capo alle singole consorziate, atteso che la qualificazione delle singole consorziate rileva solo ai fini del cumulo alla rinfusa e per verificare che il consorzio stabile sia qualificato;
- b) una volta che si accerti che il consorzio stabile è qualificato, non rileva verificare la qualificazione o meno delle singole consorziate;
- c) il cumulo alla rinfusa previsto dal comma 1 dell'art. 47 determina un avvalimento *ex lege* che si deve intendere bidirezionale alla luce del comma 2 della stessa norma;
- d) l'esecuzione diretta o tramite consorziate, con responsabilità solidale, presuppone appunto un avvalimento *ex lege* che opera in senso bidirezionale;
- e) non ha alcuna rilevanza che la consorziate esecutrice non sia qualificata, perché da un lato rileva ed è richiesta solo la qualificazione del consorzio, dall'altro lato se il consorzio esegue tramite consorziate non qualificata, è responsabile in solido, ossia il consorzio opera come una ausiliaria *ex lege*.

In sostanza, secondo il Consiglio di Stato, il cumulo alla rinfusa è un avvalimento *ex lege*, con il relativo regime di responsabilità: occorrerebbe ragionare, difatti, in termini di unicità del soggetto composto da consorzio stabile e consorziate, indipendentemente da chi ha i requisiti e chi esegue, atteso che in un avvalimento *ex lege* sono solidalmente responsabili i soggetti che hanno i requisiti e i soggetti che eseguono. Ragionando in questi termini si può accettare anche la scissione tra il soggetto che ha i requisiti di qualificazione ma non esegue e il soggetto che esegue ma non ha i requisiti di qualificazione.

Come nell'avvalimento, l'impresa designata, anche se priva dei requisiti di qualificazione, potendo usufruire delle risorse del consorzio, può eseguire l'appalto, avendo tutte le risorse necessarie a farlo, poiché usufruisce di quelle del consorzio attraverso il meccanismo del «cumulo alla rinfusa».

Il soggetto da considerarsi come concorrente è quindi il consorzio stabile in quanto tale, che viene ad essere qualificato e direttamente "obbligato" nei confronti della stazione appaltante, anche se in solido con l'impresa consorziata esecutrice.

La sentenza chiarisce, peraltro, che nessuna disposizione normativa oggi obbliga le consorziate di un consorzio stabile ad avere, in proprio, una qualificazione SOA per poter far parte dello stesso consorzio stabile.

“**Il nuovo Codice (art. 67) chiarisce che i consorzi stabili possono attestare il possesso dei requisiti tecnici e economici- finanziari cumulando quelli posseduti dalle consorziate anche non esecutrici, secondo il principio del «cumulo alla rinfusa», che non è più limitato alle attrezzature e al personale»**”

Il Consorzio stabile – ricorda il Consiglio di Stato - si caratterizza infatti per la possibilità di qualificarsi attraverso i requisiti delle proprie consorziate, a prescindere dal fatto che le stesse siano designate o meno in gara per l'esecuzione del contratto d'appalto. Ed invero, è il consorzio stabile (e non già ciascuna delle singole consorziate) ad assumere la qualifica di concorrente e contraente e, per l'effetto, a dover dimostrare il possesso dei relativi requisiti partecipativi.

Tale orientamento è stato ripreso nella recente sentenza del TAR Sardegna (sentenza del 12

febbraio 2024 n. 105) che ha confermato la legittimità dell'aggiudicazione in favore di un consorzio stabile, nonostante la consorziata designata per l'esecuzione dei lavori attinenti alla categoria prevalente non fosse in possesso del requisito di qualificazione («... se il Consorzio stabile è in possesso, in proprio, dei requisiti partecipativi richiesti dalla legge di gara, a nulla rileva, in ragione dell'interpretazione offerta dalla suddetta disposizione, l'assenza della qualificazione SOA in capo alla consorziata esecutrice dei lavori. »).

#### 4. Il punto di vista dell'ANAC

Con Comunicato pubblicato il 31/1/2024<sup>8</sup> l'Autorità Nazionale Anticorruzione ha inteso fornire alcune indicazioni interpretative in materia di dimostrazione dei requisiti di partecipazione e di qualificazione dei consorzi stabili.

In particolare, l'ANAC ha preso atto dell'orientamento giurisprudenziale più recente secondo cui i consorzi stabili possono avvalersi dei requisiti maturati dalle singole consorziate, esecutrici e non, al fine di partecipare alle procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture e di conseguire l'attestazione di qualificazione secondo il meccanismo del cumulo alla rinfusa.

L'Autorità fa quindi presente che, con riferimento alle procedure regolate dal nuovo Codice, si uniformerà agli orientamenti del Consiglio di Stato sopra richiamati. In un primo momento invece l'ANAC, con il parere n. 470 del 18 ottobre 2023, aveva ritenuto, in via prudenziale, il cumulo alla rinfusa andasse riferito alla possibilità per il Consorzio stabile, privo in proprio dei requisiti, di qualificarsi per il tramite delle proprie consorziate, sommandone i relativi requisiti, ma non nel senso opposto, cioè di consentire ad una consorziata di qualificarsi ed eseguire l'appalto, essendo totalmente priva di qualificazione nelle categorie richieste per i lavori affidati.

Nel comunicato in oggetto l'ANAC ha inoltre ribadito la permanenza del divieto che impediva alla medesima impresa di partecipare a più di un consorzio stabile, indicandone le ragioni.

8. V. Comunicato ANAC del 31/1/24 "Indicazioni interpretative in materia di dimostrazione dei requisiti di partecipazione e di qualificazione all'esito dell'entrata in vigore del decreto legislativo n. 36/2023. Consorzi stabili e requisiti del direttore tecnico." su [www.anticorruzione.it](http://www.anticorruzione.it)

Con l'entrata in vigore del nuovo codice, difatti, è sorto il dubbio in ordine alla permanenza del divieto di cui all'articolo 36, comma 5, del decreto legislativo n. 163/2006 (transitoriamente vigente sino al 30 luglio 2023), che impediva alla medesima impresa di partecipare a più di un consorzio stabile. Ciò, stante la mancata riproduzione di detta previsione nel nuovo codice e considerato che l'articolo 255 del decreto legislativo 36/2023 prevede l'ultravigenza del solo comma 7 dell'articolo 36, attinente alla qualificazione dei consorzi stabili.

A tal proposito, l'ANAC osserva che la partecipazione a un consorzio stabile presuppone l'intenzione delle imprese consorziate di operare stabilmente in modo congiunto nel settore dei contratti pubblici per un periodo di tempo non inferiore a cinque anni, istituendo a tal fine una comune struttura di impresa.

Appare quindi difficile concepire che tale vincolo possa essere istituito in favore di più entità, senza che ciò ne pregiudichi l'effettività.

Inoltre, una tale apertura avrebbe l'effetto di svilire proprio l'elemento della stabilità che contraddistingue questa tipologia di consorzi, finendo per assimilare gli stessi ad altre tipologie di aggregazioni caratterizzate, invece, dalla temporaneità del vincolo.

Occorre considerare, altresì, che le risorse messe a disposizione del consorzio possono essere contestualmente utilizzate dalle imprese consorziate anche per partecipare alle gare in forma singola.

Se a ciò si aggiungesse la possibilità, per le consorziate, di partecipare stabilmente a più di un consorzio, ne deriverebbe un aumento delle occasioni di contemporanea spendita dei medesimi requisiti di partecipazione e di qualificazione da parte di più soggetti, con grave pregiudizio per l'effettiva capacità esecutiva.

L'ANAC si pronuncia inoltre sulla permanenza o meno della deroga che consentiva ai direttori tecnici delle imprese qualificate di conservare l'incarico presso la medesima impresa pur non essendo in possesso dei requisiti previsti.

Il D.P.R. n. 34/2000 e il D.P.R. n. 207/2010 prevedevano difatti una deroga in materia di dimostrazione dei requisiti professionali in favore

dei direttori tecnici che ricoprivano l'incarico per imprese iscritte all'Albo nazionale costruzioni.

In particolare, era consentito a tali soggetti di mantenere l'incarico ricoperto anche in difetto dei requisiti di idoneità professionale più stringenti introdotti dagli stessi Regolamenti.

L'articolo 84, comma 12-bis, del precedente codice D.lgs. 50/2016, introdotto in sede di correttivo, aveva riproposto la medesima deroga, confermando la permanenza del previgente regime.

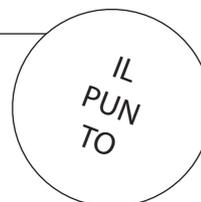
Vista la mancata riproposizione della deroga in parola, l'ANAC chiarisce che nel vigore del nuovo Codice anche i direttori tecnici che ricoprivano l'incarico antecedentemente all'entrata in vigore del decreto del Presidente della Repubblica n. 34/2000 devono essere in possesso dei prescritti requisiti di idoneità professionale.

Le nuove disposizioni si applicano ai contratti sottoscritti a decorrere dall'entrata in vigore del Codice per il rilascio di una nuova attestazione di qualificazione o per il suo rinnovo.

La verifica triennale e le variazioni minime delle attestazioni in corso di validità dovranno essere svolte in applicazione delle disposizioni vigenti al momento della sottoscrizione del contratto per il rilascio dell'attestazione originaria.

# Considerazioni sui primi tre mesi di digitalizzazione del ciclo di vita degli appalti

di Liliana Simeone



La digitalizzazione del settore degli appalti si è avviata gradualmente da tanti anni. Sicuramente da gennaio 2024 c'è stato un cambiamento sostanziale perché alcune procedure hanno iniziato a seguire processi informatici differenti.

Il ciclo di vita digitale degli appalti è come un cerchio che si è chiuso dall'inizio del 2024. Le procedure, come gli operatori del settore già sanno, erano quasi del tutto digitalizzate. Già dal 2018 era scattato l'obbligo di utilizzare le piattaforme telematiche per provvedere alla realizzazione di una procedura di affidamento.

Per gli affidamenti di maggiore rilevanza e anche per i piccoli affidamenti, le stazioni appaltanti si sono costantemente dotate di strumenti atti a svolgere questi compiti; software per la gestione e l'implementazione di albi fornitori, piattaforme che gestiscono il ciclo della gara.

Senza contare tutti i servizi messi a disposizione da Consip, oppure da altre piattaforme regionali che hanno consentito di gestire convenzioni accordi

quadro sistemi di qualificazioni sistemi dinamici di acquisizioni e tanto altro.

Anche per tutte le attività esterne alle amministrazioni appaltanti, si usavano sistemi informatici avanzati. Il CIG veniva richiesto sulla piattaforma Simog, i requisiti degli operatori economici venivano verificati attraverso il sistema Avcpass, i dati relativi alle fasi successive all'aggiudicazione dell'appalto venivano inviate ad Anac attraverso il Simog.

Anche per trasmettere un bando di gara alla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea da molti anni si usava esclusivamente il portale Enotices, e anche la Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana da molti anni aveva a disposizione il portale per inoltrare le inserzioni per la V serie speciale; addirittura esisteva già la copia certificata della GU online, con valore legale al pari della versione cartacea, ormai desueta. Forse, poche attività inerenti il ciclo di vita dell'appalto non avevano un percorso informatico per il loro svolgimento.

Sebbene l'Italia non sia un Paese in cui l'alfabetizzazione informatica sia stata particolarmente diffusa, gli operatori di questo settore sono stati da anni obbligati a colmare il gap (eventualmente fosse esistito) per procedere con le attività necessarie.

La digitalizzazione della PA rappresenta una delle principali sfide individuate dalle strategie di ripresa delineate dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza PNRR.

Il Regolamento (UE) 2021/241, che istituisce il Recovery and Resilience Facility, individua nella transizione digitale uno dei 6 pilastri per le strategie di rilancio delle economie europee.

La prima componente della Missione 1, intitolata "Digitalizzazione, innovazione e sicurezza nella PA" (M1C1) si articola a sua volta in tre ambiti di intervento, il primo dei quali è dedicato in maniera specifica a "Digitalizzazione PA" (M1C1.1).

La disciplina contenuta negli articoli del Codice dei Contratti D.Lgs 36/2023 dal 19 al 36 individua i momenti e gli strumenti necessari per l'attuazione di questo step.

**L'aspetto rivoluzionario**, se non è esagerato l'aggettivo, che in questi mesi iniziali dell'anno non è stato quasi mai sottolineato, concerne l'altro processo informatico di grande rilevanza: **"l'interoperabilità"** delle piattaforme con la Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici di Anac.

Questo è stato il passaggio fondamentale che ha determinato il cambiamento nello svolgimento delle normali attività; per realizzare l'interoperabilità le piattaforme già in uso alle stazioni appaltanti hanno dovuto modificarsi e certificarsi affinché potessero essere in grado di comunicare con Anac in tempo reale, e non solo.

Ma occorre ancora fare un passo indietro, perché è il Codice dell'Amministrazione Digitale (CAD) D.Lgs 82/2015 a delineare il modello di interoperabilità delle pubbliche amministrazioni (MoDI), attraverso la Piattaforma Digitale Nazionale Dati (PDND) di cui all'articolo 50-ter del Decreto in questione; AGID invece si occupa di emanare costantemente delle Linee Guida che descrivono praticamente agli operatori del settore le caratteristiche che devono avere le infrastrutture informatiche attraverso le quali si realizza l'interoperabilità.

Ai sensi dell'articolo 50-ter, comma 1 del CAD, l'interoperabilità è finalizzata a favorire la conoscenza e l'utilizzo del patrimonio informativo detenuto per finalità istituzionali dai soggetti di cui all'articolo 2, comma 2 del CAD nonché la condivisione dei dati tra i soggetti che hanno diritto di accedervi ai fini dell'attuazione dell'articolo 50 del CAD e della semplificazione degli adempimenti dei cittadini e delle imprese, in conformità alla disciplina vigente.

Nell'ambito della PDND è presente la BDNCP Gestita da Anac. Agid, inoltre, si occupa di verificare e certificare che le piattaforme in uso alle stazioni appaltanti siano in grado di svolgere le attività necessarie previste, e che interoperino con la BDNCP, e, solo dopo l'esito positivo di questo controllo, vengono inserite da Anac nella lista delle piattaforme idonee.

#### **Nel dettaglio, allora, cosa è cambiato nelle attività che devono svolgere le stazioni appaltanti?**

Le attività da svolgere sono sempre le stesse ma sono cambiate le strade da percorrere; bisogna utilizzare le Piattaforme di Approvvigionamento Digitale PAD (Art. 25. D.Lgs 36/2023) **certificate**, e che a loro volta devono essere collegate con Anac per gli adempimenti necessari, e con la piattaforma telematica che già veniva utilizzata per gestire tutte le fasi della procedura, e ancora devono essere strutturate in modo tale da consentire l'invio attraverso la BDNCP degli avvisi alla Gazzetta dell'Unione Europea per le procedure di rilevanza comunitaria.

Le stazioni appaltanti hanno ampia facoltà di scelta, il mercato prolifera di software house in grado di fornire piattaforme che gestiscono tali attività, oppure che integrano le nuove attività alle piattaforme preesistenti.

#### **Le piattaforme, quindi, sono tutte uguali dopo la certificazione da parte di Agid?**

La certificazione di Agid è volta a verificare che gli scopi della piattaforma vengano raggiunti, nel rispetto delle norme vigenti e delle linee guida da essa emesse. Diversa è la struttura informatica di ogni piattaforma, che può avere distinti modi per raggiungere gli obiettivi; più intuitivi o meno; il tutto è frutto dell'interpretazione dei programmatori, e di un eventuale supporto legale che hanno durante lo svolgimento delle loro attività che possa semplificare la visione globale.

**Quale è stata la causa dei molteplici rallentamenti in questo inizio di anno?**

L'ottica è mutata; con un unico accesso, con spid, adesso si trova l'operatore economico per l'affidamento diretto, si crea il cig, oppure si avvia la procedura negoziata e si crea il cig, oppure ancora si può dare avvio ad una procedura di rilevanza comunitaria, inviando anche i dati necessari per la pubblicità legale in Gazzetta Europea e sulla Piattaforma per la pubblicità legale di Anac.

L'interoperabilità consente alle stazioni appaltanti di fare un unico inserimento di dati e le informazioni si distribuiscono nei canali opportuni. Sicuramente è stato, e sarà, necessario, un tempo di adattamento affinché le Piattaforme reagiscano a tutti gli input che, per quanto si possano in parte prevedere, è solo attraverso l'utilizzo ed il continuo adattamento nel tempo che si può rendere un prodotto informatico performante. Di certo però, possiamo già individuare un primo scoglio che causa ancora dei rallentamenti all'utilizzo delle piattaforme nelle gare sopra-soglia, gli EForms.

Prima di provare a fare un po' di chiarezza sulla natura degli Eforms occorre ricordare che le stazioni appaltanti per inviare un bando di gara sopra-soglia alla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea hanno sempre dovuto suddividere le informazioni nei campi dei formulari che sono stati predisposti all'uopo da specifici regolamenti UE.

Fino al 2019 i formulari per la compilazione dei bandi e degli altri avvisi da pubblicare sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea non erano altro che dei moduli standard; dapprima si potevano mandare via fax o via e-mail all'Ufficio per le Pubblicazioni Ufficiali dell'Unione Europea, e poi, all'incirca dal 2005 fu inaugurato il portale e-notices, nel quale il formulario era stato semplicemente digitalizzato.

Quindi le stazioni appaltanti potevano compilare attraverso la piattaforma con accesso tramite registrazione (con id e password), gli stessi moduli che in precedenza compilavano con la penna, e i più esperti con un programma di scrittura. Negli anni i regolamenti che si sono susseguiti per la modifica dei formulari, ad esempio gli ultimi due erano Regolamento di esecuzione (UE) n. 842/2011 e Regolamento Di Esecuzione (UE) 2015/1986; i cambiamenti hanno sempre riguardato solo modifiche al tipo e alla quantità di informazioni da inserire; le modalità di utilizzo non sono mai cambiate; il portale E-notice aiutava

la compilazione evidenziando i campi obbligatori. Inoltre, le stazioni appaltanti potevano avvalersi anche di E-Senders per effettuare gli invii; gli E-Senders sono stati in Italia per lo più società che già seguivano le stazioni appaltanti per altri aspetti inerenti agli appalti, e che sviluppavano un software che riproduceva esattamente le pagine del formulario, nel medesimo ordine in cui si susseguivano all'interno del portale E-notices, consentendo l'invio degli avvisi per la loro pubblicazione.

Oggi Anac è divenuta E-Sender nazionale, perché attraverso il passaggio dalle svariate piattaforme presenti sul mercato, è L'Anac attraverso la BDNC che si occuperà dell'ultimo "clic" e invierà la richiesta di pubblicazione all'UPUUE.

**Quando i formulari UE per la pubblicazione dei bandi sono diventati EForms?**

Solo con il Regolamento di esecuzione (UE) 2019/1780 entrato in vigore ad ottobre 2022 sono iniziati i cambiamenti sostanziali. Il formulario a cui tutti erano abituati è stato per sempre, ma gradualmente, in oltre 14 mesi, soppresso.

**Ma allora che cosa è un EForm?**

Semplicemente, e senza utilizzare un linguaggio tecnico del settore, possiamo immaginarlo come un insieme di moduli elettronici riguardanti determinate informazioni; non sono necessariamente presenti tutti insieme; volutamente le istituzioni Europee li hanno ideati così, sapendo che si sarebbero dovuti inserire nei meccanismi che ogni Stato ha dovuto avviare o perfezionare per completare un processo di digitalizzazione; infatti tra le spiegazioni inserite nel sito della Commissione Europea – Mercato Interno - si legge: *"Il regolamento di attuazione dei moduli elettronici e il suo allegato non costituiscono una legge "pronta all'uso" che può essere implementata dai dipartimenti IT "così come sono". I decisori in materia di appalti pubblici devono prima incontrarsi con le parti interessate per definire l'approccio nazionale ai vari aspetti dei moduli elettronici, come ad esempio utilizzarli anche per contratti sotto soglia, tenendo conto delle diverse politiche e requisiti. Dovrebbe essere definita anche la governance dei moduli elettronici a livello nazionale. I moduli elettronici dovranno poi essere implementati nei sistemi nazionali di appalti elettronici".*

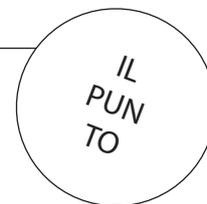
In Italia, per adesso, non c'è un orientamento unico sulla questione; sono le Software House che hanno integrato gli E-Forms nelle loro piattaforme, ad aver mostrato una maggiore o minore abilità sia nella interpretazione della norma, sia nella semplificazione degli strumenti offerti all'utilizzatore finale.

Da una prima e veloce analisi si è potuto constatare che nelle piattaforme in cui si è voluto replicare il comportamento attuato per l'inserimento dei vecchi formulari, e quindi per gli EForms sono stati inseriti tutti i campi e tutte le pagine, si riscontrano maggiori difficoltà di compilazione, proprio perché la logica di utilizzo non può essere paragonata alla precedente versione dei formulari; nelle piattaforme in cui invece si è dato un più rigido adempimento al principio dell'unicità dell'inserimento del dato e i moduli (campi) dell'EForm sono stati integrati nella piattaforma, con le altre informazioni necessarie per creare il cig, si assiste ad una rapida ed intuitiva utilizzazione dello strumento.

Come tutti gli strumenti informatici le piattaforme che integrano i moduli EForm saranno sicuramente, e ce lo auguriamo, oggetto di continui miglioramenti.

# La locazione finanziaria nel nuovo codice per la realizzazione di opere pubbliche

di Stefano de Marinis



Tra le modifiche apportate dal d.lgs. n.36 del 2023 alla precedente disciplina dei contratti pubblici merita senz'altro un commento quanto previsto all'articolo 196, in tema di locazione finanziaria.

Ci si riferisce allo schema contrattuale noto come *leasing in costruendo*, definizione che compare anche nella relazione del Consiglio di Stato che accompagna il nuovo codice, corrispondente ad una scelta operata dal legislatore fin dal 2006 volta ad introdurre una formula civilistica in grado di valorizzare il contributo del finanziamento privato per la realizzazione di opere pubbliche, ovvero destinate all'utilizzo pubblico, quale alternativa allo strumento del contraente generale su cui, per finalità analoghe, si era puntato negli anni immediatamente precedenti.

In un clima di forte limitazione della spesa pubblica, dettato dalle restrittive politiche comunitarie - all'epoca perseguite con particolare rigore - volte

a garantire l'equilibrio dei conti pubblici senza poter distinguere il debito destinato a favorire la crescita, l'utilizzo di formule contrattuali innovative, in via di principio ascrivibili al contesto del cosiddetto Partenariato Pubblico Privato, veniva dalla stessa Commissione per altra via favorito promuovendone<sup>1</sup> l'utilizzo al fine di rendere compatibile il controllo della spesa con la crescita.

In questo senso la presenza del (co)finanziamento privato, in grado di selezionare gli investimenti (enucleando il cosiddetto "debito buono") unitamente al fatto che l'erogazione del servizio alla collettività costituiva condizione necessaria per il suo recupero, a determinate condizioni consentiva di classificare l'operazione come privata, quindi di non contabilizzarla nel debito pubblico (of balance) assicurandone la realizzazione fuori dai vincoli di bilancio.

---

1. In specie tramite EPEC, che é il centro europeo di competenze in materia di Partenariato Pubblico Privato che fa parte dei servizi di consulenza della Banca europea per gli investimenti (BEI). Trattasi di un'iniziativa che dal 2008 coinvolge anche la Commissione europea, gli Stati membri dell'UE, i paesi candidati e alcuni altri Stati. L'EPEC contribuisce a rafforzare la capacità dei suoi membri del settore pubblico di effettuare operazioni di partenariato pubblico-privato (PPP).

Nelle operazioni di leasing cosiddetto operativo, tutte le condizioni per il trattamento *of balance* dell'investimento risultano garantite, per lo meno in astratto, ciò che non avviene ricorrendo alla formula puramente finanziaria dell'istituto; quanto allo strumento del contraente generale, associato nella premessa alla locazione finanziaria, va ricordato che la sua configurazione iniziale prevedeva il prefinanziamento anche totale (in tutto o in parte) della fase esecutiva delle opere e la possibilità del suo coinvolgimento, anche solo indiretto, nella gestione delle opere realizzate. Tanto premesso, va detto che il d.lgs. n.36 del 2023 non si limita a riprodurre il precedente articolo 187, ma interviene a chiarimento ed integrazione di numerosi profili, nell'ottica di rilanciare l'utilizzo della locazione finanziaria per la realizzazione degli investimenti.

Nel dar conto di tali modifiche è possibile muovere dalle considerazioni di apertura per rilevare come, da un lato venga espunto dal testo del nuovo articolo 196 ogni riferimento all'istituto del contraente generale; dall'altro la distinzione tra leasing operativo, inclusivo della gestione del progetto realizzato, e finanziario, concettualmente assimilabile ad una mera operazione di mutuo, per lo meno ai fini contabilistici oltreché per quel che riguarda l'erogazione del servizio lasciato in capo alla committenza pubblica, venga espressamente ed opportunamente considerata stabilendo, al comma 3, che solo laddove lo schema contrattuale includa il trasferimento del rischio operativo come definito in materia di concessioni, in aggiunta alla disciplina specifica trovino applicazione le corrispondenti norme e quelle relative agli altri contratti di partenariato pubblico-privato; in caso contrario il contratto viene trattato come appalto pubblico di lavori.

Da notare che l'attuale previsione codicistica risulta assai più chiara rispetto al passato, laddove il comma 1 del vecchio articolo 187 affermava che il contratto di locazione finanziaria costituiva appalto pubblico di lavori salvo che questi ultimi avessero un carattere meramente accessorio rispetto all'oggetto principale del contratto medesimo.

“ **Mentre il leasing operativo è classificabile come PPP, quello finanziario corrisponde ad un normale contratto d'appalto** ”

Ribadisce sul punto la relazione che accompagna il nuovo codice che, ai fini dell'applicazione delle norme sul partenariato pubblico privato, il contratto di leasing deve prevedere il trasferimento sull'operatore privato del rischio come disciplinato dal precedente articolo 177.

*In ogni caso - precisa ancora la relazione - come indicato dall'Anac con determinazione n.4 del 22 maggio 2013, la corretta allocazione dei rischi è un elemento cruciale del leasing immobiliare in costruendo sia sotto il profilo della qualificazione dell'operazione come partenariato pubblico-privato sia per assicurare l'esecuzione e la fruizione dell'opera nei tempi e secondo le modalità pattuite. Il contratto dovrà disciplinare, pertanto, in maniera espressa detto profilo. Diversamente trovano applicazione le disposizioni sugli appalti.*

Va peraltro osservato che l'ulteriore elemento testuale che differenzia la nuova dalla vecchia disciplina, costituito dall'aver l'articolo 196 sostituito, per l'identificazione della committenza, il termine *stazione appaltante* con quello di *ente concedente*, potrebbe non apparire congruo con quanto da ultimo considerato, posto che ricondurre tutti i casi di leasing - oltreché tutti i casi di PPP - all'istituto della concessione non sembra concettualmente corretto.

Quanto all'eliminazione di ogni riferimento alla figura del contraente generale la scelta, ad oggi, appare condivisibile, considerato che l'aspetto del prefinanziamento era stato progressivamente eliminato con interventi del legislatore che avevano ripensato la scelta originaria, mentre per quel che riguarda la fase gestoria l'opzione prevista dalla legge non risulta esser stata mai attivata.

“ **La cancellazione di ogni riferimento alla figura del contraente generale** ”

Esprimendosi espressamente al riguardo, la relazione afferma che la previsione secondo la quale l'offerente ad una gara di leasing poteva essere anche un contraente generale è stata soppressa poiché tale figura è stata completamente rivista mediante l'elaborazione di una disciplina sui servizi globali.

In questo senso la nuova previsione che si legge al comma 5, sostitutivo del vecchio comma 3 dell'art.187, chiarisce che, ferma l'ipotesi in cui

*l'offerta venga presentata anche dal solo soggetto finanziatore, che in tal caso potrà concorrere avvalendosi di chi dovrà realizzare le opere, se l'offerente è un raggruppamento temporaneo di imprese costituito dal soggetto finanziatore e da uno o più soggetti realizzatori, ciascuno è responsabile in relazione alla specifica obbligazione assunta nel contratto.*

Oltre al già rilevato venir meno di qualsiasi autonomo riferimento alla figura del contraente generale e da notare la presenza del chiaro riferimento *ad uno o più soggetti realizzatori, laddove in passato ci si riferiva al soggetto finanziatore e al soggetto realizzatore* (ex comma 3) ovvero a due soggetti costituenti l'associazione temporanea di imprese (ex comma 6), ciò che conferma che la componente esecutiva possa essere costituita anche da più operatori economici.

In caso di raggruppamenti: la componente esecutiva può essere costituita anche da più operatori economici ...

In linea con le regole generali da ultimo codificate dall'articolo 97, in materia di possibilità di sostituzione, in gara come in esecuzione, dei componenti dei raggruppamenti al verificarsi di cause ostative che li riguardano, è poi la confermata disciplina al comma 6 dell'articolo 196 impeditiva dell'adempimento delle rispettive obbligazioni, ma anche l'ipotesi di inadempimento.

**... permane la distinzione delle responsabilità in deroga alla nuova regola generale di solidarietà**

Sempre in tema di raggruppamenti temporanei rileva altresì la deroga rispetto alla regola generale della solidarietà valevole, ai sensi dell'articolo 68, comma 9, del d.lgs. 36/2023, per tutti i casi di imprese riunite, in conseguenza del recente azzeramento di ogni differenza tipologica tra raggruppamenti orizzontali e verticali; dispone in tal senso il comma 5 che ciascuno dei componenti è responsabile in relazione alla specifica obbligazione assunta nel contratto, ciò che la relazione giustifica con la diversa natura dei soggetti coinvolti.

In linea con le regole generali da ultimo codificate dall'articolo 97, in materia di possibilità di sostituzione, in gara come in esecuzione, dei

componenti dei raggruppamenti al verificarsi di cause ostative che li riguardano, è poi la confermata disciplina al comma 6 dell'articolo 196 impeditiva dell'adempimento delle rispettive obbligazioni, ma anche l'ipotesi di inadempimento.

Relativamente all'utilizzo della diversa formula dell'avvalimento da notare ancora come il ricorso ad esso da parte del soggetto finanziatore venga dalla relazione espressamente definito come "atipico".

Passando alla definizione dell'oggetto contrattuale, il comma 1 dell'articolo 196 chiarisce che il leasing persegue lo scopo di "reperire il finanziamento per" la realizzazione, l'acquisizione ovvero il completamento di opere già esistenti, non già, come riportava il corrispondente comma del vecchio articolo 187, quello di direttamente realizzare, acquisire o completare opere esistenti. Aggiunge sul punto la relazione che le predette opere assumono la qualificazione di opere pubbliche o di pubblica utilità avendo il contratto di leasing la sua ragione economico-sociale nell'obiettivo di realizzare lavori pubblici avvalendosi della possibile sinergia tra un costruttore e un finanziatore.

**Riformulata la definizione del contratto di locazione finanziaria**

Conformemente a quanto precede, il successivo comma 2 introduce una definizione di contratto di locazione finanziaria secondo la quale, con esso, la società di locazione finanziaria acquista da un operatore economico un bene esistente o da realizzare e lo cede in godimento, per un determinato periodo di tempo, alla pubblica amministrazione, a fronte del pagamento di un canone periodico fisso e comprensivo di eventuali servizi accessori.

Tale definizione appare idonea a superare le diverse letture date nel corso degli anni alla struttura del rapporto che vede coinvolti in base ad uno schema operativo di volta in volta letto come trilatero, ovvero come doppia relazione bilaterale, oltre alla società di leasing e all'operatore economico anche l'amministrazione pubblica utilizzatrice.

In quest'ottica andrà valuta la tenuta degli schemi contrattuali messi a punto in passato. In questo

senso, ulteriore novità di rilievo, peraltro del tutto congruente con le finalità della formula del leasing in costruendo come ribadite anche nella relazione che accompagna il nuovo codice, altresì riguarda l'inserimento nella disciplina della locazione finanziaria di un'apposita regolamentazione dell'istituto del riscatto del bene realizzato.

### “ La regolamentazione del riscatto delle opere: il riscatto anticipato ”

Il comma 8 stabilisce che il diritto del concedente di riscattare l'opera deve essere sempre previsto in contratto e necessariamente esercitato laddove l'opera da realizzare segua/abbia seguito il regime di opera pubblica ai fini urbanistici, edilizi ed espropriativi; sempre contrattualmente prevista deve altresì essere, come previsto al successivo comma 10, la facoltà del riscatto anticipato.

Chiarisce la relazione come il comma 8 sia stato scritto tenendo conto del fatto che contrasterebbe con i principi dell'ordinamento consentire che un'opera pubblica a tutti gli effetti "urbanistici, edilizi ed espropriativi", possa poi rimanere in capo ad un soggetto privato che, alla scadenza del contratto ed in assenza di riscatto, ne disponga liberamente, specie se i canoni già pagati coprono quasi integralmente il valore delle opere; ovviamente, evidenzia sempre la relazione, il canone di leasing andrà in questi casi, modulato in maniera adeguata alla natura e alla funzione del bene, e alla necessità del suo riscatto al termine del periodo di locazione.

In questo senso, il comma 7 dell'articolo 196 prevede ora in modo espresso che il soggetto aggiudicatario deve assicurare la corretta manutenzione del bene sino al momento del riscatto.

Per quanto attiene il regime del suolo sul quale l'opera deve essere realizzata, il comma 9 precisa come sia possibile intervenire anche su aree nella disponibilità dell'aggiudicatario.

In tali circostanze, rileva la relazione citando ancora una volta a sostegno la determinazione dell'Anac n. 4, del 22 maggio 2013, la disponibilità delle aree dovrebbe formare oggetto di apposita valutazione in sede di gara in base alla fissazione di requisiti minimi delle stesse (quali, ad esempio,

la localizzazione, il grado di rispondenza della stessa alle specifiche finalità pubbliche per cui deve essere realizzata, il livello di urbanizzazione delle zone circostanti, ecc.), fermo restando che anche in questo caso si applica il primo periodo del comma 8 in ordine al regime "pubblico" dell'opera.

Ovviamente resta sempre possibile che la stazione appaltante individui ex ante un'area di sua proprietà ovvero un'area da sottoporre ad esproprio, sulla quale far costruire l'opera, prevedendo la successiva costituzione del diritto di superficie in favore dell'aggiudicatario.

Quanto alle modalità di gestione della procedura di scelta del contraente, si segnala come non sia stata riprodotta nella nuova disciplinabile disposizione già contenuta nell'art. 187, comma 2, del d.lgs. 50/2016 secondo la quale "il bando, ferme le altre indicazioni previste dal presente codice, determina i requisiti soggettivi, funzionali, economici, tecnico-realizzativi ed organizzativi di partecipazione, le caratteristiche tecniche ed estetiche dell'opera, i costi, i tempi e le garanzie dell'operazione, nonché i parametri di valutazione tecnica ed economico-finanziaria dell'offerta economicamente più vantaggiosa".

### “ La disciplina dell'affidamento e dell'esecuzione dei contratti ”

Spiega la relazione che, al riguardo, trova applicazione la disposizione generale contenuta nell'art. 174, comma 3, dello schema, secondo cui "l'affidamento e l'esecuzione dei contratti di partenariato pubblico – privato sono disciplinati dalle disposizioni di cui ai Titoli II, III e IV della Parte II".

Resta comunque affidato al bando il compito di definire ed indicare i requisiti di qualificazione dei concorrenti.

Il comma 4 altresì conferma che per l'aggiudicazione del contratto di locazione finanziaria deve essere posto a base di gara almeno un progetto di fattibilità, con la precisazione che lo stesso deve comprendere anche il piano finanziario, fermo restando che l'occasione della riscrittura del codice poteva essere utilizzata per chiarire che il riferimento è al progetto di fattibilità tecnico economica ancorché comprensivo, come viceversa

il nuovo testo precisa, del piano economico finanziario.

L'evoluzione del quadro normativo che si registra con l'avvento del nuovo codice appare dunque ben in grado di ulteriormente supportare l'utilizzo dello strumento della locazione finanziaria per la realizzazione di opere pubbliche, ovvero comunque destinate all'utilizzo pubblico.

Delle modifiche da ultimo intervenute si dovrà ovviamente tener conto tanto nelle modalità di gestione delle procedure di affidamento quanto nella determinazione dei contenuti della disciplina contrattuale destinata a regolare i rapporti tra le parti.

# Ecco il calendario formativo dei prossimi mesi

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

## ALTA FORMAZIONE

### Analisi completa del codice

**Il nuovo codice dei Contratti Pubblici in Italia 2024**

**20 crediti formativi C.N.F.**

WEBINAR - 15 incontri

Data inizio: 11 Marzo

**Il nuovo codice dei Contratti Pubblici in Sardegna 2024**

**20 crediti formativi C.N.F.**

WEBINAR / IN PRESENZA - 13 incontri

Data inizio: 18 Marzo

### Incontra gli Autori del Codice - percorsi completi

**Il Codice dei Contratti nella fase di attuazione**

CAGLIARI - 3 incontri: 09 Aprile, 14 Maggio, 21 Maggio

### Incontra gli Autori del Codice - lezioni singole

**I protagonisti della procedura di gara. Focus sul RUP**

CAGLIARI - 09 Aprile

**Le modifiche contrattuali durante il periodo di efficacia**

ROMA - 18 Aprile

**Analisi dei contratti sotto soglia**

CAGLIARI - 14 Maggio

**Le modifiche contrattuali**

CAGLIARI - 21 Maggio

### Focus di approfondimento

**Focus su Servizi e Forniture**

WEBINAR - 3 incontri: 6, 7, 13 Maggio

**Focus su Lavori Pubblici**

WEBINAR - 3 incontri: 20, 27 Maggio, 3 Giugno

### Percorsi Base

**L'ABC degli appalti pubblici**

WEBINAR - 3 incontri: 7, 10, 14 Maggio

## APPALTI PUBBLICI

### Il nuovo Codice e la Giurisprudenza

**Il Codice dei contratti: le novità alla luce della prima casistica giurisprudenziale e della digitalizzazione**

WEBINAR - 22 Aprile

**Il nuovo Codice dei contratti pubblici alla luce della prima giurisprudenza**

ANCONA - 27 Maggio

**I Codice dei contratti pubblici. Rassegna completa delle innovazioni alla luce della prima casistica giurisprudenziale e delle indicazioni del MIT e dell'ANAC**

OLBIA - 18 Giugno

### La Digitalizzazione: le novità prevalenti

**La digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti.**

**Cosa è cambiato dal 1 Gennaio 2024**

WEBINAR - 7 Maggio

### Il MEPA nell'era della Digitalizzazione

**La digitalizzazione e il MePA: le nuove funzionalità e una guida pratica per gestire affidamenti diretti, procedure negoziate e gare sopra soglia**

WEBINAR - 4 incontri: 27 Maggio - 5, 10, 24 Giugno

**Il MePA e le novità 2024.**

**Cosa è cambiato con la digitalizzazione**

WEBINAR - 27 Maggio

**La gestione degli affidamenti diretti tramite il MePA Consip**

WEBINAR - 5 Giugno

**La gestione delle Procedure Negoziato attraverso il MePA Consip**

WEBINAR - 10 Giugno

**La gestione delle procedure sopra soglia tramite gli strumenti Consip**

WEBINAR - 24 Giugno

## PILLOLE DI FORMAZIONE

**Le più importanti funzionalità della nostra piattaforma certificata ANAC**

**WEBINAR GRATUITO - 7 Maggio**



Via Palmitessa, 40  
76121 Barletta  
Tel. 0883.310504

Email [info@mediaconsult.it](mailto:info@mediaconsult.it)  
Pec [mediaconsult@pec.it](mailto:mediaconsult@pec.it)  
**mediaconsult.it**   



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

# Ecco il calendario formativo dei prossimi mesi

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

## APPALTI PUBBLICI

### La Digitalizzazione e le novità sugli adempimenti

**Gli adempimenti pre e post-aggiudicazione**

WEBINAR - 2 incontri: 17, 21 Maggio

**L'attività di verifica dei requisiti: le modalità operative, il FVOE e gli aspetti più controversi**

WEBINAR - 17 Maggio

**Corso pratico sul monitoraggio delle opere pubbliche (BDAP)**

WEBINAR - 21 Maggio

**Trasparenza e comunicazione nelle procedure di appalto**

WEBINAR - 17 Giugno

### I contratti sottosoglia

**Tutti i cambiamenti del nuovo codice nelle procedure sottosoglia**

WEBINAR - 15 Aprile, 27 Maggio - TRIESTE - 18 Aprile,

### Atti di gara, GOEPV, e novità

**Come gestire una procedura di gara**

WEBINAR - 29 Aprile, CAGLIARI - 3 Maggio

**La gara con l'offerta economicamente più vantaggiosa**

WEBINAR - 23 Maggio

**Laboratorio per la redazione di alcuni tra i più importanti documenti di gara**

WEBINAR - 10 Giugno

**Le Concessioni in Italia**

WEBINAR - 24 Giugno

### La fase di esecuzione

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

WEBINAR - 1 Luglio

### Società Pubbliche e Settori Speciali

**La disciplina sui settori speciali**

WEBINAR - 2 incontri: 13, 20 Maggio

**La gestione delle procedure di gara nelle Società Pubbliche**

WEBINAR - 3 incontri: 10, 14, 28 Giugno

## APPALTI PUBBLICI

### RUP e i soggetti della procedura di gara

**Gli incentivi per le funzioni tecniche, ai sensi del**

**d.lgs. 36/2023: istruzioni per l'uso**

WEBINAR - 2 incontri: 9, 10 Maggio

**RUP, DEC e commissione di gara negli appalti di servizi e forniture alla luce del nuovo codice dei contratti**

WEBINAR - 2 incontri: 3, 4 Giugno

**Le responsabilità per danno erariale nel nuovo**

**Codice dei Contratti**

WEBINAR - 04 Giugno

## PROJECT MANAGEMENT

**Corso base di Project Management**

WEBINAR - 6 incontri - Data inizio: 27 Maggio

**Corso avanzato di Project Management**

WEBINAR - 8 incontri - Data inizio: 10 Maggio

**I principi del Project Management**

WEBINAR - 10 Giugno

## ORGANIZZAZIONE E PERSONALE

**La revisione obbligatoria dei sistemi di misurazione e valutazione delle performance nelle Pubbliche**

**Amministrazioni**

WEBINAR - 14 Maggio

**Il valore pubblico nella P.A.**

WEBINAR - 27 Maggio

**L'implementazione di modelli organizzativi agili e resilienti. L'organizzazione delle forme di lavoro a distanza nelle P.A.**

WEBINAR - 10 Giugno

**Le azioni positive per promuovere comportamenti corretti, valorizzare la diversità e garantire l'inclusione**

WEBINAR - 24 Giugno

Elenco in fase di aggiornamento

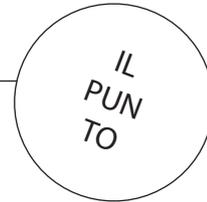
**Dove indicato i corsi si terranno in presenza**

**Per maggiori informazioni e date aggiornate**

**visita il nostro sito [www.mediaconsult.it](http://www.mediaconsult.it)**

# Piattaforme di approvvigionamento digitale, tutela del contraente e problematiche processuali

di Andrea Magagnoli



## **1. Procedure dirette alla conclusione di contratti ed appalti pubblici con le nuove norme dal sistema cartaceo a quello informatico**

Il giorno 1 del mese di gennaio del corrente anno le procedure per la conclusione di appalti e i contratti pubblici regolamentate all'interno del decreto legislativo 31 marzo 2023 n. 36 sono state oggetto di una radicale riforma.

Da tale data hanno acquistato efficacia una serie di norme dirette ad assicurare una più ampia digitalizzazione ed una maggiore applicazione degli strumenti informatici nelle procedure di contrattazione.

Le modifiche sono destinate ad assolvere, nel disegno del legislatore, la funzione di consentire un più rapido svolgimento delle procedure assicurando al contempo una maggiore tutela dei soggetti coinvolti.

Alla digitalizzazione delle procedure dirette alla conclusione dei contratti pubblici, a riprova dell'importanza assunta nel disegno legislativo di tale aspetto della riforma, è dedicata nel Codice dei contratti pubblici la Parte Seconda intitolata "Della digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti pubblici".

Il procedimento di innovazione e digitalizzazione viene assicurata attraverso due modalità distinte.

Una prima costituita dall'applicazione delle disposizioni contenute nel Codice dell'amministrazione digitale di cui al decreto legislativo 7 marzo 1982 n. 82 integrato con il decreto legislativo 22 agosto 2016 n. 179 poi con il decreto legislativo 13 dicembre 2017 n. 217, e una seconda tramite la previsione di alcune norme di carattere specifico espressamente destinate alle procedure dirette alla stipulazione di contratti pubblici.

L'applicazione delle disposizioni contenute all'interno del Codice dell'amministrazione digitale dovrà essere garantita dalle stazioni appaltanti e dagli enti concedenti ai sensi dell'art. 19 del Codice.

Il testo legislativo contiene una ulteriore importante precisazione circa l'operatività delle norme contenute nel Codice dell'amministrazione digitale, l'art. 21 precisa, infatti, che esse dovranno trovare applicazione in tutte le fasi della vita del contratto pubblico (programmazione, progettazione, pubblicazione, affidamento, esecuzione).

La seconda strada imboccata del legislatore al fine di sviluppare la digitalizzazione è stata quella di prevedere disposizioni specifiche all'interno del codice dei contratti pubblici, destinate ad operare nel corso delle procedure volte alla conclusione di contratti pubblici.

Originale e di particolare importanza è, ad avviso di chi scrive, la previsione di un vero e proprio fascicolo virtuale dell'operatore economico che sostituisce la precedente documentazione di carattere cartaceo.

Importante è la previsione di un utilizzo generale delle procedure automatizzate tra cui possono rientrare anche l'intelligenza artificiale e le tecnologie dei registri distribuiti.

## **2. Le piattaforme di approvvigionamento informatico struttura ed utilizzo**

Tra le modifiche di maggiore rilievo contenute nel Codice dei contratti pubblici, senza ombra di dubbio, rientra quella della previsione delle cosiddette piattaforme di approvvigionamento digitale.

Ma vediamo di che cosa si tratta.

L'art. 22 che sotto la rubrica "ecosistema di approvvigionamento digitale" inserisce nelle operazioni dirette alla conclusione di contratti pubblici un sistema del tutto nuovo di acquisizione delle informazioni da parte di stazioni appaltanti ed enti concedenti.

Il comma 1 dell'art. 22 non contiene comunque nessuna definizione analitica del concetto di piattaforma di approvvigionamento digitale e neppure di ecosistema di approvvigionamento

digitale, limitandosi più semplicemente a definire quali sono gli elementi che costituiscono un ecosistema di approvvigionamento digitale.

Al numero 3 dell'art. 22 è contenuta una importante precisazione circa le modalità operative dell'ecosistema nazionale di approvvigionamento digitale con la specificazione di uno dei suoi caratteri basilari. Viene infatti espressamente previsto che l'ecosistema di approvvigionamento digitale possa essere alimentato anche dalle basi di dati di interesse nazionale ai sensi dell'art. 60 del codice dell'amministrazione digitale di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82.

Sia pure in assenza di una espressa definizione è possibile ricostruire le caratteristiche di un ecosistema digitale esaminando quali sono ai sensi del comma 1 dell'art. 22 del Codice dei contratti pubblici gli elementi che lo costituiscono e che lo contraddistinguono da tutti gli altri strumenti informatici. Un ecosistema di approvvigionamento digitale è secondo la definizione normativa un sistema informatico, costituito dalle piattaforme ed i servizi infrastrutturali abilitanti la gestione del ciclo di vita dei contratti pubblici di cui all'art. 23 e dalle piattaforme di approvvigionamento digitale previste dall'art. 25.

La norma, come risulta evidente dalla sua lettura effettua un rinvio ad altre due disposizioni al fine di consentire l'individuazione delle caratteristiche strutturali di una piattaforma di approvvigionamento digitale.

Vediamo anzitutto il contenuto dell'art. 25 che definisce comunque al comma 1 quali piattaforme di approvvigionamento digitale l'insieme dei servizi e dei sistemi informatici interconnessi ed interoperanti utilizzati dalle stazioni appaltanti e dagli enti concedenti per svolgere una o più delle attività e per assicurare la piena digitalizzazione dell'intero ciclo di vita dei contratti pubblici.

Si tratta di una disposizione di carattere piuttosto generale che pare fare riferimento a tutti i sistemi informatici utilizzati da stazioni appaltanti e dagli enti concedenti nel corso delle procedure dirette alla conclusione di un contratto pubblico.

Neppure la seconda norma richiamata dall'art. 22 presenta un carattere definitorio più accentuato in quanto fa un semplice riferimento nel comma 1 alla disponibilità da parte di Anac della banca dati nazionale dei contratti pubblici ai sensi dell'art.

62 bis del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82 che sviluppa i servizi dell'ecosistema di approvvigionamento digitale.

Come si evidenzia dall'esame della normativa ci si trova in presenza di definizioni che non presentano un elevato grado di tassatività ed analiticità che inoltre difettano di tecnicismo così da essere facilmente prevedibile lo sviluppo di contenziosi relativi all'accertamento della presenza o meno di una piattaforma di approvvigionamento digitale. Forse, proprio per evitare tali problemi il legislatore ha accompagnato alla definizione contenuta nel comma 1 dell'art. 22 del d.lgs. 31 marzo 2023 n. 36 una ulteriore specificazione circa le funzioni svolte da tali strumenti informatici. L'art. 22 questa volta al suo numero 2 contiene una serie di precisazioni sulle attività che debbono essere svolte dalle piattaforme di approvvigionamento digitale con una precisa individuazione delle loro modalità esecuzione.

Si tratta di sette tipologie di attività distinte in relazione alla loro natura ed ai compiti svolti dal sistema informatico.

Ci si trova in presenza di una piattaforma di approvvigionamento digitale nel caso in cui ad un sistema informatico sia affidato una delle operazioni di cui sotto:

1. la redazione od acquisizione di atti in formato nativo digitale,
2. la pubblicazione e l'acquisizione dei dati e dei documenti alla banca dati nazionale dei contratti,
3. l'accesso elettronico alla documentazione di gara,
4. la presentazione del documento di gara unico europeo in formato digitale e l'interoperabilità con il fascicolo virtuale dell'operatore economico,
5. la presentazione delle offerte,
6. l'apertura, la gestione e la conservazione del fascicolo di gara in modalità digitale,
7. il controllo tecnico, contabile od amministrativo dei contratti anche in fase di esecuzione e la gestione delle garanzie.

Si tratta di una elencazione di attività piuttosto articolata e che senza ombra di dubbio risolve numerosi problemi in sede applicativa ma che non svolge una funzione di carattere tassativo in assenza di una espressa indicazione di carattere legislativo in tal senso.

Ci si potrà trovare in presenza di una piattaforma di approvvigionamento digitale, pertanto, anche nel caso di un sistema di approvvigionamento informatico che svolga una funzione diversa da quelle indicate nella disposizione di cui sopra.

L'elenco previsto dal codice dei contratti pubblici, tuttavia, assolve una funzione specifica, in quanto nel caso di accertamento dello svolgimento di una delle funzioni in esso contenute non sarà più possibile negare la qualità di piattaforma di approvvigionamento digitale ad un sistema informatico.

Inoltre, ad avviso di chi scrive, la previsione di una elencazione di funzioni come quella contenuta nell'art. 22 comma 2 si rivela come utile e funzionale per la riduzione del possibile contenzioso giudiziario fondato sul riconoscimento o meno della qualità di piattaforma di approvvigionamento digitale.

In sintesi, dalla lettura del contenuto degli articoli 22, 23, 25 del Codice degli appalti è comunque possibile ricavare una nozione abbastanza definita di piattaforma di approvvigionamento digitale. Assumerà la qualità di cui sopra lo strumento di carattere informatico diretto ad assicurare o, perlomeno, ad agevolare l'esecuzione delle procedure dirette alla conclusione di contratti di carattere pubblico.

### **3. Piattaforme di approvvigionamento digitale e divieti nel loro utilizzo**

L'impiego delle piattaforme di approvvigionamento informatico, sia pure indispensabile per il celere svolgimento della procedura di conclusione di un contratto od appalto pubblico e funzionale al disegno legislativo di digitalizzazione, comporta specifici rischi di lesione per i diritti di coloro che interagiscono con la pubblica amministrazione.

L'applicazione generalizzata dell'informatica nelle procedure di contrattazione pubblica è un fenomeno del tutto nuovo che presenta aspetti di potenziale lesività dei quali per la loro novità non si conoscono tutti i potenziali risvolti.

Comunque, al fine di eliminare o comunque di ridurre l'incidenza il legislatore ha inserito una norma apposita.

L'art. 25 comma 2 del d.lgs. 31 marzo n. 36 prevede quattro specifici obblighi per gli operatori delle

stazioni appaltanti o degli enti concedenti che si avvalgono delle piattaforme di approvvigionamento digitale.

Si tratta di una disposizione di evidente carattere cogente che vieta quattro condotte diverse nell'impiego dei sistemi digitali.

Nel corso della procedura diretta alla conclusione di appalti e contratti pubblici non sarà possibile, infatti, effettuare l'utilizzo delle piattaforme di approvvigionamento digitale in modo da:

1. alterare la parità di accesso degli operatori,
2. impedire o limitare la parità di partecipazione alla gara degli stessi,
3. distorcere la concorrenza,
4. modificare l'oggetto dell'appalto come definito dai documenti di gara.

Come si nota dalla lettura della disposizione il legislatore anche in questo caso, utilizza una terminologia di carattere ordinario impiegando lo stesso sistema utilizzato in sede di definizione delle caratteristiche fondamentali che debbono essere presenti in uno strumento informatico affinché possa essere qualificato quale piattaforma di approvvigionamento digitale.

Ma vediamo, in particolare in che cosa consistono le condotte di cui sopra.

Le prime tre sono dirette a tutelare la parità di condizioni tra gli operatori economici che intendono partecipare alla contrattazione e presentano evidenti elementi di similitudine, la quarta invece presenta un carattere leggermente diverso in quanto sia pure tutelando il medesimo interesse degli altri divieti si accentra sulle modalità di svolgimento della procedura ed in particolare il contenuto degli atti emessi nel corso della stessa.

Si tratta comunque di una esposizione di quattro diverse condotte, pertanto, di una tecnica di indicazione, comunque, abbastanza analitica che sanziona diversi comportamenti di carattere illecito.

Sul contenuto dei divieti è opportuno compiere una ulteriore precisazione.

L'art. 25 comma 2 del d. lgs. 31 marzo 2023 n. 36 costituiscono senza ombra di dubbio fatti illeciti e come tali generano una responsabilità in capo agli autori.

La disposizione, tuttavia, si limita ad individuare i soli caratteri materiali delle condotte oggetto del divieto.

Gli aspetti naturalistici del fatto materiale vengono pertanto definiti dal Codice degli appalti che nulla prevede tuttavia in materia di elemento psicologico dell'autore della condotta illecita. La questione può essere risolta sulla base dei principi generali dell'ordinamento. Sarà possibile distinguere una condotta dolosa da una condotta invece di carattere colposo.

La prima di meno frequente realizzazione si configura nel solo caso in cui il comportamento che viola uno dei divieti previsti dal comma 2 dell'art. 25 del Codice degli appalti e dei contratti pubblici trovi realizzazione in una condotta consapevole e volontaria: si pensi al caso di chi alteri volontariamente la documentazione presente in una piattaforma di approvvigionamento digitale in modo tale da determinare una esclusione illegittima di una impresa da una gara nonostante il suo diritto di prendervi parte.

Il secondo caso potenzialmente configurabile riguarda l'ipotesi in cui la condotta che realizza la violazione dei divieti previsti nell'art. 25 comma 2 assuma un carattere colposo in tale caso il comportamento deriva da una negligenza, da un'imperizia pensiamo al caso di errata interpretazione delle disposizioni contenute in una piattaforma di approvvigionamento digitale che abbiano determinato una illegittima esclusione di un concorrente da una gara.

#### **4. Violazione dei divieti previsti dall'art.25 comma 2 e tutela del soggetto danneggiato**

Come abbiamo visto l'utilizzo delle piattaforme di approvvigionamento digitale è soggetto a ben precisi limiti, posti come ovvio a tutela della parte che interagisce con la pubblica amministrazione.

Tuttavia, il legislatore prevede sì quattro divieti diversi ma nulla precisa in merito alle conseguenze della loro violazione non potendosi rinvenire all'interno del testo legislativo, indicazioni circa effetti e conseguenze derivanti dalla realizzazione di una delle condotte vietate.

In assenza di espresse indicazioni legislative, non potranno che soccorrere i principi generali al

fine di individuare le forme di tutela e di garanzia del soggetto che prende parte alla procedura di contrattazione pubblica.

L'ordinamento, infatti inutile ricordarlo, prevede espressamente numerosi mezzi sostanziali e processuali per garantire tali posizioni.

La questione di non scarsa rilevanza pratica necessita di alcune distinzioni in relazione alla natura dell'operatore che pone in essere la procedura di contrattazione, nonché delle diverse modalità tramite le quali esso agisce.

La procedura diretta alla conclusione di un contratto pubblico vede infatti ai sensi della normativa vigenti due soggetti diversi quali promotori della stessa: le stazioni appaltanti e gli enti concedenti.

In capo a tali soggetti incomberanno i divieti previsti dall'art. 25 comma 2 del Codice dei contratti pubblici previsti in sede di utilizzazione delle piattaforme di approvvigionamento digitale.

Ma in quali casi ci si trova di fronte ad una stazione appaltante o ad un ente concedente. La definizione legislativa è contenuta nell'allegato 1 al testo del Codice dei contratti pubblici che contiene una elencazione dei soggetti che possono assumere tale qualifica.

L'elencazione contenuta in tale documento è piuttosto analitica e contiene soggetti che presentano una tipologia oltremodo eterogenea e che spazia da enti che presentano una natura pubblicistica ad enti invece che assumono la connotazione di organismo privato.

Poniamo la nostra attenzione anzitutto sull'attività posta in essere da soggetti di carattere pubblico, al fine di individuare le forme di tutela consentite nei confronti di condotte vietate nell'utilizzo delle piattaforme di approvvigionamento digitale.

Tali enti in virtù della loro natura ai sensi della normativa vigente possono operare attraverso due modalità ben distinte che incidono in maniera diversa sulle posizioni di coloro che interagiscono con l'amministrazione.

Cominciamo dalla prima e più frequente di tali modalità, che caratterizza in maniera statisticamente maggiore l'operato di stazioni appaltanti ed enti concedenti che presentino una natura di carattere pubblicistico.

Ci si riferisce, ai casi in cui l'azione amministrativa venga posta in essere attraverso l'emissione di provvedimenti ovvero di atti che possono modificare le posizioni dei destinatari anche in assenza del loro consenso.

Nel corso di una delle procedure regolamentate dal Codice dei contratti pubblici può verificarsi che uno di tali provvedimenti emesso per la regolamentazione dell'utilizzo di una piattaforma di approvvigionamento digitale contrasti con uno dei divieti contenuti nel numero 2 dell'art. 25.

È il caso, ad esempio, della previsione che inibisca la partecipazione ad una procedura di determinati soggetti in assenza di adeguata giustificazione, la violazione al comma 2 dell'art 25 del codice dei contratti pubblici è palese ed evidente ma in tali casi *quid iuris*? Che cosa succede? Nel caso in cui le stazioni appaltanti o gli enti concedenti ledano nel corso di una procedura diretta alla conclusione di un contratto pubblico tramite l'emissione di un provvedimento posto in essere in violazione di legge i diritti del suo destinatario quali saranno i suoi diritti?

In tali casi il provvedimento si presenta come affetto dallo specifico vizio della violazione di legge. Si tratta della forma di vizio più frequente di vizio cui possono essere affetti i provvedimenti amministrativi e che si sostanzia in una particolare anomalia la cui caratteristiche sono state più volte evidenziate dalla dottrina e che si configura in tutti i casi in cui l'atto emesso dall'amministrazione, a seguito della mancata applicazione della normativa prevista per la sua redazione, presenti una struttura difforme a quella per esso prevista dalla legislazione.

Tale vizio è sicuramente configurabile nel caso in cui venga posto in essere un provvedimento che disciplini l'impiego di una piattaforma di approvvigionamento digitale in modo da alterare la libera concorrenza. La conformità del provvedimento alla disciplina legislativa costituisce un principio legislativo basilare che deve essere osservato da parte dell'amministrazione in sede di emissione di tutti i provvedimenti tra i quali vi rientrano anche quelli riguardanti l'utilizzo delle piattaforme digitali nel corso delle procedure dirette alla conclusione di appalti e contratti pubblici.

La sua mancata osservanza determina la presenza del vizio della violazione di legge che potrà essere fatto valere innanzi agli organi

della giustizia amministrativa. Nel caso in cui il giudice amministrativo accerti la presenza del vizio di violazione di legge dovrà provvedere all'annullamento del provvedimento che perderà in tale caso ogni efficacia.

Ma questa non è la sola forma di tutela consentita alla persona danneggiata, per espressa disposizione della legislazione vigente ed in particolare dell'art. 30 del Codice del processo amministrativo è consentito a colui che si ritenga leso da un provvedimento legislativo illegittimo ricorrere agli organi della giustizia amministrativa al fine di ottenere il risarcimento di tutti i danni patiti nel caso concreto.

L'azione risarcitoria potrà trovare applicazione anche alle procedure dirette alla conclusione di un contratto pubblico nel caso in cui a seguito di un provvedimento posto in essere da parte della stazione appaltante ovvero dell'ente condente si sia verificato un danno per l'altra parte.

Tuttavia, le amministrazioni non operano in via esclusiva attraverso l'emissione di provvedimenti ma con frequenza si avvalgono degli strumenti del diritto comune che per la loro agilità consentono in molti casi un più rapido perseguimento dell'interesse pubblico cui è finalizzato l'azione pubblica.

Tale sistema di operare può essere utilizzato anche nel caso di procedure dirette alla conclusione di contratti pubblici in sede di impiego delle piattaforme di approvvigionamento digitale qualora si rendano necessarie regolamentazioni specifiche per integrare quelle legislative o regolamentari. Tuttavia, anche in questo caso non vengono meno i divieti previsti nell'utilizzo delle piattaforme di approvvigionamento digitale che resteranno perfettamente cogenti ed efficaci.

In tale caso proprio per le modalità che hanno caratterizzato l'azione dell'amministrazione anche la tutela del soggetto che da essa lamenta un danno assumerà una connotazione ben diversa e troverà la propria fonte nel contenuto di disposizioni di carattere diverso.

Il soggetto danneggiato potrà infatti avvalersi degli strumenti del diritto privato tra i quali vi rientra anzitutto quello della responsabilità extracontrattuale e poi di quelli che regolamentano l'annullamento dei contratti e dei negozi giuridici in generale.

L'imprenditore illegittimamente escluso da una procedura di gara acquista la qualità di soggetto danneggiato da un fatto illecito realizzato da parte dell'amministrazione.

Si tratta con tutta evidenza di una ipotesi di responsabilità extracontrattuale e che espone il responsabile, nel caso di specie l'amministrazione pubblica all'obbligo di risarcire tutti i danni conseguenti alla condotta illecita.

Fin qui per quel che riguarda i casi in cui l'ente promotore di una procedura di contrattazione assuma un carattere di ente pubblico.

Ma che cosa succede nel caso in cui esso invece abbia una natura giuridica di carattere diverso ovvero nel caso in cui ci si trovi in presenza di un ente privato, ipotesi prevista dalla normativa vigente che consente di assumere la natura di stazione appaltante od ente concedente anche a soggetti che non presentino la natura di ente pubblico.

Dalla natura del soggetto che in questo secondo caso è ben diversa dalla precedente discende una precisa conseguenza in relazione alla natura giuridica dell'attività esercitata quale promotore di una procedura e dei suoi effetti con i soggetti che con esso interagiscono.

Si tratta di una attività che non potrà esprimersi attraverso l'emissione di provvedimenti amministrativi data la mancanza di poteri autoritativi nel caso concreto ma che troverà la propria realizzazione attraverso le ordinarie forme del diritto privato.

Pensiamo ad esempio al caso delle pattuizioni concluse che tra stazione appaltante e soggetto che vuole partecipare alla procedura e che contengano clausole dirette alla regolamentazione dell'utilizzo delle piattaforme di approvvigionamento digitale.

Ma che cosa succede se vengono poste in essere in violazione dei divieti previsti dalla normativa.

Anche in questo caso potranno soccorrere le ordinarie forme di tutela previste in via generale dalla normativa vigente.

Si pensi ad esempio alle norme che regolamentano la stipulazione dei contratti contenute nel Codice Civile ovvero a quelle che prevedono le diverse forme di responsabilità civile.

Ai sensi della normativa vigente il soggetto danneggiato potrà ottenere l'annullamento delle clausole delle disposizioni poste in essere in violazione delle norme ed inoltre beneficiare del risarcimento previsto per i casi di responsabilità contrattuale od extracontrattuale.

Questi i rimedi carattere amministrativo o civile, tuttavia, non dobbiamo dimenticare come la presenza nell'ordinamento di norme di carattere penale potenzialmente applicabili anche agli operatori delle stazioni appaltanti o degli enti concedenti.

## Pareri & Sentenze



### **TAR Calabria, Reggio Calabria, 29/3/2024, n. 255**

#### *Modalità applicative della clausola sociale*

“La giurisprudenza amministrativa ha interpretato la portata obbligatoria della clausola sociale nei seguenti termini:

- la clausola cd. sociale 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, anche perché solo in questi termini essa è conforme al criterio secondo cui 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 (cfr. Cons. Stato, sez. V, 15 novembre 2023 n. 9790; parere Cons. Stato 21 novembre 2018 n. 2-OMISSIS-3).
- ciò significa che la clausola sociale non obbliga l’aggiudicatario ad assumere tutto il personale in carico all’appaltatore uscente né tanto meno ad applicargli le medesime condizioni contrattuali e lo stesso inquadramento né, infine, a riconoscergli l’anzianità pregressa (cfr. Cons. Stato, sez. V, 2 novembre 2020, n. 6761; Id, 16 gennaio 2020 n. 389);
- deve essere necessariamente rimessa al concorrente la scelta sulle modalità di attuazione della clausola sociale, incluso l’inquadramento da attribuire ai lavoratori, spettando allo stesso operatore l’onere di formulare la proposta contrattuale anche attraverso il progetto di assorbimento (cfr. Cons. Stato, sez. V, 1 settembre 2020 n. 5338), residuando soltanto un obbligo di salvaguardare i livelli retributivi dei lavoratori riassorbiti in modo adeguato e congruo;
- la cognizione del giudice amministrativo, avendo ad oggetto esclusivamente la fase di scelta del contraente, si arresta necessariamente all’accertamento precedentemente compiuto sulla legittimità della clausola sociale inserita nel bando di gara; in che modo l’imprenditore subentrante dia seguito all’impegno assunto con la stazione appaltante di riassorbire i lavoratori impiegati dal precedente aggiudicatario (id est, come abbia rispettato la clausola sociale) attiene, infatti, alla fase di esecuzione del contratto, con conseguente giurisdizione del giudice ordinario in funzione di giudice del lavoro (cfr. TAR Napoli, sez. II, 1 giugno 2020, n. 2143).”

**TAR Lazio Roma, Sez. V, 26/3/2024, n. 5959***Accesso difensivo e valutazione della "stretta indispensabilità" della documentazione*

Nel caso del c.d. accesso difensivo "è essenziale dimostrare non già un generico interesse alla tutela dei propri interessi giuridicamente rilevanti quanto, piuttosto, la "stretta indispensabilità" della ridetta documentazione per apprestare determinate difese all'interno di in uno specifico giudizio. La valutazione di "stretta indispensabilità", in altre parole, costituisce il criterio che regola il rapporto tra accesso difensivo e tutela della segretezza industriale e commerciale. Una simile valutazione va effettuata in concreto e verte, in particolare, sull'accertamento dell'eventuale nesso di strumentalità esistente tra la documentazione oggetto dell'istanza di accesso e le censure formulate. Come affermato anche dal Consiglio di Stato, Adunanza plenaria n. 4 del 18 marzo 2021, in materia di accesso difensivo ai sensi dell'art. 24, comma 7, della legge n. 241 del 1990, deve però escludersi che sia sufficiente fare generico riferimento, nell'istanza di accesso, a non meglio precisate esigenze probatorie e difensive, siano esse riferite a un processo già pendente oppure ancora instaurando, laddove l'ostensione del documento richiesto dovrà comunque passare attraverso un rigoroso e motivato vaglio sul nesso di strumentalità necessaria tra la documentazione richiesta e la situazione finale che l'istante intende curare o tutelare. Trova quindi conferma la tesi di maggior rigore secondo cui deve esservi un giudizio di stretto collegamento (o nesso di strumentalità necessaria) tra documentazione richiesta e situazione finale controversa: la parte interessata, in tale ottica, dovrebbe allora onerarsi di dimostrare in modo intelligibile il collegamento necessario fra la documentazione richiesta e le proprie difese. E tanto, come evidenziato in diverse occasioni dalla giurisprudenza amministrativa (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 14 maggio 2014, n. 2472), attraverso una sia pur minima indicazione delle "deduzioni difensive potenzialmente esplicabili". In questo quadro l'onere della prova del suddetto nesso di strumentalità incombe – secondo il consueto criterio di riparto – su colui che agisce (in sede procedimentale, il richiedente l'accesso agli atti)."

**TAR Catania, 19/03/2024, n. 1099***Il principio di rotazione vieta il secondo consecutivo affidamento (avente ad oggetto la stessa categoria di opere) e non il "terzo" affidamento da parte dell'operatore già affidatario di due consecutivi affidamenti*

"L'art. 49 del D.lgs. n. 36/2023 dispone che gli affidamenti di importo inferiore alle soglie comunitarie avvengono nel rispetto del principio di rotazione e il successivo comma 2° specifica che, in applicazione del citato principio, "è vietato l'affidamento o l'aggiudicazione di un appalto al contraente uscente nei casi in cui due consecutivi affidamenti abbiano ad oggetto una commessa rientrante nello stesso settore merceologico, oppure nella stessa categoria di opere, oppure nello stesso settore di servizi". I "due consecutivi affidamenti" fanno, quindi, riferimento a quello da aggiudicare e a quello "immediatamente precedente" con la conseguenza che la disposizione vieta il secondo consecutivo affidamento (avente ad oggetto la stessa categorie di opere) e non - come dalla ravvisato dalla parte ricorrente (v. pag. 12- 13 del ricorso introduttivo) - il "terzo" affidamento da parte dell'operatore già affidatario di due consecutivi affidamenti", non rivenendosi, per una simile interpretazione, né elementi testuali, né elementi sistematici tenuto anche conto che la disposizione si pone in linea di continuità con la precedente regolamentazione di cui alle linee guida ANAC n. 4 che al punto 3.6 faceva espresso riferimento all'affidamento "precedente" e a quello "attuale". Peraltro, in tal caso, la norma avrebbe utilizzato il termine "abbiano avuto", piuttosto che "abbiano", tempo presente che "attualizza" la sequenza temporale al momento immediatamente precedente."

**Consiglio di Stato, Sez. III, 15/03/2024, n. 2544**

*La centrale di committenza è direttamente responsabile della legittimità delle procedure, sulla quale grava, di conseguenza, l'onere risarcitorio*

" ... La centrale di committenza che svolge esclusivamente attività di centralizzazione delle procedure di affidamento per conto di altre amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori è tenuta al rispetto delle disposizioni di cui al presente codice e ne è direttamente responsabile". La norma, dunque, fa gravare sulla Centrale di committenza l'onere del rispetto dei principi e delle regole introdotte dal Codice dei contratti pubblici, con la conseguenza che l'errore sull'esclusione di un operatore economico dalla gara o sulla aggiudicazione della procedura non può che gravare sulla stessa Centrale. La disposizione riprende il Considerando n. 69 della direttiva n. 24 del 2014, secondo cui "Occorre inoltre stabilire regole per ripartire tra la Centrale di committenza e le amministrazioni aggiudicatrici che ad essa fanno direttamente o indirettamente ricorso la responsabilità di vigilare sull'osservanza degli obblighi derivanti dalla presente direttiva. Nel caso in cui la responsabilità esclusiva per lo svolgimento delle procedure di appalto compete alla Centrale di committenza, la stessa è anche esclusivamente e direttamente responsabile della legittimità delle procedure. Se un'amministrazione aggiudicatrice gestisce alcune parti della procedura, ad esempio la riapertura della gara nell'ambito di un accordo quadro o l'aggiudicazione dei singoli appalti basata su un sistema dinamico di acquisizione, la stessa amministrazione dovrebbe continuare ad essere responsabile per le fasi che gestisce.". Nel caso all'esame del Collegio non è dubbio che la procedura di gara è stata svolta dal Consorzio, che ha proceduto anche alla revoca dell'aggiudicazione (rispettivamente, determina 17 gennaio 2020, n. 14, e determina 17 febbraio 2020, n. 34), e che, quindi, è responsabile della stessa. L'onere risarcitorio non può, quindi, che gravare sul Consorzio (fatti salvi i successivi rapporti con il Comune che dell'attività del Consorzio ha beneficiato)."

**TAR Lombardia Brescia, Sez. II, 12/3/2024, n. 89**

*Art. 11 del d.lgs. 36/2023: Valutazione in ordine all'equivalenza delle tutele in caso di CCNL differenti*

"in base all'art. 11 commi 3 e 4 del Dlgs. n. 36/2023, il ribasso inserito nell'offerta non può essere ottenuto in danno dei lavoratori mediante l'applicazione di un CCNL che, essendo incoerente rispetto alle lavorazioni, comporti minori tutele economiche e normative; ... la suddetta norma determina certamente una limitazione della libertà di organizzazione aziendale, ma non può essere interpretata in senso eccessivamente restrittivo, in quanto occorre evitare di introdurre freni non necessari alla concorrenza e al principio di massima partecipazione. Si ritiene pertanto che un'impresa possa mantenere il proprio CCNL anche in una gara che in base alle ripartizioni della contrattazione collettiva si collocherebbe in un altro settore economico, purché, secondo una valutazione complessiva (giuridica ed economica), il trattamento dei lavoratori impiegati in tale gara non sia deteriore rispetto a quello dei CCNL individuati dalla stazione appaltante, e vi sia corrispondenza tra le mansioni del CCNL applicato e le lavorazioni oggetto dell'appalto; ... occorre precisare ulteriormente che non è necessaria la parità di retribuzione, in quanto tale condizione sarebbe equivalente all'imposizione di un CCNL unico. Gli stessi CCNL indicati nel disciplinare di gara contengono significative differenze di retribuzione, una volta raffrontati i livelli di inquadramento;"

**TAR Lombardia Brescia, Sez. II, 4/3/2024, n. 165**

*Criteri sintomatici idonei ad evidenziare la sussistenza in concreto dell'interesse transfrontaliero*

“Il legislatore non ha fornito una definizione dell'interesse transfrontaliero certo.

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea, tuttavia, attraverso vari interventi negli anni, ha fornito una serie di criteri sintomatici idonei ad evidenziarne la sussistenza in concreto, quali:

La consistenza dell'appalto, l'ubicazione dei lavori in luogo idoneo ad attrarre l'interesse di operatori esteri, le caratteristiche tecniche dell'appalto, presenza di frontiere che attraversano centri urbani situati sul territorio di stati membri. (v. in tal senso sentenze del 15 maggio 2008 SECAP e Santorso, C-147/06 e C-148/06, EU:C2008:277 punti 20 e 21; 11/12/2014 C-113/13, EU:C:2014:2440, punti 45 e 46; 18/12/2014, C-470/13, EU:C:2014:269 punto 32; 16/04/2015, C-278/14, EU:C:2015:228 punto 16). Rispetto ai criteri sopra enunciati, quello relativo alla consistenza economica dell'appalto rappresenta senza dubbio non solo il criterio principale ma anche il parametro sulla base del quale valutare l'incidenza probatoria degli altri elementi sintomatici presenti nella fattispecie. Invero, l'elemento economico, ponendo il contratto al di sotto o al di sopra della soglia di rilevanza europea, rappresenta l'unico indice espresso a cui il legislatore affida la presunta esistenza dell'interesse transfrontaliero e la conseguente applicazione integrale delle direttive comunitarie allo scopo di tutelare la concorrenza e il mercato. Ciò al fine di rispondere all'esigenza di garantire che tutti gli operatori economici, stabiliti nel territorio dell'Unione europea, abbiano le medesime possibilità di accesso alle procedure di evidenza pubblica bandite all'interno degli stati membri. Tanto più l'importo della gara è elevato, tanto maggiore è l'interesse del legislatore a consentire che a tale gara possano partecipare, in condizioni di parità, tutti gli operatori economici. (..) l'interesse commerciale degli operatori esteri è concretamente sollecitato quando la base d'asta assuma una consistenza economica così elevata per un appalto di lavori da eseguirsi in un ambito territoriale ad altissimo tasso d'imprenditorialità nazionale ed estera.”

**Autorità Nazionale Anticorruzione****Parere di precontenzioso n. 85 del 20 febbraio 2024****UPREC-PRE 24/2024/S/PREC**

*“appalto pubblico – servizi – bando – divisione in lotti – motivazione mancata suddivisione”*

“Sebbene la suddivisione in lotti rappresenti uno strumento posto a tutela della concorrenza sotto il profilo della massima partecipazione alle gare, è altrettanto indubbio che tale principio non costituisca un precetto inviolabile, né possa comprimere eccessivamente la discrezionalità amministrativa di cui godono le stazioni appaltanti nella predisposizione degli atti di gara in funzione degli interessi sottesi alla domanda pubblica, assumendo, piuttosto, la natura di principio generale adattabile alle peculiarità del caso di specie. Ne discende che il sindacato sulla scelta delle amministrazioni aggiudicatrici di non suddividere un appalto in lotti va svolto sotto il profilo della ragionevolezza e proporzionalità in quanto a venire in rilievo è un potere discrezionale che involge valutazioni di carattere tecnico-amministrativo rientranti nella sfera riservata all'amministrazione che esprime con adeguata motivazione.”

**Autorità Nazionale Anticorruzione****Parere di precontenzioso n. 86 del 20 febbraio 2024  
UPREC - PRE 0027 -2024-S (FASC. 471/2024)**

*"Appalto pubblico - Scelta del contraente – Lavorazioni - Attività maggiormente esposte a rischio di infiltrazione mafiosa – Iscrizione white list – Possesso e Rinnovo iscrizione elenco"*

"Qualora le prestazioni oggetto di affidamento ricomprendano lavorazioni riconducibili all'elenco di attività maggiormente esposte a rischio di infiltrazione mafiosa, il concorrente deve possedere, all'atto della partecipazione alla gara, l'iscrizione nelle white list della Prefettura territorialmente competente. La richiesta di permanenza nell'elenco deve essere attivata dal soggetto interessato almeno trenta giorni prima della data di scadenza dell'iscrizione."

**Autorità Nazionale Anticorruzione****DELIBERA N. 116 del 6 marzo 2024  
UPREC/PRE/0028/2024/S/PREC**

*"Nella determinazione della base d'asta, la Stazione appaltante è tenuta a valutare il costo di tutte le prestazioni richieste dal Capitolato speciale d'appalto e a individuare puntualmente il costo della manodopera, calcolato secondo le tabelle ministeriali di riferimento"*

" ... in via generale, (...) la misura del prezzo a base d'asta non implica una mera scelta di convenienza e opportunità, ma una valutazione alla stregua di cognizioni tecniche, sulla quale è possibile il solo sindacato estrinseco, ovvero limitato ai casi di complessiva inattendibilità delle operazioni e valutazioni tecniche operate dall'amministrazione, alla illogicità manifesta, alla disparità di trattamento, non potendo il Giudice (o l'Autorità) giungere alla determinazione del prezzo congruo (cfr. Delibere nn. 753 e 321 del 2021 e la n. 1017 del 2020);

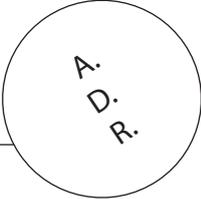
... secondo il consolidato orientamento giurisprudenziale, la base d'asta non corrisponde necessariamente al prezzo di mercato e, tuttavia, è necessario che la sua determinazione sia effettuata dalla stazione appaltante facendo riferimento a criteri verificabili e acquisendo attendibili elementi di conoscenza, al fine di scongiurare il rischio di una base d'asta arbitraria perché manifestamente sproporzionata, con conseguente alterazione della concorrenza (Cons. Stato, sez. III, 28 settembre 2020, n. 5634; 24 settembre 2019, n. 6355; 10 maggio 2017, n. 2168; sez. V, 28 agosto 2017, n. 4081);

**Autorità Nazionale Anticorruzione****DELIBERA N. 146 del 20 marzo 2024  
UPREC/PRE/0066/2024/S/PREC**

*"Appalto pubblico – Servizi – Rifiuti – Recupero – Stabilimento – Principio di prossimità – Valorizzazione – Offerta tecnica – Necessità"*

"Nelle procedure di gara dirette all'affidamento dei servizi di recupero dei rifiuti urbani, in relazione alle quali il legislatore ha imposto che sia privilegiato il principio di prossimità degli impianti, l'ubicazione dello stabilimento del concorrente deve essere adeguatamente valorizzato in sede di offerta tecnica attraverso l'attribuzione di un punteggio proporzionato."

# A Domanda Rispondiamo



## 1

**È necessario richiedere un CIG quando si dà in concessione un'area demaniale marittima destinata alla nautica da diporto?**

L'eventuale necessità di un cig per una procedura che riguarda la concessione demaniale marittima potrebbe essere legata al solo rispetto della normativa sulla tracciabilità (L.136/2010). Negli anni Anac ha fornito qualche indicazione in merito, ribadendo nelle faq che le concessioni di beni sono estranee alla disciplina sulla tracciabilità, non afferendo alla realizzazione di un lavoro, di un servizio o di una fornitura. Esse hanno infatti ad oggetto il godimento di un bene pubblico dietro corrispettivo. Tuttavia, nel caso in cui l'oggetto della concessione sia rappresentato non dal bene in sé considerato, bensì dal bene in quanto idoneo ad apprestare un servizio reso al pubblico, si configura l'ipotesi di "concessionari di finanziamenti pubblici anche europei a qualsiasi titolo interessati ai lavori, ai servizi e alle forniture pubbliche" di cui all'articolo 3, comma 1, della legge n. 136/2010, con conseguente assoggettamento alla normativa in materia di tracciabilità (**Cfr. *Parere ANAC sulla normativa del 15 febbraio 2013, Sentenza Tar Campania, sez. VII, n. 4056 del 24.07.2019***).

## 2

**Come si concretizza l'impegno normativo richiesto all'operatore economico di applicare il contratto collettivo nazionale e territoriale indicato nell'esecuzione delle prestazioni oggetto del contratto, ovvero la dichiarazione di equivalenza delle tutele in caso di impiego di un diverso contratto?**

Con sentenza n. 89 del 12/03/2024 il TAR Brescia, precisa che "non è necessaria la parità di retribuzione, in quanto tale condizione sarebbe equivalente all'imposizione di un CCNL unico", aggiungendo altresì che: "la suddetta norma determina certamente una limitazione della libertà di organizzazione aziendale, ma non può essere interpretata in senso eccessivamente restrittivo, in quanto occorre evitare di introdurre freni non necessari alla concorrenza e al principio di massima partecipazione. Si ritiene pertanto che un'impresa possa mantenere il proprio CCNL anche in una gara che in base alle ripartizioni della contrattazione collettiva si collocherebbe in un altro settore economico, purché, secondo una valutazione complessiva (giuridica ed economica), il trattamento dei lavoratori impiegati in tale gara non sia deteriore rispetto a quello dei CCNL individuati dalla stazione appaltante, e vi sia corrispondenza tra le mansioni del CCNL applicato e le lavorazioni oggetto dell'appalto, "senza che le sole differenze retributive possano essere ritenute condizione sufficiente per sancire la mancata equivalenze delle tutele.

### 3 **Un operatore economico di uno stato membro dell'UE, non dotato di spid, come accede alle piattaforme per partecipare ad una procedura di gara?**

Il Regolamento (UE) n. 910/2014 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 23 luglio 2014, (detto Regolamento eIDAS) disciplina l'interazione tra i vari sistemi di riconoscimento delle identità digitali degli stati membri UE. Già nel considerando del Regolamento viene focalizzato lo scopo primario della norma, come ad es. nel considerando n. 14 "Occorre che il presente regolamento fissi talune condizioni in merito all'obbligo di riconoscimento dei mezzi di identificazione elettronica e alle modalità di notifica dei regimi di identificazione elettronica. È opportuno che tali condizioni aiutino gli Stati membri a costruire la necessaria fiducia nei rispettivi regimi di identificazione elettronica e a riconoscere reciprocamente i mezzi di identificazione elettronica che fanno parte dei regimi notificati. È opportuno che il principio del riconoscimento reciproco si applichi ove il regime di identificazione elettronica dello Stato membro notificante soddisfi le condizioni di notifica e la notifica sia stata pubblicata nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea. Tuttavia, il principio del riconoscimento reciproco dovrebbe riguardare esclusivamente l'autenticazione nei servizi online..." e ancora nel considerando n. 20 "È opportuno che la cooperazione degli Stati membri agevoli l'interoperabilità tecnica dei regimi di identificazione elettronica notificati, al fine di promuovere un elevato livello di fiducia e sicurezza, in funzione del grado di rischio. È opportuno che lo scambio di informazioni e la condivisione delle migliori prassi fra Stati membri, finalizzati al riconoscimento reciproco dei regimi, facilitino tale cooperazione."

Gli obblighi derivanti dalla normativa dell'Unione europea hanno imposto a tutte le pubbliche amministrazioni che rendono accessibili i propri servizi online con credenziali SPID di livello 2 o 3 (come anche attraverso la carta di identità elettronica), hanno l'obbligo di rendere accessibili detti servizi anche con gli strumenti di autenticazione notificati dagli altri Stati membri. Non rispettare tale obbligo, implica esporsi a una procedura di infrazione per violazione dell'articolo 6 del regolamento eIDAS (n.910/2014).

Di seguito la descrizione del modello di funzionamento del nodo eIDAS (cioè, l'insieme di strumenti e comunicazioni che permettono lo scambio e la verifica delle informazioni), nel caso in cui un utente italiano richieda di fruire il servizio online di un altro stato membro della UE (e viceversa di un cittadino straniero che chiede di accedere a fornitori di servizi italiani – pubblici o privati). L'utente italiano richiede l'accesso al servizio di uno stato membro UE. Il service provider dello stato membro invia una richiesta al proprio nodo eIDAS. Il nodo eIDAS dello stato membro chiede all'utente italiano il suo paese di provenienza. Nel momento in cui l'utente seleziona il proprio paese di provenienza, il nodo eIDAS dello stato membro inoltra una richiesta al nodo eIDAS italiano. Il nodo eIDAS italiano risponde alla richiesta del nodo eIDAS dello stato membro interpellando l'identity provider del richiedente, per l'autenticazione. Una volta che l'autenticazione è andata a buon fine, il nodo eIDAS italiano invia una conferma al nodo eIDAS dello stato membro, che a sua volta inoltra la conferma al service provider. Il service provider permette all'utente italiano l'accesso al servizio richiesto. Tutto ciò si svolge in pochi secondi, quelli a cui siamo tutti abituati oggi, necessari per effettuare l'accesso ad una applicazione.

## 4

**L'avvio pubblico di indagine di mercato finalizzato alla individuazione degli operatori economici da invitare alla successiva procedura negoziata ai sensi delle lettere c), d), e) del comma 1 dell'art. 50 del Codice deve essere pubblicato ai sensi dell'art. 27 del Codice attraverso la BDNCP?**

Le procedure negoziate senza bando ex art. 50 comma 1 lett. c), d), e) del Codice sono soggette agli obblighi di pubblicazione previsti dall'art. 2, comma 2, Allegato II.1 al Codice (fase di avvio) e dall'art. 50, comma 9 (fase aggiudicazione).

Se la consultazione degli operatori avviene con indagine di mercato, il relativo avviso di avvio dell'indagine di mercato è pubblicato in BDNCP (sezione altri avvisi della PVL) ai sensi dell'art. 2, comma 2, Allegato II.1.

Se la consultazione avviene con lettera di invito a soggetti individuati in un elenco di operatori economici, non viene effettuata alcuna pubblicazione in BDNCP per la fase di invio.

Rimane in ogni caso fermo che l'esito di ciascuna procedura, in qualunque modo sia stata avviata, deve essere pubblicato in BDNCP ai sensi dell'art. 50 comma 9.

## 5

**L'art. 104 comma 11 del nuovo codice, là dove prevede che per le categorie SIOS la stazione appaltante possa richiedere che le stesse siano direttamente eseguite dall'offerente, debba interpretarsi come possibilità per la stazione appaltante di poter vietare avvalimento per le suddette categorie di opere (come prevedeva l'art. 89 comma 11 del vecchio codice), oppure si riferisce al solo subappalto (si parla infatti di imporre all'appaltatore che siano direttamente da lui "svolte")? E nel caso introduca nel bando una limitazione che richiama l'art. 104 comma 11 debba quindi vietare sia l'avvalimento che il subappalto o solo quest'ultimo?**

Il Supporto Giuridico Servizio Contratti Pubblici del MIT del 14/03/2024, ha stabilito che il "comma 11 dispone poi che nel caso di appalti di lavori, servizi e forniture con posa in opera o installazione, le stazioni appaltanti possono prevedere nei documenti di gara che taluni compiti essenziali, ivi comprese le opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti e opere speciali, siano direttamente svolti dall'offerente o, nel caso di un'offerta presentata da un RTI, da un partecipante al raggruppamento. La nuova previsione sostituisce il divieto di avvalimento - art. 89 comma 11 del D.lgs. 50/2016 - per gli appalti o concessioni di lavori in cui rientrino opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti e opere speciali".

## 6

**In caso di appalti finanziati con risorse del PNR e del PNC è ancora possibile dopo il 31/12/2023 procedere ad affidamento nelle more della verifica dei requisiti previsti nella legge di gara?**

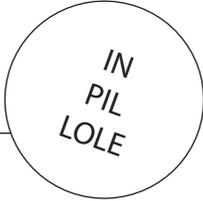
L'art. 8 comma 5 del Decreto-legge n. 215/2023 rubricato "proroga di termini in materie di competenza del Ministero delle Infrastrutture e dei trasporti" ha prorogato al 30 giugno 2024 il termine per l'applicazione delle procedure finalizzate a semplificare e accelerare la realizzazione degli interventi finanziati con risorse PNRR e PNC. Fino al 30 giugno 2024, possono essere ancora applicate agli appalti finanziati con risorse del PNRR e del PNC alcune disposizioni previste dal Decreto-legge n. 76/2020 e dal Decreto-Legge n. 32/2019 pertanto è possibile procedere all'aggiudicazione nelle more della verifica delle dichiarazioni rese dall'aggiudicatario in sede di gara e provvedere all'esecuzione dell'appalto già in questa fase e non come previsto dall'art. 17 del nuovo Codice, che stabilisce che l'organo preposto a disporre l'aggiudicazione, possa provvedervi solo "dopo aver verificato il possesso dei requisiti in capo all'offerente". Ne consegue che, con il nuovo Codice, l'aggiudicazione è immediatamente efficace, nelle procedure PNRR, invece, l'integrazione di efficacia può essere rimandata al momento in cui sono completate le verifiche sulle dichiarazioni presentate in sede di gara.

## 7

**Per gli affidamenti in house è necessario acquisire il codice identificativo gare (CIG)?**

Come chiarito nella determinazione n. 4/2011, aggiornata da ultimo con delibera n. 585 del 19 dicembre 2023, gli affidamenti in-house non sono sottoposti agli obblighi di tracciabilità dei flussi finanziari. Rimane la necessità di acquisire il CIG per l'identificazione univoca di una procedura di affidamento ed il suo monitoraggio, garantendo pubblicità e trasparenza oltre che per l'adempimento degli obblighi contributivi.

# Il principio di autoresponsabilità dell'operatore economico nelle procedure di gara



IN  
PIL  
LOLE

Alla luce della recente sentenza della V Sez. del Consiglio di Stato n. 2372 del 12 marzo 2024 si vuole porre l'attenzione sulla necessità che l'operatore economico, in fase di gara, ha nel redigere la propria offerta in maniera attenta e diligente.

I giudici con la più recente pronuncia hanno voluto richiamare il principio dell'autoresponsabilità del concorrente, in relazione a procedure ad evidenza pubblica che si svolgono mediante la presentazione telematica dell'offerta.

In base al suddetto principio, ciascun concorrente sopporta le conseguenze di eventuali e possibili errori commessi nella formulazione dell'offerta e nella presentazione della documentazione, di conseguenza, l'operatore economico che partecipa ad una procedura di gara, soggiace a particolari obblighi di diligenza che devono essere osservati nei rapporti con l'amministrazione.

Il concorrente è chiamato, pertanto, ad attuare un comportamento che possa consentire all'amministrazione di poter valutare l'affidabilità e la serietà nonché la correttezza del comportamento del concorrente stesso.

Il caso di specie richiamava la questione relativa ad una società che aveva partecipato ad una gara di appalto per l'assegnazione dei lavori volti alla realizzazione di un percorso ciclopedonale.

*La gara veniva aggiudicata ad un altro operatore economico e la società presentava il ricorso avverso i risultati della procedura, riferendo di aver presentato la propria offerta, mediante il modello predisposto dalla stazione appaltante, indicando un ribasso sulla base d'asta del 27.73% sia in cifre che in lettere nel rispetto della lex specialis di gara che prevedeva espressamente, in caso di discordanza tra tali indicazioni, la prevalenza dell'indicazione in lettere.*

*La società impugnava gli atti della procedura, riferendo di aver anche compilato un file riepilogativo autogenerato dal sistema con gli importi offerti esposti solo in cifre, nel quale, per mero errore materiale, veniva indicato un ribasso pari al 27.32%.*

*Diversamente per il ricorrente, l'aggiudicazione disposta doveva ritenersi illegittima in quanto costituente il frutto di un errore della stazione appaltante la quale avrebbe dovuto, in applicazione di quanto previsto dalla lettera di invito, attribuire la prevalenza all'indicazione espressa in lettere nel modulo offerta in cui era stato indicato il ribasso del 27.73% e non, invece, all'offerta economica generata dal sistema, atto non vincolante, nel quale era stato esposto, solo in cifre, l'erroneo ribasso percentuale del 27.32%. Il tribunale amministrativo regionale respingeva il ricorso, assumendo che l'indicazione da parte della ricorrente, nell'ambito del file denominato*

*offerta economica dalla stessa trasmesso tramite piattaforma telematica con la quale era stata gestita la procedura oggetto di ricorso, di un ribasso pari al 27.32% sulla base d'asta, non poteva essere considerata un mero errore materiale, in quanto inserito nel documento denominato offerta economica elaborato dalla piattaforma di gestione della gara, secondo i dati ed il ribasso indicati dal concorrente, mediante applicazione all'importo a base d'asta. Tale ribasso appariva dunque del tutto congruente con l'importo contrattuale indicato nel modulo offerta.*

I giudici nel loro giudizio hanno richiamato il principio dell'autoresponsabilità del concorrente, in relazione a procedure ad evidenza pubblica che si svolgono mediante la presentazione telematica dell'offerta.

In base a tale principio, ciascuno dei concorrenti presenti in gara, supporta le conseguenze di eventuali errori commessi nella formulazione dell'offerta e nella presentazione della documentazione.

Alle imprese che partecipano a delle gare di appalto viene richiesta un grado di professionalità e di diligenza superiore, una diligenza che riguardi sì le fasi di un contratto, ma anche le successive fasi quali quelle relative alla redazione degli atti necessari alla partecipazione della gara.

Nelle gare telematiche, il concorrente è a conoscenza delle modalità e delle tempistiche della procedura, pertanto tali tipi di errori devono essere tollerati.

In base a tali considerazioni, nella vicenda processuale il principio di autoresponsabilità dell'operatore andava declinato con la disciplina che regolamentava l'intera gara.

Ciò in quanto, la piattaforma aveva generato il riepilogo sulla base del ribasso inserito dalla società concorrente che lo aveva visionato, lo aveva scaricato e lo aveva firmato digitalmente inserendolo nella busta contenente l'offerta economica.

La ditta ricorrente affermava di avere compilato il file riepilogativo autogenerato dal sistema, nel quale gli importi offerti erano esposti solo in cifre, e per mero errore materiale aveva indicato un ribasso pari al 27.32% invece di indicare il 27.73%, ossia il ribasso indicato nella propria offerta, mediante il modello predisposto dalla SUA.

Il concorrente come si può dedurre è chiamato a realizzare sempre una condotta che consenta all'Amministrazione di riferimento di valutare la serietà, attendibilità ed affidabilità, nonché la correttezza del comportamento del concorrente stesso.

Nello specifico caso la procedura ad evidenza pubblica impone a tutti i partecipanti di curare con la necessaria accuratezza l'adempimento delle prescrizioni imposte dalla legge di gara, adottando tutti i necessari accorgimenti che vengono richiesti ad ogni operatore economico. È ragionevole dunque aspettarsi dall'operatore economico un agire consapevole, al fine di poter correttamente gareggiare nel concorrenziale mercato degli appalti pubblici.

Dalla mancata osservanza dei doveri di diligenza che gravano su coloro che partecipano a gare per l'affidamento di contratti pubblici ne deriva poi per gli stessi l'assunzione di responsabilità per gli errori commessi. Ne consegue, pertanto, una correlazione tra il principio di autoresponsabilità e quello di diligenza.

In relazione al principio di autoresponsabilità, chi immette o dà causa all'immissione di dichiarazioni negoziali nel traffico giuridico è assoggettato alle relative conseguenze secondo il loro obiettivo significato.

Il suddetto principio trova la sua giustificazione nell'esigenza di certezza nei rapporti giuridici, rispetto alla quale la tutela dell'affidamento della controparte e dei terzi è all'evidenza funzionale. In forza del principio di autoresponsabilità, chi immette o dà causa all'immissione di dichiarazioni negoziali nel traffico giuridico è assoggettato alle relative conseguenze secondo il loro obiettivo.

In altri termini l'autoresponsabilità significa accettare le conseguenze del proprio agire e comporta il sacrificio dell'interesse di chi ha attuato un comportamento diverso rispetto a quello definibile come normale da una specifica norma, a favore del configgente interesse del terzo o della controparte.

E ciò si verifica anche quando l'autore non abbia né previsto né voluto le conseguenze della sua azione. L'operatore economico, pertanto, è esposto al continuo rischio di dover sopportare gli effetti negativi che derivano dall'aver posto in essere una condotta non improntata all'osservanza del canone generale della diligenza.

Approfondendo come possano dialogare tra di loro diligenza ed autoresponsabilità analizziamo l'art 1176 del c.c. al primo comma disciplina il dovere di diligenza ordinario che riguarda l'attività professionale esercitata. In questo caso vi è un richiamo al tradizionale criterio del buon padre di famiglia da assumere quale regola di valutazione generale del comportamento del debitore.

Differente è la diligenza richiamata nel secondo comma quale esigibile dal professionista o dall'imprenditore nell'adempimento delle obbligazioni assunte tale è speciale e rafforzata commisurata alla prestazione richiesta.

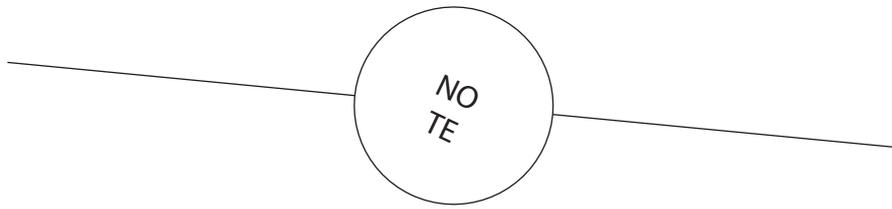
Individuati quelli che sono i confini di applicazione delle due fattispecie, è giusto interrogarsi su quale sia il grado di diligenza richiesto all'operatore economico che partecipa ad una procedura di affidamento di contratti pubblici.

La giurisprudenza amministrativa è orientata verso la considerazione per la quale in ossequio al principio di autoresponsabilità, all'impresa che partecipa a pubblici appalti viene richiesto un grado di professionalità e di diligenza superiore. In capo all'operatore economico che partecipa alle procedure di gare, proprio perché agisce in veste

di operatore professionale di settore, non può che richiedersi una diligenza "aggravata" intesa come deviazione da una regola di condotta per violazione tanto di norme giuridiche quanto di comune esperienza.

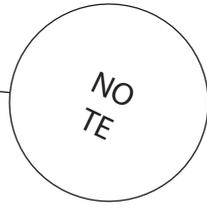
Un particolare ambito in cui emerge l'obbligo di comportarsi con diligenza è da rinvenirsi con riferimento alle dichiarazioni sostitutive, dove il principio di autoresponsabilità è il fondamento dell'intera disciplina, in forza della quale "al privato è precluso di trarre qualsiasi voglia vantaggio da dichiarazioni non rispondenti al vero, per cui l'amministrazione è vincolata ad assumere le conseguenti determinazioni, senza alcun margine di discrezionalità, e a prescindere dal profilo soggettivo del dolo e della colpa del dichiarante" (Cons. St.; sez.III, sent n. 4634 del 20/07/2020)

All'esito di questo percorso che ha permesso di mettere a confronto l'autoresponsabilità e la diligenza, si evidenzia come l'operatore economico che prenda parte ad una procedura di gara debba porre in essere tutte le accortezze e cautele necessarie volte a collaborare lealmente con l'amministrazione, pena l'addebito delle conseguenze negative dovute dalla mancata osservanza di questi obblighi generali.



A series of 20 horizontal dotted lines for writing.

Mediappalti



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](http://www.mediappalti.it)**

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

**MEDIAAPPALTI**

Publicità: [pubblicita@mediappalti.it](mailto:pubblicita@mediappalti.it)

Servizio Abbonamenti: [abbonamenti@mediappalti.it](mailto:abbonamenti@mediappalti.it)

**Medi  
Graphic**

Redazione: Mediagraphic s.r.l.

Via Palmitessa, 40 - 76121 Barletta (BT)

Tel. 0883.527171 - Mail: [redazione@mediappalti.it](mailto:redazione@mediappalti.it)

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



**Un nuovo obiettivo: un senso profondo!**