

Rivista mensile - Anno XIV, Numero 7

ottobre  
**2024**

# MEDIA APPALTI

---

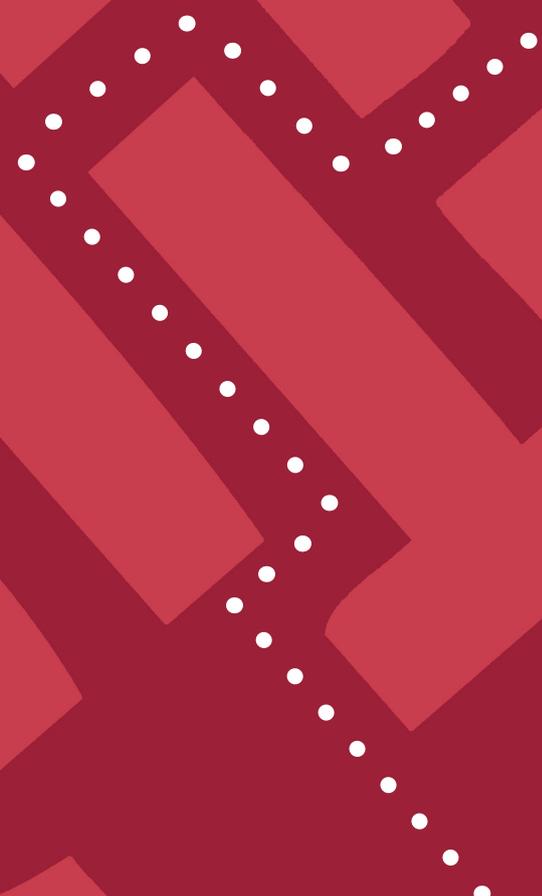
**Progetto di studio per l'implementazione, l'organizzazione e la gestione della digitalizzazione delle opere pubbliche**

---

**Le questioni aperte per le concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali per l'esercizio di attività turistico-ricreative e sportive**

---

**Il reato di subappalto non autorizzato e "il problema" dei contratti similari**



**"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**

ottobre  
**2024**

# Cyber Sicurezza

Dov'è? Cosa? Il futuro, dico, dov'è? È in quello che stiamo facendo ora. Nelle decisioni che prendiamo in questo momento. Nelle azioni che stiamo mettendo in pratica. È un'ideale che necessita di idee per non deludere le aspettative. Un sogno. Ecco, "il futuro appartiene a coloro che credono nella bellezza dei propri sogni". Eleanor Roosevelt. Un sogno sul futuro è quello che ci ha raccontato Giuseppe Busia, Presidente dell'ANAC, nell'intervento introduttivo del convegno "Appalti di nuova generazione" svoltosi il 12 e 13 settembre a Roma. "Oggi non basta più fare acquisti convenienti e nel rispetto della legalità".

Le Pubbliche Amministrazioni hanno il dovere di essere più ambiziose: devono investire per rendere le nostre società più inclusive, per proteggere il pianeta, per aumentare il benessere collettivo, per realizzare pienamente i diritti umani".

La vastità di queste parole è enorme. Traccia confini così ampi che quasi non si riescono a intravedere. Finiscono lontano. Ben oltre l'orizzonte che qualsiasi addetto ai lavori, di qualsiasi ordine e grado, coinvolto nel ciclo degli appalti pubblici possa concepire. Nel quotidiano svolgimento del proprio ruolo, anestetizzati dalla

routine può, a volte, perdersi il valore ultimo delle proprie singole mansioni. Anche il più semplice adempimento contribuisce a realizzare grandi opere. La grandezza delle opere a cui aspira Busia. Non una grandezza dimensionale, ma funzionale: "realizzare un'Europa più giusta, più verde e più inclusiva".

Raggiungere tali traguardi, oggi, appare più plausibile. Negli ultimi anni è cresciuto in maniera esponenziale il potenziale offerto dal digitale. Nel D.lgs 36/2023, per la prima volta, emerge la possibilità di ricorrere all'intelligenza artificiale in tema di appalti pubblici. Lo prevede l'articolo 30. "Per migliorare l'efficienza le stazioni appaltanti e gli enti concedenti provvedono, ove possibile, ad automatizzare le proprie attività ricorrendo a soluzioni tecnologiche, ivi incluse l'intelligenza artificiale e le tecnologie di registri distribuiti, nel rispetto delle specifiche disposizioni in materia".

In che modo l'intelligenza artificiale genera benefici agli appalti pubblici? L'ambito di applicazione è sicuramente quello della tutela della legalità, della trasparenza e dell'imparzialità. È dunque nella fase istruttoria che l'intelligenza artificiale può svolgere la propria funzione.

La macchina, priva di margini di discrezionalità, è in grado di produrre risultati imparziali, basati esclusivamente sui dati e sugli input che le sono affidate. Risultati scevri da possibili errori? Non è garantito. Difatti, nel comma 3 dell'articolo 30 del Codice degli Appalti si introduce il concetto di "non esclusività della decisione algoritmica" che prevede che nel processo decisionale esista "un contributo umano capace di controllare, validare ovvero smentire la decisione automatizzata".

Un'ipotesi di contestazione potrebbe trovare ragione nella fase che non può che rimanere di competenza umana: il comando e la scelta dei dati da analizzare. "Se non vi saranno set di dati adeguati, qualitativamente e quantitativamente, il risultato che la macchina restituirà sarà parziale, limitato, errato o qualitativamente insufficiente", scrive Mauro Barberio sulla Rivista Italiana di Informatica e Diritto. Perché l'intelligenza artificiale funzioni senza distorsioni e discriminazioni deve essere garantita l'integrità dei dati.

Nelle Pubbliche Amministrazioni dovranno affacciarsi nuovi professionisti per la gestione di un inedito sistema degli appalti pubblici. Si farà sempre più richiesta di informatici e analisti, di figure in grado di lavorare con i dati e di difenderli. La rete web è debole ed esposta ad attacchi informatici che potrebbero rubare dati sensibili, bloccarli, cancellarli, manipolarli in maniera da indirizzare forzatamente le scelte dell'intelligenza artificiale. Serve alzare barriere contro ogni attacco. Serve un solido sistema di cyber security.

Le falle che caratterizzano la rete le abbiamo conosciute negli ultimi tempi con gli attacchi provenienti da paesi ostili. Nel dicembre 2023 il cyber attacco che coinvolse milletrecento Enti Pubblici italiani. Nel 2024 il clamoroso attacco del 19 luglio che bloccò i sistemi informatici di diversi aeroporti internazionali. Anche il colosso dell'informatica Microsoft non è stato in grado di prevenire l'attacco alle e-mail dei propri dipendenti del 12 gennaio.

L'intelligenza artificiale, riducendo la discrezionalità umana, garante di trasparenza e imparzialità; è davvero così semplice? La cyber pirateria di natura estera non è l'unica minaccia che incombe sui sistemi informatici. Proprio mentre scriviamo

viene diffusa la notizia dell'arresto, al termine di indagini durate diversi anni, di un giovane hacker siciliano che, come si apprende dall'Ansa, prendendo di mira il Ministero della Giustizia si è appropriato oltre che di materiale che lo riguardava, anche "di fascicoli di indagine coperti dal segreto investigativo e atti di vario tipo, anche questi segreti". Anche la criminalità organizzata si è già da tempo adoperata per munirsi di affiliati di ultima generazione in grado di sviluppare quello che viene definito il cyber crime. "Le cyber-mafie saranno la nuova frontiera criminale del terzo millennio", afferma il criminologo forense Vincenzo Musacchio, in un'intervista rilasciata a Rai News.

Dal 17 luglio scorso è in vigore la Legge n. 90 del 28 giugno 2024 *recante* "Disposizioni in materia di rafforzamento della cyber sicurezza nazionale e di reati informatici". Interviene sulle misure necessarie per rafforzare la sicurezza e sul trattamento sanzionatorio.

Il punto critico di una Legge è che stabilisce qualcosa basandosi su una realtà fotografata in un determinato momento storico. Con l'informatica il tempo viaggia su livelli diversi. È in grado di evolversi rapidamente e di rendere obsolete le tecnologie che solo una settimana prima si credevano le più sofisticate, efficienti e sicure.

In questo scenario, la lotta tra cyber security e cyber crime si prospetta essere costante, senza concessioni di pause. Ad ogni soluzione, statene certi, corrisponderà un nuovo problema. Un confronto sfinente. Un incubo ricorrente.

E il sogno di un sistema di appalti migliore enunciato nella due giorni di "Appalti di nuova generazione"? È un sogno. Come tutti i sogni deve fare i conti con la realtà. Quando sarà esaudito è probabile che abbia connotati differenti da come lo si era immaginato. L'intelligenza artificiale è uno strumento di incredibili potenzialità. Come tutti gli strumenti potrà essere bene o male, dipende da come la si utilizzerà. Come enuncia il comico bolognese Alessandro Bergonzoni "il problema è la stupidità reale non è l'intelligenza artificiale".

## sommario

### Editoriale

Cyber Sicurezza

4

### In evidenza

L'aggiudicazione nel nuovo codice dei contratti: dall'organo valutatore al RUP

7

### Sotto la lente

Progetto di studio per l'implementazione, l'organizzazione e la gestione della digitalizzazione delle opere pubbliche

12

Hanno collaborato a questo numero:

**Direttore Responsabile**  
dott. Enzo de Gennaro

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

**Responsabile Web**  
Lorenzo Antonicelli

**Responsabile Ufficio Grafico**  
Leonardo Todisco

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

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

**Avv. Giuseppe Laurieri**  
Avvocato Ufficio Legislativo  
Ministero della Cultura

**Ing. Pietro Farinati**  
Responsabile del gruppo per l'implementazione del BIM e BIM coordinator dei progetti del PNRR del Comune di Padova

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

**Avv. Riccardo Gai**  
Esperto in materia di appalti pubblici

**Avv. Domenico Vitale**  
Specializzato nella trattazione del diritto urbanistico e dei contratti pubblici

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

### Il Punto

La suddivisione in lotti degli appalti nella filiera della corrispondenza. Le indicazioni dell'AGCM

19

Le questioni aperte per le concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali per l'esercizio di attività turistico-ricreative e sportive: illegittimità delle proroghe ed affidamento con procedure di evidenza pubblica

26

Accordi tra PA e privati. Risarcibile la lesione del legittimo affidamento

33

Il reato di subappalto non autorizzato e "il problema" dei contratti simili

39

Il collegamento sostanziale tra imprese nelle gare multilotto

47

### Pareri & Sentenze

54

### A Domanda Rispondiamo

60

### In pillole

65

### Osservatorio sulla Corte dei Conti

# L'aggiudicazione nel nuovo codice dei contratti: dall'organo valutatore al RUP

di Stefano Usai

IN  
EVIDENZA

## Premessa

Recente giurisprudenza (Tar Catanzaro, n. 1177/2024) consente di soffermarsi sulla "nuova" aggiudicazione disciplinata nell'attuale articolo 17 del decreto legislativo 36/2023 (nel prosieguo solo nuovo codice) al fine anche di rilevare, sotto il profilo pratico, le importanti differenze rispetto alla disciplina del pregresso codice (in particolare in relazione alle disposizioni contenute negli artt. 32 e 33).

## 1. La recente giurisprudenza

Dalla sentenza sopra richiamata emerge che **nel codice del 2016 la fase dell'aggiudicazione – il momento conclusivo – risultava caratterizzato da almeno tre segmenti procedurali**, in particolare:

1. della "proposta di aggiudicazione",
2. del momento dell'approvazione della proposta di aggiudicazione;
3. dell'aggiudicazione vera e propria.

Secondo questa lettura, alla proposta di aggiudicazione predisposta dall'organo deputato (ad esempio la commissione di gara nel caso di aggiudicazione dell'appalto con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa o il seggio di gara nel caso del mono criterio), necessariamente

avrebbe dovuto far seguito un ulteriore atto di "approvazione" da adottare nel termine di 30 giorni (ai sensi dell'articolo 33 comma 1 del codice del 2016) ed a questo poi seguiva l'ultimo atto di questa micro fase ovvero l'aggiudicazione vera e propria.

L'aggiudicazione costituiva pertanto, "il provvedimento conclusivo della procedura di gara in forza del quale" veniva "attribuito il bene della vita anelato dal partecipante alla procedura di gara".

A differenza di questo la "proposta di aggiudicazione" pertanto rappresentava "un atto endoprocedimentale, come tale, non soggetto ad autonoma impugnazione in quanto atto privo di lesività essendo destinato ad essere superato dall' "aggiudicazione"".

Queste micro fasi e questa sequenza di provvedimenti endoprocedimentali e provvedimenti finali secondo la sentenza, sarebbe stato riprodotto anche nel nuovo articolo 17, comma 5 dell'attuale codice dei contratti.

Pur, evidentemente, autorevole, l'affermazione non pare condivisibile nel senso che si registra, nel comma appena richiamato, qualche novità e sicuramente una maggior chiarezza sui compiti/competenze.

## 2. L'attuale codice

Nella relazione al codice – in relazione al nuovo comma 5 dell'articolo 17 che, in pratica, (ri) disciplina la micro fase dell'aggiudicazione - si spiega che la fase che porta all'aggiudicazione vera e propria prevede avvio dalla "formulazione di una proposta di aggiudicazione alla stazione appaltante o ente concedente parte del soggetto preposto alla valutazione delle offerte, a favore del concorrente che ha presentato la migliore offerta non anomala.

L'aggiudicazione viene disposta dall'organo competente della stazione appaltante o ente concedente dopo aver effettuato positivamente il controllo dei requisiti in capo all'aggiudicatario, successivamente al quale il contratto potrà essere stipulato o ne potrà essere iniziata l'esecuzione in via di urgenza".

Si rileva, quindi, una differenza sostanziale rispetto al pregresso regime normativo in cui il riferimento quando al soggetto risultava astratto e generale.

Gli estensori nel nuovo codice sottolineano che la competenza ad elaborare la proposta di aggiudicazione (ad offerta non anomala) è dell'organo "preposto" alla valutazione delle offerte.

Questo frammento, in realtà, deve essere ben analizzato per evitar fraintendimenti in particolare distinguendo tra soggetto che valuta l'offerta (nel caso di aggiudicazione dell'appalto con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa questo organo è la commissione di gara, nel caso di appalto al ribasso potrà essere o il seggio di gara o direttamente il RUP).

Secondo la previsione, questi soggetti, appena richiamati, avrebbero il compito di predisporre la proposta di aggiudicazione.

In realtà non è così perché questi soggetti producono una proposta di aggiudicazione (in realtà un verbale e quindi chiaramente atti endoprocedimentali) per il RUP.

Sarà quest'ultimo – anche attraverso collaboratori - a predisporre la proposta di aggiudicazione (la proposta di decisione di aggiudicazione/affidamento) per il proprio dirigente/responsabile del servizio.

## 3. In tema di atti endo-procedimentali

In tema di atti endoprocedimentali riveste sicuro rilievo – anche di conferma rispetto a quanto già evidenziato sopra – la recente pronuncia del Tar Puglia, sezione II di Bari n. 1009 del 26 settembre 2024.

Nel caso di specie viene in considerazione il verbale di aggiudicazione predisposto dal seggio di gara.

Il ricorrente impugnava al "buio" – non avendo una cognizione precisa sul contenuto ma solo "informazioni" ed il giudice – respingendo il ricorso -, precisa che "in relazione alle procedure di gara ad evidenza pubblica, il verbale del seggio di gara costituisce un atto endoprocedimentale non impugnabile autonomamente non essendo idoneo, di per sé, a produrre alcuna lesione nella sfera giuridica di alcun soggetto, così confermando il principio per cui il verbale del seggio di gara costituisce pacificamente un atto endoprocedimentale non impugnabile autonomamente (in termino, *ex multis*, T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. I, 6.2.2024, n. 99)".

Gli atti endoprocedimentali, pertanto, sono meri atti di lavoro preparatori anche rispetto al controllo che compete al RUP sull'operato dell'organo valutatore (come detto nel caso della commissione, se non fa parte del collegio, non può sostituirsi alla commissione di gara) e l'eventuale impugnazione, senza l'impugnazione dell'atto finale, ovvero il provvedimento di aggiudicazione o non aggiudicazione, è destinata a non avere corso innanzi al giudice (come nel caso appena riportato).

## 4. Una delle più importanti novità

Una delle maggiori novità, inoltre, rispetto al passato è che il nuovo ordinamento in materia di contratti non prevede più una distinzione tra aggiudicazione non efficace e aggiudicazione efficace (post verifica dei requisiti).

Il nuovo codice, infatti, prevede unicamente l'aggiudicazione efficace e non anche il momento transitorio che è stato, in passato, oggetto di feroci fraintendimenti (è sufficiente evidenziare in quanti casi l'operatore si determinava ad impugnare l'aggiudicazione provvisoria ovvero un mero atto

endoprocedimentale non in grado di incidere negativamente sulla posizione del soggetto non aggiudicatario).

L'unica aggiudicazione, pertanto, emerge nel momento in cui si conclude positivamente la verifica dei requisiti e ciò consente – come si legge nel passo sopra riportato della relazione tecnica -, non solo la stipula del contratto ma anche l'esecuzione anticipata (in realtà questa anche senza la formalizzazione dell'aggiudicazione come anche ha riconosciuto l'ANAC).

#### **5. L'organo che propone (l'aggiudicazione) e l'organo che la dispone**

Come si è precisato, il codice chiarisce quali siano gli organi che valutano le offerte.

In particolare, **l'art. 7 comma 1 lett. e) dell'allegato I.2 spiega che il RUP "in caso di procedura che prevede l'affidamento con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, può svolgere tutte le attività che non implicano l'esercizio di poteri valutativi, che spettano alla commissione giudicatrice".**

Nel caso di appalto da aggiudicarsi al minor prezzo/costo l'organo che valuta le offerte, come detto, è il seggio di gara o lo stesso RUP (in questo senso il comma 7 art. 93 del codice).

Per comprendere, però, la competenza occorre dare lettura della ulteriore sottolineatura contenuta nell'allegato I.2 – che dovrebbe intendersi come attuativo, di dettaglio, dei compiti/attività del RUP – ed in particolare sempre all'art. 7, comma 1 lett. f) in cui si precisa che "quando il criterio di aggiudicazione è quello del minor prezzo, il RUP può procedere direttamente alla valutazione delle offerte economiche".

In realtà a questi passaggi normativi occorre anche aggiungere il fatto che della commissione, ora, il RUP può far parte e, addirittura, nella sottosoglia, può presiedere il collegio.

Pertanto, questa "proposta" di aggiudicazione contiene già – se il RUP vi ha già preso parte nella sua "formazione" alcuni tratti della proposta di aggiudicazione vera e propria che proviene/viene predisposta direttamente dal RUP (o da un suo collaboratore).

Inoltre, questi vari riferimenti devono anche essere completati con la chiara indicazione di chi dispone l'aggiudicazione (distinguendo la fase della predisposizione che, come detto, compete al RUP). Sempre l'articolo 7, dell'allegato I. 2, art. 7, comma 1 lett. g) in cui si legge che il RUP "adotta il provvedimento finale della procedura quando, in base all'ordinamento della stazione appaltante, ha il potere di manifestare all'esterno la volontà della stessa".

**L'estensore, pertanto, dimostra un chiaro presidio nell'evidenziare che il RUP – il quale ha anche poteri a valenza esterna pur non coincidendo con il dirigente/responsabile del servizio, e si pensi alla prerogativa sull'adozione del provvedimento di escussione - non potrà mai firmare la decisione/determina di aggiudicazione se non ha i poteri a valenza esterna ovvero se non coincide, pertanto, con il responsabile del servizio.**

Rispetto al quale, pertanto, come si dirà meglio più avanti, sarà lo stesso RUP a predisporre la proposta di determina/decisione di aggiudicazione.

#### **6. L'aggiudicazione riguarda l'offerta non anomala**

Dalla disposizione, art. 17 comma 5, per poter chiarire praticamente i vari passaggi, sembrano emergere due proposte di aggiudicazione: una dell'organo valutatore delle offerte, la seconda da parte del RUP.

In realtà, vi è una differenza sostanziale che non può essere confusa.

La "proposta" dell'organo valutatore è la mera graduatoria di "merito" che contiene anche l'offerta anomala.

Questo/questi verbale/verbali (ora in modo "informativo/digitale") vengono trasmessi al RUP il quale ha il compito di verificare la congruità dell'eventuale offerta anomala e rimettere gli atti all'organo valutatore.

Questo, quindi, deve ribadire la sua proposta di aggiudicazione all'offerta non anomala.

Ma questa proposta di aggiudicazione – che viene ritrasmessa al RUP – non è l'autentica proposta

di aggiudicazione visto che occorre verificare la legittimità dell'operato e la corretta applicazione della legge di gara e del codice e, soprattutto, se l'offerta stessa risponde alla necessità/desiderata della stazione appaltante. L'aggiudicazione, infatti, è solo un momento eventuale del procedimento.

A questo poi si aggiunge la necessità di verificare i requisiti (altro compito del RUP o dei suoi collaboratori).

Espletati questi adempimenti poi occorre formulare/predisporre la decisione di aggiudicazione per il Responsabile del servizio (abilitato, come visto sopra, a firmare l'atto ed a dare allo stesso valenza esterna).

Pertanto, l'autentica proposta di aggiudicazione – nonostante il testo della previsione non chiarissimo – è contenuta nella decisione/determinazione di aggiudicazione.

### **7. Dalla proposta al provvedimento (determina/decisione) di aggiudicazione**

Il secondo periodo del comma 5 dell'articolo 17, pertanto – come appena rilevato – chiarisce competenza e compiti per giungere all'aggiudicazione efficace.

In particolare, nel periodo in parola si legge che "L'organo competente a disporre l'aggiudicazione esamina la proposta, e, se la ritiene legittima e conforme all'interesse pubblico, dopo aver verificato il possesso dei requisiti in capo all'offerente, dispone l'aggiudicazione, che è immediatamente efficace".

La disposizione, come detto, deve essere letta dando alla stessa una declinazione pratica operativa nel senso che l'organo deputato ad approvare e disporre l'aggiudicazione è il responsabile del servizio con poteri a valenza esterna che, però, si avvale del RUP per i controlli e per la redazione della determinazione/decisione di aggiudicazione.

Da notare, come rilevato, che il procedimento potrebbe anche concludersi con un provvedimento di non aggiudicazione.

In questo senso dispone il comma 10 dell'articolo 107 in cui si legge che "**Le stazioni appaltanti**

**possono decidere di non procedere all'aggiudicazione se nessuna offerta risulti conveniente o idonea in relazione all'oggetto del contratto. Tale facoltà è indicata espressamente nel bando di gara o invito nelle procedure senza bando e può essere esercitata non oltre il termine di trenta giorni dalla conclusione delle valutazioni delle offerte".**

Laddove per "stazione appaltante" si intende atto del soggetto che ha i poteri a valenza esterna.

La novità della previsione ultima citata è che la decisione di non aggiudicare deve avvenire entro 30 giorni dalla valutazione espressa dall'organo competente e, pertanto, dalla proposta di aggiudicazione trasmessa al RUP (e non dalla proposta trasmessa da questo, sottoforma di determina/decisione di aggiudicazione, al responsabile del servizio).

La particolarità della nuova disposizione è che il legislatore non stabilisce quale possa essere la conseguenza di atti adottati – ovvero la decisione di non aggiudicare – oltre il termine predetto.

Ad esempio, per intendersi, nel caso in cui la decisione di non aggiudicare intervenisse oltre il trentesimo giorno predetto.

Tecnicamente, il RUP – visto che è questo il soggetto competente a presidiare il procedimento in argomento – e quindi a decidere se l'appalto debba essere aggiudicato o meno - dispone di tale prerogativa per un tempo limitato (trenta giorni) da cui "decade" (perde tale prerogativa) in caso di superamento di questo lasso temporale.

D'altra parte, l'operatore economico si trova in una posizione giuridica particolare nel senso che trascorsi trenta giorni – dall'invio del verbale del soggetto che ha valutato l'offerta – matura la posizione dell'aggiudicatario. Verificare i termini, oggi, non risulta particolarmente complesso visto che la procedura si deve svolgere sulle piattaforme.

Non risultando, ancora, giurisprudenza (o pareri in materia) si deve però presumere che la stazione appaltante non possa ritenersi obbligata ad aggiudicare anche dopo tale termine se insistono reali ed oggettive ragioni.

Si pensi all'oggettiva impossibilità di dare seguito

al contratto per sopravvenuta carenza di copertura finanziaria. Ma anche nel caso in cui emerga tardivamente la violazione delle norme di gara e/o una prestazione non corrispondente ai desiderata della stazione appaltante.

In tutti questi casi non si può ritenere che la stazione appaltante possa ritenersi obbligata alla stipula del contratto (e questo spiega il perché il legislatore non ha chiaramente esplicitato le ragioni e le conseguenze al superamento dei 30 giorni aprendo ad una responsabilità del RUP per il ritardo).

È chiaro che le ragioni andranno chiaramente esplicitate nel provvedimento.

# Progetto di studio per l'implementazione, l'organizzazione e la gestione della digitalizzazione delle opere pubbliche

di Pietro Farinati

SOTTO  
LA  
LENTE

## Premessa

Nell'articolo viene proposto un progetto di project management per l'implementazione del BIM (Building Information Modeling) nelle PA strutturate per l'istituzione di un Ufficio per la digitalizzazione delle opere pubbliche (sinteticamente Ufficio BIM).

### 1. La Normativa cogente. Il D.Lgs. 36/2023. Codice dei contratti pubblici.

Il D.Lgs.36 del 31 marzo 2023 denominato "Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n.78, recante delega al Governo in materia di contratti pubblici" ha lo scopo di:

- adeguare la disciplina di tali Contratti al diritto europeo e ai principi espressi dalla giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori, interne e sovranazionali;
- razionalizzare, riordinare e semplificare la disciplina vigente in materia;
- evitare l'avvio di procedure di infrazione da parte della Commissione europea e di giungere alla risoluzione delle procedure avviate.

Dedica la Parte I del Libro I alla codificazione dei principi generali in materia di Contratti Pubblici. Fondamentale è l'introduzione dei seguenti principi, contenuti negli articoli 1, 2 e 3:

- **principio di risultato;**
- **principio della fiducia;**
- **principio dell'accesso al mercato.**

Tali principi vengono considerati dal Legislatore veri e propri criteri di interpretazione delle altre norme del Codice e prescrive alle Stazioni Appaltanti di interpretare le restanti disposizioni e orientare il proprio operato sulla scorta di quanto stabilito da detti principi.

Il principio di risultato deve essere ottenuto nel rispetto dei principi legalità, trasparenza e concorrenza. La commessa BIM e la sua metodologia sono in linea con questo principio, poiché dove è stata utilizzata ha conseguito:

- la trasparenza della collaborazione, della condivisione dei dati e delle informazioni;
- la concorrenza data dall'interoperabilità mediante formati aperti non proprietari;
- la concorrenza tra i fornitori di tecnologie;
- l'apertura al coinvolgimento di specifiche progettualità tra i progettisti.

garantendo un più elevato livello di efficienza ed efficacia nella realizzazione e gestione delle opere e dei servizi connessi.

Il principio di fiducia attiene alle azioni ed ai rapporti legittimi, trasparenti e corretti tra la Pubblica Amministrazione e gli altri operatori economici. Il collegamento con la metodologia BIM è immediato, essendo quest'ultima un processo che utilizza strumenti e metodi di collaborazione e trasparenza tra Committenza Pubblica e Aggiudicatario. Possiamo dire di più, viene richiesto un cambio culturale nei rapporti Amministrazione-Operatori, in cui trasparenza e correttezza diventano la base dei comuni valori che riguardano il comportamento di entrambi.

Il principio dell'accesso al mercato nel rispetto dei principi di concorrenza, di imparzialità, di non discriminazione, di pubblicità e trasparenza, di proporzionalità, si collega alla digitalizzazione e al BIM a partire dagli albori della codificazione dell'uso degli strumenti di modellazione dove è stato prescritto l'uso di piattaforme interoperabili a mezzo di formati aperti non proprietari, al fine di non limitare proprio la concorrenza tra i fornitori di tecnologie.

A decorrere dal 1° gennaio 2025, la Committenza Pubblica adotterà il BIM per la progettazione e la realizzazione di opere di nuova costruzione e su edifici esistenti per importi a base di gara superiori a 1 mln di euro. Diventa quindi obbligatoria l'applicazione di quanto prescrivono i successivi punti, che si invita a leggere per maggiore comprensione e chiarezza di quanto si andrà a narrare successivamente:

- **"Parte IV della Progettazione"**: in particolare l'articolo 41 "Livelli e contenuti della progettazione"; l'articolo 42 "Verifica della progettazione"; l'articolo 43 "Metodi e strumenti di gestione informativa digitale delle costruzioni" costituisce sostanzialmente l'articolo "quadro";
- **"Allegato I.7- Contenuti minimi del quadro esigenziale, del documento di fattibilità delle alternative progettuali, del documento di indirizzo della progettazione, del progetto di fattibilità tecnica ed economica e del progetto esecutivo"**.
- **"Allegato I.9- Metodi e strumenti di gestione informativa digitale delle costruzioni"**;
- **"Allegato I.13- Determinazione dei parametri per la progettazione"**.

L'Allegato I.7 è dedicato alla progettazione ed alla sua verifica, attività nelle quali riveste un ruolo decisivo la metodologia BIM.

Nell'Allegato I.9, che costituisce la regolamentazione di dettaglio, ritroviamo taluni temi innovativi già inseriti nella normativa precedente (D.Lgs 50/2016, D.M. 560/2017 e s.m.i.), tra i quali:

- le misure relative alla formazione del personale;
- le modalità di scambio e interoperabilità dai dati e delle informazioni;
- le specifiche tecniche nazionali ed internazionali applicabili;
- il contenuto minimo del Capitolato Informativo per l'uso dei metodi e degli strumenti di gestione informativa digitale.

L'Allegato I.9 sarà abrogato a decorrere dalla data di entrata in vigore di un corrispondente regolamento adottato con decreto del Ministero delle Infrastrutture e dei trasporti, che lo sostituirà integralmente anche in qualità di allegato al codice.

Appare quindi evidente che le Stazioni Appaltanti debbano divenire "BIM strutturate" soddisfacendo almeno a questi tre adempimenti:

- **formazione del personale;**
- **acquisizione degli strumenti hardware e software specifici;**
- **organizzazione interna per la formale e analitica esplicitazione delle procedure di controllo e gestione.**

La Committenza Pubblica deve dotarsi di un ACDat proprietario, che diventa l'ambiente di condivisione dei dati con gli affidatari dei servizi di progettazione o per la realizzazione dei lavori.

È prevista la nomina di:

- un **Gestore dell'ambiente di condivisione dati**, che possiamo assimilare alla figura dell'ACDat Manager della UNI 11337-parte 7 per compiti, abilità e competenze;
- un **Gestore dei processi digitali supportati da modelli informativi**, che possiamo assimilare alla figura del BIM Manager della UNI 11337- parte 7 per compiti, abilità e

competenze, unico per tutti i progetti della stazione appaltante con il compito, tra gli altri, di redigere le Linee Guida BIM ed i Capitolati Informativi;

- un **Coordinatore dei flussi informativi**, che possiamo assimilare alla figura del BIM Manager/Coordinator della UNI 11337-parte7 per compiti, abilità e competenze, da nominarsi per ogni intervento all'interno della struttura di supporto al RUP.

Il BIM è presente in tutti gli stadi e in tutte le fasi di sviluppo dell'opera pubblica, perfino la fase di indirizzo della progettazione deve prevedere tra i documenti il Capitolato Informativo.

In conformità a quanto previsto dall'art. 114 del D.Lgs. 36 del 2023, con il comma 11 dell'Allegato I.9 viene stabilita la possibilità di svolgere il coordinamento, la direzione e il controllo tecnico-contabile dell'esecuzione dei contratti pubblici, mediante l'utilizzo dei metodi e degli strumenti di gestione informativa digitale.

In caso di utilizzo del BIM, qualora il direttore dei lavori non fosse in possesso delle competenze necessarie per governare la metodologia, all'interno del suo ufficio deve essere nominato un coordinatore dei flussi informativi.

Non privo di interesse pratico è la previsione, contenuta nell'ultimo periodo del comma 11, per cui: **" per il collaudo finale e la verifica di conformità, l'affidatario consegna il modello informativo dell'opera realizzata per la successiva gestione del ciclo di vita del cespite immobiliare o infrastrutturale. La verifica di questo modello rientra fra le attività di collaudo e di verifica di conformità".**

Da ciò consegue che il collaudatore dovrà essere in possesso di adeguate competenze con riferimento ai metodi e agli strumenti di gestione informativa digitale conseguita anche attraverso la frequenza di corsi di formazione in materia.

In particolare, nel caso di appalti che prevedano il **Field BIM (Dimensione 4 del BIM)**, l'impresa aggiudicataria dovrà effettuare in occasione delle milestone, rilievi con scannerlaser dei lavori realizzati che il direttore dei lavori sovrapporrà al progetto BIM approvato per i controlli relativi all'emanazione dei SAL, ma anche per verificare

eventuali scostamenti temporali rispetto al cronoprogramma lavori, eventuali imperfezioni delle lavorazioni, tolleranze non rispettate ecc...

Al livello 4 di maturità BIM possiamo prevedere il passaggio, con l'utilizzo di appositi plug-in, dal BIM D4 al BIM D5 che prevede l'emissione automatica dei SAL. Il collaudatore dovrà verificare la conformità delle opere eseguite rispetto al contratto, non solo per la componente fisica, ma anche per quella digitale.

Le ditte aggiudicatarie con un contratto in BIM si impegnano a consegnare nei tempi previsti, non solamente l'opera reale, ma anche la sua componente virtuale ossia il **Digital Model** che servirà per le future attività di manutenzione.

Nel caso l'opera preveda l'installazione di sensori per il monitoraggio dei dati, il modello informativo da consegnare diventa il **Digital Twin** con il conseguente passaggio per la Stazione Appaltante dall'utilizzo di dati statici (BIM) a quelli variabili nel tempo (Digital Twin).

## 2. La Proposta di Project Management per l'istituzione di un Ufficio BIM nella PA.

### 2.1 Alcune definizioni di BIM

"Definisce i mezzi attraverso i quali chiunque può comprendere un edificio attraverso l'uso di un modello digitale che attinge da un set di dati assemblati in modo collaborativo prima, durante e dopo la sua costruzione" (National British Standard Institute)

"Rappresentazione digitale di caratteristiche fisiche e funzionali di un oggetto" (National Institute of Building Science)

"...un set di tecnologie, processi e norme che consentono a numerose parti in causa di progettare, costruire e gestire una struttura in modo collaborativo, all'interno di uno spazio virtuale" (Bilal Succar)

**quindi: il BIM NON È UN SOFTWARE!! ma un processo, seguendo il quale possiamo ottenere delle opere pubbliche mediamente di ottimo livello qualitativo, con maggiore**

### rispetto delle tempistiche contrattuali e della spesa preventivata.

I punti fondamentali da soddisfare per l'implementazione del BIM nella pubblica amministrazione sono:

#### a. Rispetto della Normativa cogente, in particolare:

- D.Lgs. 36/2023. Codice dei contratti pubblici: **BIM obbligatorio dal 1° gennaio 2025 per tutti gli investimenti in oo.pp. di importo superiore a € 1 mln;**
- Decreto "CAM EDILIZIA" 2023: **Tutte le oo.pp. di Edilizia devono prevedere i CAM e gli as built dei lavori devono essere archiviati in BIM per i futuri interventi;**
- D.M.560/2017 e s.m.i. per le parti vigenti: l'articolo 3 elenca gli **adempimenti preliminari** da intendersi come le condizioni che le Stazioni Appaltanti devono assolvere, per fare ricorso legittimamente al BIM. Come noto essi sono tre:
  - **adozione di un piano di formazione del personale;**
  - **definizione di un piano di acquisizione o di manutenzione degli strumenti hardware e software;**
  - **assunzione di un atto organizzativo.**

#### b. Adozione di un piano di formazione del personale:

Necessita un piano di formazione da parte del **Settore Risorse Umane** che comprenda l'acquisto delle seguenti norme:

##### La normativa volontaria sul BIM:

- UNI EN ISO 19650/2019 parti 1,2,3,4,5 (1,2,3 tradotte in italiano) Processi di Information Management;
- UNI 11337/2017 parti 1,3,4,5,6,7 Gestione digitale dei processi informativi delle costruzioni

##### La Normativa volontaria sul Project Management:

- UNI ISO 21502/2021. Guida alla Gestione dei Progetti: pratiche e processi di project management
- UNI 1609720/TR 11337-2:2021. Flussi informativi e processi decisionali: processi

del Project Management e procedure dell'Information Management

- UNI 11648/2022. Requisiti di conoscenza, abilità e competenza del Project Manager

Il Dlgs. 36/2023 prevede che il personale tecnico debba essere **formato con esito positivo.**

### 3. Definizione di un piano di acquisizione o di manutenzione degli strumenti hardware e software:

Oltre all'acquisto di licenze di software BIM e organizzare corsi di formazione per il loro utilizzo, la normativa prevede anche la realizzazione da parte delle S.A. di un ACDat (ambiente condivisione dati).

**Necessita la realizzazione di un ACDAT da parte del Settore SIT/Transizione Digitale nel quale vengano condivisi i progetti secondo le disposizioni di Agid per piattaforme interoperabili, formato dati, sicurezza informatica, ecc.**

L'ACDat dovrà prevedere uno spazio di archiviazione dove i tecnici del Settore Il.pp. potranno depositare gli as-built delle opere realizzate, per il loro futuro utilizzo da parte del Servizio Manutenzioni.

**L'archivio dell'ACDat costituirà l'unica fonte dati certa e certificata per tutto il ciclo di vita dell'opera, fino alla sua demolizione** (superamento dell'archiviazione con faldoni cartacei).

Con il Settore SIT/Transizione Digitale si dovranno definire le modalità di accesso al cloud in base ai ruoli degli incaricati del processo BIM (ad es. i tecnici del Settore Il.pp. saranno gli unici abilitati alla modifica dei modelli informativi BIM).

L'ACDat verrà collegato con API ai software in uso per esempio: programmi di progettazione BIM di Autodesk (BIM Collaborate), STR Vision per la contabilità, QGIS o altri per i dati GIS, e pacchetto Office 365.

In base agli indirizzi AgID per il **principio "once only"** i dati inseriti nell'ACDat dovranno servire tutti i Settori ad es. il Settore Gare e Appalti li potrà utilizzare per il loro invio al Simog, al DIPE, al MEF, ad AINOP.

#### 4. L'Atto Organizzativo

L'articolo 3 del D.M. 560/2017 prevede tra gli adempimenti preliminari che le Stazioni Appaltanti devono assolvere per fare ricorso legittimamente al BIM anche l'*assunzione* di un atto organizzativo che è rappresentato dal: **"processo di controllo e di gestione delle singole fasi procedurali, la identità dei gestori dei dati e la proprietà degli stessi e le modalità di gestione dei conflitti, in relazione alla natura delle opere e dei cespiti comprensivi degli aspetti tecnici e procedurali adottati"**.

La Stazione Appaltante attraverso la redazione del medesimo provvederà alla riorganizzazione dei processi digitali per interiorizzarli nelle proprie strutture e nelle pratiche organizzative correnti prevedendo le seguenti figura professionali:

Il Gestore dei processi digitali supportati da modelli informativi (per il D.Lgs. 36/2023 o BIM Manager definizione della norma UNI 11337) si occuperà della gestione dei flussi informativi e della redazione e gestione Linee Guida BIM, di collaborare con il Settore Gare a Appalti per la definizione dei Bandi Gara, di collaborare con il Settore Transizione Digitale per l'acquisto dei software e della strumentazione BIM e per la definizione dell'ACDat, di collaborare con il Settore Risorse Umane per la definizione dei Corsi di formazione e certificazione delle nuove figure BIM, di collaborare con il Settore Patrimonio per i futuri interventi durante tutto il ciclo di vita dell'opera.

I BIM Coordinator (definizione della norma UNI 11337) si occuperanno del controllo delle verifiche digitali effettuate dai progettisti esterni sui progetti BIM e dell'effettuazione delle verifiche digitali di parte terza LV3 (es. clash detection con Navisworks/Solibri), verificheranno che il modello digitale BIM nativo e quello interoperabile IFC siano idonei ai futuri usi (es. manutenzioni).

I BIM Specialist (definizione della norma UNI 11337) sono progettisti che utilizzano i software BIM per i loro progetti tridimensionali e parametrici. È possibile modificare i disegni di progetto in modo automatico, intervenendo solo sui parametri, modificando solo numeri ricompresi in tabelle.

BIM Manager, BIM Coordinator e BIM Specialist sono figure di supporto al RUP previste all'art.1 dell'Allegato I.9 del D.Lgs.36/2023.

I Coordinatori dei flussi informativi potranno svolgere la funzione di D.L. dei modelli digitali in fase di esecuzione dei lavori, verificandone la loro coerenza con il modello di progetto durante le milestone previste dal cronoprogramma dei lavori.

L'Atto Organizzativo dovrebbe approvare le **Linee Guida BIM** che specificano ulteriormente come regolamento interno "chi fa che cosa"; attualmente vengono utilizzate, ma valgono solo per la gara specifica nella quale sono inserite ed utilizzate.

**Bozza di Deliberazione:****Istituzione all'interno del Settore Lavori Pubblici dell' "Ufficio per la digitalizzazione delle opere pubbliche" (Ufficio BIM).****Premesso che:**

- le norme dettate dall'Unione Europea fissano le linee guida da seguire relativamente agli appalti pubblici, chiedono la progressiva introduzione del BIM nei processi di progettazione, costruzione e gestione delle opere pubbliche;
- il modello BIM può essere visto come un contenitore di dati e informazioni relative a tutte le discipline, a tutte le fasi, in stretta relazione tra loro, sempre consultabili, tracciabili, e modificabili nel tempo;
- l'Amministrazione del Comune di ..... ha dato attuazione al D.Lgs. 82/2005 (Codice dell'Amministrazione Digitale) procedendo alla digitalizzazione di parte degli Uffici Comunali in conformità alle indicazioni di Agid, l'Agenzia per l'Italia digitale ed ora intende procedere alla digitalizzazione delle procedure per la realizzazione delle opere pubbliche come previsto dal D.Lgs.36/2023 (Codice Contratti) e dal D.M.560/2017 e s.m.i.(decreto Baratonò);

**Visto che:**

- il D.Lgs. 36/2023 recita: "Le stazioni appaltanti ..... l'uso dei metodi e strumenti elettronici specifici ..... Tali strumenti utilizzano piattaforme interoperabili a mezzo di formati aperti non proprietari, al fine di non limitare la concorrenza tra i fornitori di tecnologie e il coinvolgimento di specifiche progettualità tra i progettisti. L'uso dei metodi e strumenti elettronici può essere richiesto soltanto dalle stazioni appaltanti dotate di personale adeguatamente formato....."
- il d.m. MIT n. 560 del 2017 si pone come obiettivo quello dell'implementazione BIM nella pubblica amministrazione.....Il sistema italiano risulta essere ancora legato ai modelli tradizionali e fortemente condizionato dalla legislazione nazionale, dalla quale dipende ogni intervento di costruzione. L'approccio digitale improntato al BIM e sul Project Management porterebbe miglioramenti nella fase di progettazione, gestione e manutenzione, ma anche in quella di realizzazione, aumentando gli standard di sicurezza dei lavoratori;

**Dato atto che:**

- Il Comune di ..... usufruisce tramite il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) dei fondi stanziati per....., soggetti alla realizzazione in BIM;
- il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) e le Linee Guida del MiMS per la redazione del progetto di fattibilità tecnica ed economica da porre a base dell'affidamento di contratti pubblici di lavori del PNRR e del PNC, prevedono l'utilizzo della digitalizzazione delle attività di committenza e di progettazione, in grado di supportare la maggiore efficacia nella gestione degli iter autorizzativi dei progetti, nella attuazione e nella rendicontazione dei lavori eseguiti, nell'ottica ulteriore della gestione del ciclo di vita dei cespiti infrastrutturali;

**Preso inoltre atto che:**

- l'utilizzo del processo BIM unito all'utilizzo delle nuove tecnologie digitali di fatto disruptive (nuovi software BIM capaci di realizzare prototipi tridimensionali parametrici dell'oggetto da costruire cosiddetti Digital Twin, laser scanner, droni, dati in cloud, ecc.), hanno comportato in Europa una riduzione dei costi delle opere realizzate anche del 20%, con maggiore certezza dei tempi di esecuzione, e dei loro costi, come risulta dal EUBIM Taskgroup Handbook del luglio 2017 "Manuale per l'introduzione del BIM da parte della domanda pubblica in Europa";

**Ritenuto di procedere in merito:**

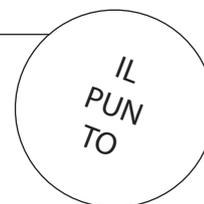
- per ottenere una maggiore efficacia ed efficienza nella realizzazione delle opere pubbliche, reputando che ciò comporterà anche una riduzione delle perizie di variante, degli accordi bonari, degli arbitrati e delle controversie giudiziarie;

**DELIBERA**

1. di istituire dal....., l'Ufficio per la digitalizzazione delle opere pubbliche" sinteticamente "Ufficio BIM", all'interno del Settore Lavori Pubblici, costituito da:
  - ing/arch. .... Responsabile dell'Ufficio BIM, con i compiti di Gestore dei processi informativi (BIM Manager), sulla base del CV in atti dal quale risulta professionista esperto di lavori pubblici e di BIM;
  - tecnici del Settore Il.pp. individuati dai rispettivi Dirigenti dei Servizi (Edilizia Pubblica, Edilizia Monumentale, Infrastrutture) sulla base di specifici progetti, con i compiti di Coordinatori dei flussi informativi (BIM Coordinator);
2. vengono approvate Linee Guida del Comune di (Bim Guide) che faranno riferimento in materia di strutturazione ed organizzazione della modellazione e gestione informativa digitale anche alla Norma UNI 11337 e alla serie normativa UNI EN ISO 19650 (per quanto riguarda i requisiti informativi relativi alla organizzazione: Organization Information Requirements-OIR e per quanto riguarda i requisiti informativi relativi al patrimonio: Asset Information Requirements-AIR oltre EIR);
3. l'Ufficio BIM dipende direttamente dal Capo Settore Lavori Pubblici;
4. il personale incaricato delle procedure per l'implementazione del processo BIM si relazionerà con i dirigenti degli altri Settori: Transizione Digitale, Contratti Appalti e Provveditorato, Risorse Umane, Patrimonio Partecipazioni e Avvocatura, ecc. per raggiungere gli obiettivi da indicare nelle Bim Guide a breve e lungo termine;
5. l'Ufficio BIM potrà relazionarsi con associazioni senza scopo di lucro che favoriscono la ricerca e diffusione dell'interoperabilità tra i software bim proprietari (ad es. bSMART International, ed il suo capitolo italiano IBIMI) ed utilizzare programmi open source, sentito il SIT, al fine di ridurre il rischio di «vendor lock-in», ossia creazione di un rapporto di dipendenza col fornitore del servizio;
6. l'Ufficio BIM e i suoi componenti potranno utilizzare il fondo previsto all'art..... "Fondo per l'innovazione" del regolamento comunale "Regolamento per la costituzione e la quantificazione del fondo incentivante per le funzioni tecniche" per finanziare gli adempimenti preliminari relativi a:
  - a) piano di formazione del personale in relazione al ruolo ricoperto, con particolare riferimento ai metodi e strumenti elettronici specifici, quali quelli di modellazione per l'edilizia e le infrastrutture, anche al fine di acquisire competenze riferibili alla gestione informativa ed alle attività di verifica utilizzando tali metodi;
  - b) piano di acquisizione o di manutenzione degli strumenti hardware e software di gestione digitale dei processi decisionali e informativi, adeguati alla natura dell'opera, alla fase di processo ed al tipo di procedura in cui sono adottati;
  - c) acquisto Norme UNI 11337, serie normativa UNI EN ISO 19650, ed altre ritenute necessarie;
  - d) conseguire la certificazione di qualità in conformità alla PdR UNI 74/19: "Sistema di Gestione BIM – Requisiti", per quanto riguarda l'Ufficio BIM, e la certificazione di qualità in conformità alla PdR UNI 78/20 : "Requisiti per la valutazione di conformità alla UNI 11337-7:2018 "Edilizia e opere di ingegneria civile - Gestione digitale dei processi informativi delle costruzioni - Parte 7: Requisiti di conoscenza, abilità e competenza delle figure professionali coinvolte nella gestione e nella modellazione informativa", per le figure professionali BIM;
  - e) partecipare a seminari e convegni nazionali e internazionali anche in qualità di relatori ("SAIE", Corsi Mediaconsult oltre altri) e pubblicare articoli su riviste specializzate ("MediAppalti" oltre altre) e testi in materia;
8. di prenotare la spesa di €.....al capitolo "Fondo per l'innovazione" per gli adempimenti necessari all'attuazione dei punti 7 a), b), c), d)

# La suddivisione in lotti degli appalti nella filiera della corrispondenza. Le indicazioni dell'AGCM.

di Giuseppe Laurieri



## Premessa

Uno degli istituti più complessi e di difficile applicazione del Decreto Legislativo 31 marzo 2023, n. 36 (di seguito il "**Nuovo Codice**") è, senz'altro, quello della suddivisione in lotti delle commesse pubbliche.

Il detto istituto, come risulta di immediata evidenza agli operatori chiamati ad applicare quotidianamente la complessa normativa di settore, costituisce un frequente momento di incertezza applicativa, per via dei molti interventi legislativi susseguitisi in merito e per le diverse interpretazioni fornite da giurisprudenza ed autorità di settore.

Nel presente contributo si analizzeranno le delucidazioni recentemente offerte da parte dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (di seguito "**AGCM**" o l'"**Autorità**") in occasione di una gara ritenuta elusiva dei più importanti principi di concorrenza. Un'analisi, attuale ed utile per gli operatori chiamati a muoversi in un questo terreno normativo che si presenta, ancora oggi, angusto, spigoloso ed incerto.

## 1. La suddivisione in lotti nel Nuovo Codice

L'art. 51 del Decreto Legislativo 18 aprile 2016 n. 50 (di seguito il "**Vecchio Codice**"), rubricato «Suddivisione in lotti», disciplinava, per l'appunto, il frazionamento dell'oggetto di una procedura ad evidenza pubblica, così da ampliare le opportunità competitive per imprese che, altrimenti, non sarebbero in grado di partecipare alla procedura indetta<sup>1</sup>.

L'istituto è stato notevolmente interessato dalla riforma dell'ultimo anno, che ha condotto all'approvazione del Nuovo Codice.

In particolare, la Legge 21 giugno 2022 n. 78, recante «Delega al Governo in materia di contratti pubblici» (di seguito "**Legge Delega**") stabiliva, all'art. 1, comma 2 quale criterio guida per la formulazione di un nuovo codice dei contratti pubblici, che si prevedesse la possibilità di suddividere gli appalti in lotti sulla base di criteri qualitativi o quantitativi, con obbligo di motivare la decisione di non procedere a detta suddivisione, nonché del divieto di accorpamento artificioso dei lotti, in coerenza con i principi dello *Small Business Act*<sup>2</sup>, proprio allo specifico fine di favorire la partecipazione da parte delle micro e piccole imprese.

---

1. L.R. Perfetti, Suddivisione in lotti, in M.A. Sandulli, R. De Nictolis (diretto da), Trattato sui contratti pubblici, II. Soggetti, qualificazione, regole comuni alle procedure di gara, Milano, 2019, 237.

2. Lo Small Business Act, di cui alla Comunicazione della Commissione europea «Una corsia preferenziale per la piccola impresa». Alla ricerca di un nuovo quadro fondamentale per la piccola impresa (uno «Small Business Act» per l'Europa), COM(2008) 394 def.; detta regole e definisce un percorso programmatico per favorire e valorizzare le iniziative delle PMI a livello unionale, così da "gratificare" lo spirito imprenditoriale delle piccole, ma cruciali, realtà produttive degli Stati Membri.

Sul punto, il Nuovo Codice, in attuazione del criterio detto, è intervenuto sulla disciplina prevedendone oggi la regolamentazione all'articolo 58.

La citata disposizione stabilisce un vero e proprio obbligo per le stazioni appaltanti di procedere alla divisione degli appalti in lotti funzionali, prestazionali o quantitativi, in conformità alle categorie o specializzazioni nel settore dei lavori, servizi e forniture. La regola è, pertanto, la suddivisione in lotti, di modo da garantire, come si diceva, una piena ed effettiva partecipazione delle micro, piccole e medie imprese alle procedure ad evidenza pubblica. Partecipazione che, altrimenti, risulterebbe insostenibile per ragioni di tipo pratico e materiale, non possedendo, le piccole realtà imprenditoriali, gli stessi mezzi organizzativi e lo stesso *know how* delle grandi imprese.

Le stazioni appaltanti sono chiamate ad indicare nel bando o nell'avviso di indizione il valore dell'appalto, adeguato in modo da garantire l'effettiva possibilità di partecipazione da parte delle micro imprese, piccole e medie imprese. Tale regola può subire una sostanziale deroga solo ed esclusivamente previa adeguata motivazione<sup>3</sup> resa da parte della stazione appaltante, tenendo conto dei principi europei sulla promozione di condizioni di concorrenza paritarie per le piccole e medie imprese. Rimane, comunque, vietato l'artificioso accorpamento dei lotti.

È, poi, consentita anche la limitazione del numero massimo dei lotti da aggiudicare al medesimo concorrente per ragioni connesse alle caratteristiche della gara e all'efficienza della prestazione, oppure per ragioni inerenti al

relativo mercato. Per le stesse ragioni, ovvero per l'elevato numero atteso dei concorrenti, può, inoltre, essere limitato anche il numero di lotti ai quali è possibile partecipare.

Una peculiarità la si ha nell'ambito dei settori speciali, ove il Legislatore ha previsto, all'art. 141 del Nuovo Codice che «le stazioni appaltanti o gli enti concedenti possono determinare le dimensioni dell'oggetto dell'appalto e dei lotti in cui eventualmente suddividerlo, senza obbligo di motivazione aggravata e tenendo conto delle esigenze del settore speciale in cui operano». La disposizione, dunque, è costruita in termini di mera "possibilità" per le stazioni appaltanti, rivestite della discrezionalità di decidere se procedere con l'affidamento frazionato, o meno.

In questo caso, è stato osservato, la disposizione si porrebbe in termini di novità rispetto al passato. Nel dettaglio, da un lato, la norma certamente riprende in modo preciso quanto previsto dall'articolo 65 della Direttiva 2014/25/UE, risolvendo così il problema del *gold plating* derivante dall'articolo 51 del Vecchio Codice, che imponeva un obbligo di motivazione dettagliata in caso di mancata suddivisione dell'appalto in lotti. Dall'altro lato, la norma si rileva l'applicazione pratica dei principi del risultato e della fiducia introdotti nel Nuovo Codice, poiché consente all'amministrazione di esercitare un ampio potere discrezionale nella definizione delle regole di gara e nella decisione sulle dimensioni dell'appalto e sulla sua suddivisione in lotti, sulla base di una valutazione semplificata che consideri gli interessi funzionali e strategici perseguiti<sup>4</sup>.

3. Sul punto, come argomentato all'interno della Relazione Illustrativa al Nuovo Codice, non sono presenti maggiori indicazioni circa i criteri che le stazioni appaltanti devono seguire per l'esercizio del potere discrezionale di scelta fra suddivisione o accorpamento. La normativa oggi vigente, infatti, stabilisce soltanto che tale ultima scelta vada motivata. Ad ogni modo, conformemente al pacifico indirizzo della giurisprudenza, il parametro di tale discrezionalità amministrativa potrebbe ben desumersi ed evincersi da uno sguardo sistematico ed è dato sia dalle esigenze connesse alla funzionalità organizzativa, sia dalla convenienza economica per la stazione appaltante, normalmente favorita dalla soluzione "aggregante" (sent. Consiglio di Stato, 21 marzo 2019, n. 1857). La giurisprudenza solitamente afferma che nella vigenza della disciplina del Vecchio Codice la decisione di non suddividere in lotti, o di suddividere in macro-lotti, può essere giustificata da "valutazioni di carattere tecnico- economico" (sent. Consiglio di Stato, 13 novembre 2017, n. 5224).

4. C. M. Oriolo, Prime riflessioni sul nuovo Codice dei contratti per i settori speciali: la suddivisione in lotti come possibile caso di attuazione dei principi codificati, *Urbanistica e appalti*, n. 2, 1 marzo 2023, p. 160, Commento alla normativa.

## 2. I chiarimenti dell'AGCM

Nel bollettino n. 35 del 9 settembre 2024, è stata pubblicata una recente deliberazione con cui l'AGCM, nello svolgimento della sua attività di segnalazione consultiva, ha fornito alcune utilissime indicazioni relative alla disciplina della suddivisione in lotti nella filiera della corrispondenza (di seguito il "**Parere**").

In particolare, l'Autorità è stata chiamata a pronunciarsi, ai sensi dell'art. 22 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, con riguardo al bando di gara d'appalto indetta da una società nel settore dei trasporti stradali (di seguito "**Stazione Appaltante**" o "**Società**") per l'affidamento del servizio di stampa, imbustamento, predisposizione dei plichi e recapito della corrispondenza (di seguito la "**Gara**").

L'Autorità, richiesta di fornire parere in merito alla legittimità della Gara ha riscontrato nella redazione del bando, talune previsioni contrasti con il principio di concorrenza. Con l'occasione, l'AGCM ha fornito alcune indicazioni utili per gli operatori di settore, al fine di evitare eventuali lesioni dei principi di libero accesso al mercato, parità di trattamento e non discriminazione.

In particolare, le previsioni attenzionate dall'AGCM sono state, come anticipato in premessa, quelle riguardanti la divisione in lotti dell'appalto e, in minima parte, la regolamentazione del subappalto nella filiera della corrispondenza.

### 2.1 La divisione in lotti "funzionali" nel settore della corrispondenza

Con stretto riferimento alla suddivisione in lotti, il bando di Gara prevedeva un unico lotto relativo all'intero territorio nazionale.

L'AGCM ha ritenuto tale disposizione del bando, in netto contrasto sia con la normativa comunitaria, che con la normativa nazionale, avendo, la Stazione Appaltante, eluso l'obbligo di procedere alla suddivisione in lotti dell'appalto derogabile,

con le parole dell'Autorità, «solo in forza di specifica e congrua motivazione espressa nella documentazione di gara, circostanza che peraltro non appare riscontrata nel caso di specie».

D'altronde, il valore stesso dell'appalto, pari a € 360.000, avrebbe di per sé, anche unitariamente considerato, imposto alla Stazione Appaltante di procedere con la divisione in lotti.

La Stazione Appaltante, nel dettaglio, secondo l'AGCM, avrebbe dovuto dividere l'oggetto dell'appalto in più lotti, quantomeno in un lotto riferito alla Regione Lombardia, e in un lotto per le restanti destinazioni dei solleciti dei mancati pagamenti del pedaggio nel territorio italiano, tutto ciò al fine di «non restringere la partecipazione alla gara a detrimento dei principi di concorrenza, *favor participationis*, ragionevolezza e proporzionalità». La suddivisione in lotti, infatti, con conseguente riduzione del valore dei contratti, «incentiverebbe la partecipazione alla procedura di gara anche degli operatori di minori dimensioni».

È evidente, e va da sé, che, come riconosce l'Autorità stessa, un unico lotto potrebbe garantire maggiori agevolazioni procedurali nell'iter di assegnazione della commessa consentendo alla stazione appaltante di entrare direttamente in contatto con un unico operatore economico referente per l'espletamento dell'intera gamma dei servizi postali aggiudicati. Tuttavia, tale beneficio di mera "economia procedimentale", continua rigidamente l'AGCM, non può considerarsi da solo sufficiente «a controbilanciare il *vulnus* concorrenziale connesso alla forte limitazione della partecipazione discendente dalla mancata divisione in lotti funzionali dei servizi messi a gara».

Il Parere è utile perché fornisce concrete indicazioni circa la divisione dell'appalto e la natura dei lotti conseguenti. Infatti, i lotti devono essere "funzionali", vale a dire, «distinti per settori di attività»<sup>5</sup> e, quindi, nel caso di specie «da un lato, quelli di stampa e imbustamento e, dall'altro, quelli di recapito».

5. Sent. T.A.R. Emilia Romagna, Bologna, 8 novembre 2016, n. 917.

In particolare, nel settore in cui si inserisce la decisione dell'AGCM, l'accorpamento di servizi afferenti a diverse fasi della lavorazione dei plichi da spedire via posta si pone in contrasto, si legge, «con la finalità, propria della normativa euro-unitaria relativa alle procedure ad evidenza pubblica, di favorire il più ampio accesso degli operatori economici al mercato delle commesse pubbliche, a prescindere dalla dimensione dell'impresa e dalla realizzazione di scelte strategiche di tipo strutturale».

La stampa, l'imbustamento e il recapito dei plichi costituiscono fasi ben distinte del procedimento produttivo che, in quanto tali possono e, anzi, devono, essere considerate "funzionali" ed autonome e, quindi, divisibili in più lotti.

In sintesi, quindi, i lotti riflettono le diverse fasi dei lavori, ovvero, dell'oggetto della commessa da affidare tramite procedura ad evidenza pubblica.

Nel caso oggetto del parere in esame, poi, il pregiudizio alla concorrenza risultava ancor più acuito dal fatto che la Stazione Appaltante aveva addirittura previsto, quale requisito di capacità tecnica e professionale, una copertura diretta geografica per il recapito di almeno il 70% del territorio nazionale.

La citata previsione è stata ritenuta particolarmente lesiva dei più importanti principi di concorrenza e apertura del mercato, poiché in grado di avvantaggiare potenzialmente gli operatori che possono vantare una copertura diretta territoriale capillare, in luogo delle imprese di minori dimensioni e radicamento territoriale.

Dunque, quale principio generale, si comprende che anche laddove l'appalto sia diviso in lotti, un concreto ostacolo alla libera concorrenza si avrebbe nel caso in cui tramite apposite

disposizioni di gara, come quella analizzata, si riservasse la partecipazione di determinate e ben individuate realtà imprenditoriali più estese.

Nello specifico, la previsione del "70%" di recapito diretto a livello nazionale impone una "scrematura all'ingresso", dando luogo ad una vera propria procedura "taylor made", ossia fatta su misura per sole grandi imprese, con conseguenziale esclusione delle più piccole.

## 2.2 La giurisprudenza sul punto: gli affidamenti nel settore postale

Anche la recente giurisprudenza si è occupata di un caso simile a quello in esame<sup>6</sup>, con riferimento al mercato postale<sup>7</sup>.

In particolare, è stata sottoposta al giudice amministrativo la valutazione circa la legittimità delle scelte compiute da parte di una stazione appaltante che aveva indetto una procedura di gara per l'affidamento dei servizi di recapito e gestione della corrispondenza non automatizzata, attraverso una divisione dell'appalto in 21 lotti. La /ex di gara imponeva l'obbligo di copertura dei lotti nelle percentuali dell'80% della popolazione residente in Italia su base nazionale e del 100% della popolazione residente nelle singole regioni di riferimento dello specifico lotto.

Nel caso attenzionato dal giudice amministrativo, la legge di gara era tale da pregiudicare il corretto dispiegarsi delle dinamiche competitive, stante le elevate soglie di copertura previste, tali da avvantaggiare i soli operatori economici in grado di garantire simili coperture sul territorio, o perché particolarmente strutturati, o perché radicati sul territorio.

---

6. Sent. Consiglio di Stato n. 3641 del 22 aprile 2024.

7. Con stretto riferimento al mercato postale, si guardino le Linee Guida approvate con delibera dell'Autorità nazionale anticorruzione n. 185 e con delibera Autorità per le garanzie nelle comunicazioni n. 116/22 del 13 aprile 2022 (di seguito "Linee Guida"), che esprimono un principio generale nella parte in cui hanno evidenziato che "l'individuazione dei livelli minimi di copertura e del punteggio attribuibile per la copertura offerta è effettuata sulla base di adeguate analisi di mercato, assicurando il rispetto dei principi di proporzionalità e ragionevolezza e i limiti della pertinenza e congruità rispetto all'oggetto della gara" (punto 3.3). Tali Linee-Guida hanno ipotizzato, pur a titolo meramente esemplificativo, alcune previsioni di copertura, "con l'intento di assicurare, in un'ottica pro concorrenziale, la più ampia partecipazione alle gare di appalto" (50% per il territorio nazionale e al 70% per il territorio regionale).

Il Collegio, infatti, ha evidenziato che sebbene le cd. "soglie di copertura" non possono ritenersi *ex se* lesive<sup>8</sup> dei principi a tutela della concorrenza, le stesse potrebbero risultare d'ostacolo al corretto dispiegarsi del dialogo competitivo tra più operatori, se analizzate ed apprezzate in termini non già astratti, ma concreti, tenendo conto del mercato di riferimento.

Per fare un esempio, nel mercato postale, appunto, si assiste alla quasi assenza di concorrenza in determinate aree del territorio nazionale, ove il numero degli operatori è ridotto a poche o pochissime realtà produttive.

Ciò comporta, secondo le logiche dette, che le soglie devono necessariamente tenere conto di tale assetto economico per non risultare lesive, altrimenti si darebbe luogo, come nel caso da cui trae origine la pronuncia in esame, all'assegnazione automatica delle commesse agli stessi "consolidati" operatori.

### **2.3 I suggerimenti dell'Autorità**

Rilevate le criticità della Gara indetta, l'Autorità fornisce utili indicazioni alle amministrazioni che dovessero trovarsi in situazioni analoghe a quelle rappresentate.

Secondo l'AGCM, un bando di gara conforme ai principi dettati dalla normativa comunitaria (ed in particolare agli articoli 49 e 56 del TFUE) e aderente alla normativa nazionale (ed in particolare agli articoli 1 e 58 del Nuovo Codice) deve prevedere la suddivisione degli appalti in lotti sia territoriali che funzionali.

In casi analoghi a quello attenzionato, ossia per l'affidamento di lavori o servizi nel settore della corrispondenza, sarebbe opportuno, chiarisce l'AGCM, che la stazione appaltante prevedesse una suddivisione in lotti distinti per la stampa e per l'imbustamento ed uno per il recapito.

Il Parere non manca di rilevare, analogamente agli approdi giurisprudenziali sul punto, ed alle Linee Guida, che un requisito di copertura territoriale così alto è incompatibile con i principi comunitari di concorrenza ed apertura al mercato.

Per queste ragioni, in occasioni simili è necessario prevedere un requisito inferiore a quello visto, ossia al 70% del territorio nazionale.

---

8. Sul punto, a conferma, si guardi la sent. Consiglio di Stato n. 5147 del 10 giugno 2024. La sentenza interviene su un caso simile a quello che ha portato alla citata sent. 3641 del 2024, vedendo contrapposte, da un lato un importante operatore nel settore postale, dall'altro l'AGCM che eccepiva, anche in questo caso, la elusione dei principi di concorrenza nell'aver, la stazione appaltante, previsto quali criteri, soglie di copertura eccessivamente elevate. In questo caso, però, il Collegio ha ritenuto non elusive, né illegittime le scelte compiute da parte della stazione appaltante, in considerazione, appunto, del peculiare settore di mercato in cui era stata bandita la gara. Infatti, in questo caso, la gara riguardava non già il recapito di posta ordinaria, bensì il servizio postale di notificazione degli atti giudiziari e delle contravvenzioni al codice della strada. Tale peculiarità, secondo il Consiglio di Stato, giustificerebbe la natura delle soglie previste, tese a «bilanciare l'esigenza di apertura di un nuovo mercato con la necessità di assicurare particolare attenzione in termini di affidabilità e solidità dell'operatore, unicità del procedimento notificatorio, e certezza nella consegna di atti di particolare rilevanza».

# Ecco il calendario formativo dei prossimi mesi

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

## Percorsi Base / Avanzati

**Il ciclo di vita di un appalto. Le questioni controverse. Le soluzioni operative**

*Docenti: Faviere, Toschei*

ROMA, 3 incontri (20 ore) dal 15 Ottobre

**L'applicazione del Codice dei Contratti XVII Edizione**

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

*Docenti: Cacciari, Fasano, Faviere, Fianza, Monassi, Porzio, Rizzo*

WEBINAR, 15 incontri (60 ore) dal 21 Ottobre

**Percorso per la formazione base dei RUP**

*Docenti: Morolla, Rizzi*

WEBINAR, 5 incontri (20 ore) dal 21 Novembre

**ABC degli Appalti Pubblici**

*Docente: Morolla*

WEBINAR, 3 incontri - dal 21 Novembre

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

*Docente: Miniero*

WEBINAR, 3 incontri - dal 22 Novembre

---

## RUP: Funzioni e Responsabilità

**Il RUP e la documentazione di gara**

*Docenti: Faviere, Toschei*

ROMA, 15 Ottobre

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

WEBINAR, 11 Novembre - *Docente: Faviere*

VERONA, 12 Novembre - *Docente: Ponti*

CAGLIARI, 28 Novembre - *Docente: Toschei*

**Gli incentivi per le funzioni tecniche**

*Docenti: Puliatti, Rappa, Vella*

WEBINAR, 25 e 26 Novembre

## Redazione Atti di Gara

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

*Docenti: Cacciari, Faviere, Fianza*

WEBINAR, 5 incontri (20 ore) dal 25 Novembre

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

*Docente: Fianza*

WEBINAR, 25 Novembre

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

*Docenti: Faviere, Toschei*

ROMA, 03 Dicembre

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

*Docente: Miniero*

TRIESTE, 05 Dicembre

**Gli utilizzi dell'intelligenza artificiale nel mondo degli appalti**

*Docenti: F. Fianza, P. Fianza*

WEBINAR, 06 Dicembre

**La gara d'appalto tra procedura e redazione atti**

*Docente: Cacciari*

WEBINAR, 03 e 12 Dicembre

---

## Novità e Giurisprudenza

**Analisi delle questioni più importanti del Nuovo Codice dei Contratti**

MILANO, 31 Ottobre - *Docenti: Cacciari, Faviere*

GENOVA, 26 Novembre - *Docente: Fianza*

PARMA, 03 Dicembre - *Docente: Fianza*

CATANIA, 19 Novembre - *Docenti: Lilli, Taormina*



Lavoriamo ogni giorno sulla nostra offerta formativa.

Visita il nostro sito per scoprire tutti i nuovi corsi >>>



## Sottosoglia, Procedure, Esecuzione

### Il subappalto e le grandi novità del Codice

Docente: Maceroni

WEBINAR, 28 Ottobre

### Digitalizzazione, Trasparenza ed esecuzione del contratto: adempimenti, nuovi istituti, analisi e modifiche del contratto

Docenti: Faviere, Toschei

ROMA, 29 Ottobre

### Gli affidamenti diretti. Le modalità operative

Docente: Miniero

WEBINAR, 07 Novembre

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

Docente: Maceroni

NAPOLI, 12 Novembre;

BARI, 21 Novembre

### Il ruolo centrale dell'esecuzione nel Nuovo Codice dei Contratti

Docente: Fasano

WEBINAR, 22 e 29 Novembre

### Focus sui sottosoglia: affidamenti diretti e procedure negoziate.

Docente: Ponti

WEBINAR, 05 Dicembre

### Il Partenariato Pubblico Privato e le concessioni

Docente: Riso

WEBINAR, 10 Dicembre

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

Docente: Gianforte

WEBINAR, 17 Dicembre

## Sanità, Settori Speciali

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

Docenti: Castelli, Stefanelli

CAGLIARI, 08 Novembre

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

Docente: Galli

WEBINAR, 13 e 20 Novembre

## Adempimenti e MePA

### Corso pratico sul monitoraggio delle opere pubbliche

Docente: Croce

WEBINAR, 22 Ottobre

### Gli adempimenti obbligatori pre e post gara

Docente: Rizzi

WEBINAR - II edizione, 13 e 20 Novembre

WEBINAR - III edizione, 10 e 13 Dicembre

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

Docente: Fianza

WEBINAR, 25 Novembre

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

Docente: Porzio

WEBINAR, 29 Novembre e 04 Dicembre

### Guida pratica su come gestire gli affidamenti diretti sul MePA

Docente: Porzio

WEBINAR, 29 Novembre

## BIM e Project Management

### Corso base + avanzato di Project Management

Docente: D'Orazi, Tramontana,

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

### Corso base di Project Management

(ISIPM-Base®)

Docente: D'Orazi

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

### Corso avanzato di Project Management

(ISIPM-Avanzato®)

Docente: Tramontana

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

### Il BIM per la PA: come istituire un Ufficio BIM

Docente: Farinati

WEBINAR, 4 incontri - dal 04 Novembre

# Le questioni aperte per le concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali per l'esercizio di attività turistico-ricreative e sportive: illegittimità delle proroghe ed affidamento con procedure di evidenza pubblica.

di Domenico Vitale

IL  
PUN  
TO

## Premessa

Una delle questioni più dibattute e controverse di quest'ultimo periodo è quella relativa alle concessioni cd. balneari, la cui soluzione riveste sempre di più il carattere dell'urgenza.

Numerosi e continui sono stati e sono gli interventi da parte del Giudice amministrativo (da ultimo, Tar Lazio, Roma, sezione Seconda bis, 6 settembre 2024 n.16159/2004, Corte Costituzionale sentenza 24 giugno 2024 n.109, Consiglio di Stato, sezione Settima, 31 luglio 2024 n.6883/2024) e dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (bollettino n.32/2024 del 12 agosto 2024), in presenza di un quadro normativo incerto, contrastante con le direttive comunitarie e per molti versi disorganico.

A ciò deve aggiungersi il notevole ritardo del Governo italiano nel dare valide e legittime risposte alla procedura di infrazione avviata dalla Commissione Europea con il parere motivato 16 novembre 2023 prot. n. INFR(2020)4118 C(2023)7231.

La Commissione, dopo aver ritenuto non corrette le osservazioni fornite nel febbraio 2021 dal

Governo Conte alla lettera 3 dicembre 2020 di messa in mora, né idoneo l'intervento del Governo Draghi con l'approvazione della legge n.118/2022, ha contestato in più punti la legislazione vigente.

E' stato, così, rilevato che sono in contrasto con i principi comunitari le proroghe indiscriminate ed *ex lege* delle autorizzazioni per l'utilizzo di proprietà demaniali marittime, lacuali e fluviali per attività ricreative e turistiche, previste all'articolo 3, paragrafo 2, della legge n.118/2022, come modificato dalla legge n.14/2023, e dal combinato disposto dell'articolo 4, comma 4-bis della legge n.118/2022, inserito dalla legge n.14/2023 - che fa "divieto agli enti concedenti di procedere all'emanazione dei bandi di assegnazione delle concessioni e dei rapporti di cui all'articolo 3, comma 1, lettere a) e b)" fino all'adozione dei decreti legislativi di cui allo stesso articolo 4 della legge 118/2022 e dell'articolo 10-quater del decreto-legge 29 dicembre 2022, n.198, inserito dalla legge 14/2023, secondo cui: "Le concessioni e i rapporti di cui all'articolo 3, comma 1, lettere a) e b), della legge 5 agosto 2022, n. 118, continuano in ogni caso ad avere efficacia sino alla data di rilascio dei nuovi provvedimenti concessori",

La Commissione ha rilevato, così, che sono illegittime le proroghe precedentemente previste dall'articolo 1, paragrafo 18, del decreto-legge n.194/2009, dall'articolo 24, comma 3-septies del decreto-legge 24 giugno 2016, n. 113, dall'articolo 1, commi 682 e 683 della legge di bilancio e al decreto-legge n. 104/2020, nonché dalle previsioni dell'articolo 182, paragrafo 2, del decreto-legge 34/2020, che aveva vietato alle Autorità locali di avviare o proseguire procedimenti pubblici di selezione per l'assegnazione di 'concessioni balneari'.

Disposizioni legislative in evidente contrasto con gli obblighi imposti dall'articolo 12 della Direttiva sui servizi e dell'articolo 49 TFUE, nonché dell'articolo 4, paragrafo 3, TUE.

Di recente, anche la magistratura contabile (la Procura della Corte dei Conti per la Regione Puglia richiesta di atti agosto 2024) si sta occupando della questione sulla mancata corretta riscossione dei canoni di concessione.

Un po' di chiarezza va fatta, dunque, con una ricostruzione del quadro normativo di riferimento.

### 1. Le disposizioni legislative vigenti

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con le decisioni 9 novembre 2021 n.16 e n.17, ha ritenuto viziato il meccanismo di proroga automatica delle concessioni in questione, in quanto incompatibile con l'art. 12 della Direttiva 2006/123/CE (la cd. direttiva Bolkestein) e con l'art. 49 Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea - T.F.U.E.-, nell'ipotesi in cui le concessioni presentino un interesse transfrontaliero certo.

Il Governo interviene, così, una prima volta con la Legge 5 agosto 2022, n. 118, con la quale vengono previste specifiche disposizioni per la regolamentazione delle concessioni balneari in questione.

Viene adottato, poi, il cd. Decreto Milleproroghe (decreto-legge 29 dicembre 2022, n.198, convertito in Legge 24 febbraio 2023, n. 14), il cui articolo 10-quater, introdotto in sede di conversione, ha previsto:

- l'istituzione presso la Presidenza del Consiglio dei ministri di un tavolo tecnico con compiti consultivi e di indirizzo in materia di concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali;

- il tavolo tecnico, acquisiti i dati relativi a tutti i rapporti concessori in essere delle aree demaniali marittime, lacuali e fluviali, elaborati ai sensi all'articolo 2 della legge 5 agosto 2022, n. 118, dovrà definire i criteri tecnici per la determinazione della sussistenza della scarsità della risorsa naturale disponibile, tenuto conto sia del dato complessivo nazionale che di quello disaggregato a livello regionale, e della rilevanza economica transfrontaliera;
- ai fini dell'espletamento dei compiti del tavolo tecnico, le parole: «31 dicembre 2024», ovunque ricorrono, sono sostituite dalle seguenti: «31 dicembre 2025»;
- le concessioni e i rapporti di cui all'articolo 3, comma 1, lettere a) e b), della legge 5 agosto 2022, n. 118, continuano in ogni caso ad avere efficacia sino alla data di rilascio dei nuovi provvedimenti concessori.

L'art. 3 della Legge n.118/2022, prevede, così, che le concessioni demaniali in essere al 27 agosto 2022 (data di entrata in vigore della stessa Legge) sulla base di proroghe o rinnovi, disposti anche ai sensi della legge 30 dicembre 2018, n. 145, e del decreto-legge 14 agosto 2020, n. 104, convertito, con modificazioni, dalla legge 13 ottobre 2020, n. 126, continuano ad avere efficacia fino al 31 dicembre 2023; termine, poi, differito al 31 dicembre 2025.

Il secondo comma del citato art.3 prevede, altresì, che le concessioni e i rapporti di cui al comma 1, lettere a) e b), che con atto dell'ente concedente sono individuati come affidati o rinnovati mediante procedura selettiva con adeguate garanzie di imparzialità e di trasparenza e, in particolare, con adeguata pubblicità dell'avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento, continuano ad avere efficacia sino al termine previsto dal relativo titolo e comunque fino al 31 dicembre 2024 se il termine previsto è anteriore a tale data.

Comma, così, modificato dall'art. 12, comma 6-sexies, lett. b), D.L. 29 dicembre 2022, n. 198, convertito, con modificazioni, dalla Legge 24 febbraio 2023, n. 14.

Il successivo terzo comma dispone, altresì: " In presenza di ragioni oggettive che impediscono la conclusione della procedura selettiva entro il 31 dicembre 2024, connesse, a titolo esemplificativo, alla pendenza di un contenzioso o a difficoltà

oggettive legate all'espletamento della procedura stessa, l'autorità competente, con atto motivato, può differire il termine di scadenza delle concessioni in essere per il tempo strettamente necessario alla conclusione della procedura e, comunque, non oltre il 31 dicembre 2025. Fino a tale data l'occupazione dell'area demaniale da parte del concessionario uscente è comunque legittima anche in relazione all'articolo 1161 del codice della navigazione".

Comma quest'ultimo così modificato dagli articoli 10- quater, comma 3, e 12, comma 6-sexies, lett. c), D.L. 29 dicembre 2022, n. 198, convertito, con modificazioni, dalla Legge 24 febbraio 2023, n. 14. Il legislatore, quindi, raccogliendo l'invito dell'Adunanza Plenaria, aveva inizialmente individuato il termine ultimo di validità delle concessioni vigenti al 31 dicembre 2023, riconoscendo espressamente il carattere di non abusività dell'occupazione degli spazi demaniali ad esse connesse sino a tale data; termine di efficacia di tali concessioni prorogato dapprima al 31 dicembre 2024.

Come riportato dalle disposizioni legislative suindicate, il Legislatore ha, così consentito ulteriore proroga, con atto motivato, oltre il termine del 31 dicembre 2024.

L'art. 10-quater, terzo comma, Legge n. 14/2023 ha differito al 31 dicembre 2025 il termine massimo entro il quale le amministrazioni competenti possono posticipare ulteriormente l'efficacia delle concessioni ove, per ragioni oggettive (pendenza di contenziosi e difficoltà nello svolgimento della gara), non riescono a concludere le gare di evidenza pubblica entro il 31 dicembre 2024.

Infine, per sola completezza, si segnala che non risulta ad oggi emanato il decreto legislativo delegato previsto dall'art. 4 della legge n.118/2022, contenente, tra l'altro, una disciplina uniforme delle procedure selettive di affidamento delle concessioni demaniali marittime cioè la disciplina sulla base della quale si dovrà porre a gara la concessione medesima.

## 2. La Giurisprudenza amministrativa

La decisione 31 luglio 2024 n.6883/2024 della Settima sezione del Consiglio di Stato ha ulteriormente confermato i principi discendenti dalle sentenze dell'Adunanza Plenaria del Consiglio

di Stato nn. 17 e 18 del 2021: l'assegnazione delle nuove concessioni demaniali o i loro rinnovi, per i periodi successivi alla scadenza ivi individuata (31 dicembre 2023), dovrà avvenire esclusivamente mediante procedura comparativa di evidenza pubblica.

Né rilevano le proroghe via via concesse dal legislatore italiano con le successive modifiche legislative in quanto devono essere disapplicate perché contrastanti con l'art. 12 della direttiva 2006/123/CE e comunque con l'art. 49 del T.F.U.E.. Tutte le disposizioni nazionali che hanno introdotto e continuano ad introdurre, con una sistematica violazione del diritto dell'Unione, le proroghe delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative (così Consiglio di Stato, sezione Settima, n. 3940 del 30 aprile 2024, nonché n. 4480 e n. 4481 del 20 maggio 2024).

Decisioni del Giudice di appello che hanno, così, affermato l'illegittimità per violazione delle disposizioni comunitarie delle seguenti norme:

- a) le disposizioni di proroga, previste in via generalizzata e automatica, e ormai abrogate dall'art.3, comma 5, della l. n. 118 del 2022 (art. 1, commi 682 e 683, della l. n. 145 del 2018; art. 182, comma 2, del d.l. n. 34 del 2020, conv. in l. n.77 del 2020; art. 100, comma 1, del d.l. n.104 del 2020, conv. in l. n. 126 del 2020);
- b) le più recenti proroghe introdotte dagli articoli 10-quater, comma 3 e 12, comma 6-sexies, del d.l. n. 198 del 2022, inseriti dalla legge di conversione n. 14 del 2023 e dall'art. 1, comma 8, della stessa legge n. 14 del 2023, che ha introdotto il comma 4-bis all'art. 4 della l. n. 118 del 2022.

Né è possibile affermare, sempre secondo il G.A., un'eventuale rilevanza di questioni di legittimità costituzionale della legislazione italiana che disciplina la scadenza delle concessioni demaniali marittime e prevede l'obbligo delle gare.

Infatti, i principi in materia derivano direttamente dal diritto europeo e dalla applicazione fattane con sentenza della Corte di Giustizia UE, 20 aprile 2023, in causa C-348/22, secondo cui deve essere dato corso alla procedura di gara per assegnare la concessione in un contesto realmente concorrenziale (così Consiglio di Stato, sezione Settima, n. 3940 del 30 aprile 2024).

Univoco, sul punto, è l'orientamento dei Giudici di appello: Settima sezione 20 maggio 2024, n. 4479, n.4480 e n. 4481; 19 marzo 2024, n. 2662, n. 2664 e n. 2679; Sesta sezione 1° marzo 2023, n. 2192; e 27 dicembre 2023, n. 11200.

Deve, così, ritenersi consolidato l'orientamento del Giudice amministrativo nel senso di escludere immediatamente, per contrasto con il diritto comunitario, l'applicabilità delle disposizioni interne (artt. 1 commi 682 e 683 l. n. 145/18 e art. 182 d.l. n. 34/2020) che sanciscono la proroga automatica fino al 2033 delle concessioni demaniali marittime.

In questo senso: da ultimo Tar Lazio, Roma, sezione Seconda bis, 6 settembre 2024 n.16159/2004.

### **3. L'orientamento dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.**

Altro importante contributo sulla questione è stato dato dall'Agcom.

In presenza di provvedimenti di proroga delle concessioni balneari, adottati da diversi Comuni, l'Autorità, dopo la contestazione con "parere motivato" della violazione delle norme a tutela della concorrenza e del mercato - nel quale parere ha indicato gli specifici profili delle violazioni riscontrate - ha impugnato dette deliberazioni di proroga innanzi al Giudice Amministrativo, ai sensi dell'art.21 bis Legge 10 ottobre 1990 n.287, come modificato dall'art. 35, comma 1, D.L. 6 dicembre 2011, n. 201, convertito, con modificazioni, dalla L. 22 dicembre 2011, n. 214 (vedi anche l'art. 171, comma 4, D.L. 19 maggio 2020, n. 34, convertito, con modificazioni, dalla L. 17 luglio 2020, n. 77, e, successivamente, l'art. 75, comma 1, D.L. 14 agosto 2020, n. 104, convertito, con modificazioni, dalla L. 13 ottobre 2020, n. 126).

Le numerose proroghe sono state adottate con le più varie motivazioni e tutte sono state costantemente contestate.

Si riportata in ordine di tempo: atto di segnalazione 3 agosto 2024 AS2025, pubblicato sul Bollettino 5 agosto 2024 n.31, "Comune di Capri (Na) - proroga delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative ": deliberazione della Giunta 29 dicembre 2023, n. 209.

Con il suddetto provvedimento, il Comune di Capri ha disposto "la proroga della durata delle concessioni demaniali marittime di cui all'art. 3, comma 1, della L. n. 118/2022 e, per garantire certezza giuridica ai rapporti concessori in scadenza, nel rispetto dei principi di proporzionalità, ragionevolezza e parità di trattamento": ciò in ragione de "l'incertezza generale del quadro giuridico di riferimento" in materia di concessioni demaniali marittime, considerato il procedimento attivato dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri volto all'accertamento della scarsità della risorsa naturale, della mancanza dei decreti legislativi di riordino della materia e del rinvio alla Corte di Giustizia della questione connessa all'acquisizione a titolo gratuito, allo scadere della concessione, delle opere realizzate dal privato sul suolo demaniale.

Tutte le motivazioni addotte - alcune delle quali utilizzate in precedenza anche da altri Comuni - sono state ritenute insufficienti per disporre la proroga, in quanto: - il continuo ricorso alla proroga è in violazione dei principi della concorrenza nella misura in cui impedisce il confronto competitivo per il mercato, che dovrebbe essere garantito in sede di affidamento di servizi incidenti su risorse demaniali di carattere scarso, e favorisce gli effetti distorsivi connessi a ingiustificate rendite di posizione attribuite ai concessionari.

Nel corso del biennio 2020-20213, in particolare, l'Autorità ha invitato molteplici amministrazioni comunali a disapplicare la normativa nazionale posta a fondamento delle determinazioni di proroga delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative per contrasto delle stesse con gli articoli 49 e 56 TFUE4 e con l'articolo 12 della Direttiva 2006/123/CE (c.d. "Direttiva Servizi").

È noto che gli Stati membri sono tenuti a conformarsi ai principi e alle disposizioni euro-unitarie, e nel caso in cui la normativa interna confligga con il diritto dell'Unione europea, se ne impone la relativa disapplicazione.

Nel caso di specie, l'Autorità ha ritenuto che la proroga in favore dei precedenti concessionari decisa dal Comune di Capri violi le norme sopra richiamate, in quanto elusiva della scadenza al 31 dicembre 2023 del periodo transitorio indicato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato e, dunque, volta a impedire, o comunque ritardare, l'applicazione della normativa euro-

unitaria e l'apertura alla concorrenza del mercato delle concessioni demaniali marittime, così impedendo di cogliere i benefici che deriverebbero dall'affidamento attraverso procedure a evidenza pubblica.

È stata rilevata, così, l'infondatezza degli argomenti indicati dal Comune di Capri a sostegno della proroga delle concessioni.

Come chiarito innanzi, con le sentenze gemelle del 2021 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, è stato affermato che, oltre il 31 dicembre 2023, le concessioni demaniali in essere "anche in assenza di una disciplina legislativa, [...] cesseranno di produrre effetti, nonostante qualsiasi eventuale ulteriore proroga legislativa che dovesse nel frattempo intervenire, la quale andrebbe considerata senza effetto perché in contrasto con le norme dell'ordinamento U.E."; normativa, pertanto, disapplicabile dal giudice amministrativo e da qualsiasi organo amministrativo.

Il Consiglio di Stato (Sesta sezione 1° marzo 2023, n. 2192) ha affermato il "frontale contrasto" della norma contenuta nell'articolo 10-quater, comma 3, del decreto legge 29 dicembre 2022, n. 198 convertito con legge 24 febbraio 2023, n. 14, con l'articolo 12 della Direttiva Servizi ed ha chiarito che i principi sanciti dalla sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 17/2021 sono pienamente applicabili e vincolanti, con la conseguenza che le norme nazionali che hanno disposto o che dovessero disporre in futuro la proroga automatica delle concessioni demaniali marittime sono in contrasto con l'articolo 49 TFUE e con l'articolo 12 della Direttiva Servizi e non devono essere applicate dai giudici né dalla pubblica amministrazione (anche: Consiglio di Stato, Sesta sezione 27 dicembre 2023, n. 11200).

È stato, così, sottolineato come sia il giudice amministrativo quanto quello europeo hanno affermato l'obbligo di procedere con procedure a evidenza pubblica per il rilascio delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative, in applicazione dei principi generali a tutela della concorrenza espressi dall'articolo 49 TFUE e dall'articolo 12, paragrafi 1 e 2, della Direttiva Servizi.

Pertanto, il Comune di Capri, piuttosto che ricorrere alla proroga delle concessioni, avrebbe dovuto procedere, in attuazione dei principi concorrenziali,

alla disapplicazione della normativa nazionale in contrasto con il diritto unionale e all'indizione di procedure di gara finalizzate a nuovi affidamenti delle concessioni venute a scadenza rispettose dei principi di concorrenza, equità, trasparenza e non discriminazione.

Le stesse considerazioni sono state svolte dall'Autorità nei numerosi precedenti atti di segnalazione: *ex multis*, i casi AS1701 – *Comune di Piombino (LI) – Concessioni demaniali marittime con finalità turistico ricreative*, in Boll. n. 41/2020; AS1729 – *Comune di Ginosa (TA) – Proroga delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico ricreative*, in Boll. n. 13/2021; casi AS1725 – *Comune di Reggio Calabria – Proroga concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative*, in Boll. n. 12/2021; AS1799 – *Regione Autonoma della Sardegna – Proroga delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative*, in Boll. n. 43/2021.

#### **4. Provvedimenti successivi al 12 agosto 2024**

Una ultima riflessione va fatta in merito alle considerazioni e/o indicazioni fornite ai Comuni dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato in data 12 agosto 2024 (adunanza del 30 luglio 2024, su Bollettino n.31/2024) con riguardo al modello procedimentale da seguire con le procedure selettive per il rilascio delle concessioni.

Sono state date importanti indicazioni invitando i Comuni a declinare sin dall'atto di avvio della procedura, in maniera oggettiva, trasparente, non discriminatoria e proporzionata, tutti i criteri che lo stesso intende utilizzare per la valutazione dell'offerta, con il relativo punteggio massimo attribuibile, in linea con le indicazioni fornite dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato del 2021.

In merito, poi, alla durata della concessione ed all'eventuale valore degli investimenti non ancora ammortizzati è stato ritenuto, da una parte la legittimità della scelta dell'amministrazione concedente di richiedere la realizzazione di investimenti anche ingenti (ad esempio, volti alla qualificazione di una determinata area o per l'esecuzione di opere a ridotto impatto ambientale), ma al fine di non vanificare il ricorso a procedure

concorrenziali di assegnazione, la durata della concessione dovrebbe essere commisurata al valore della stessa e alla sua complessità organizzativa e non dovrebbe eccedere il tempo ragionevolmente necessario per il recupero degli investimenti autorizzati e un'equa remunerazione del capitale investito.

Con riferimento all'eventuale indennizzo al gestore uscente, nelle procedure a evidenza pubblica in corso di svolgimento, l'Autorità ritiene che, al fine di tutelare il legittimo affidamento del concessionario uscente, ove sussistente, il valore di eventuali investimenti da questo effettuati e non ancora ammortizzati al termine della concessione, per i quali non è possibile la vendita su un mercato secondario, potrebbe essere posto a base d'asta nella successiva procedura selettiva.

Altro importante contributo è relativo alla valorizzazione dell'offerta economica in sede di gara.

L'Autorità rappresenta che detta valorizzazione dell'offerta, mediante una possibile maggiorazione del canone di concessione base annuo, potrebbe introdurre nella valutazione delle domande presentate un'importante variabile competitiva, purché il canone rifletta il reale valore economico e turistico del bene oggetto di affidamento.

In tale caso, tuttavia, l'amministrazione comunale, in qualità di soggetto concedente, dovrebbe individuare delle modalità che, secondo i principi di trasparenza, equità, non discriminazione, ragionevolezza e proporzionalità assicurino il contenimento dei prezzi e un'adeguata fruibilità per le diverse categorie di utenti finali.

Infine, per quanto attiene alla tempistica di svolgimento delle procedure, l'Autorità ha sollecitato gli enti concedenti affinché tutte le procedure selettive per l'assegnazione delle nuove concessioni siano svolte quanto prima e che l'assegnazione avvenga non oltre il 31 dicembre 2024.

Una ultima personale annotazione, si ritiene di svolgere per quanto concerne un elemento di grande importanza: quali sono i requisiti che devono essere richiesti agli operatori economici per la partecipazione alle procedure selettive, indette dai Comuni, per l'affidamento delle concessioni

demaniali marittime, lacuali e fluviali per l'esercizio di attività turistico-ricreative e sportive.

L'Autorità - al punto Sub lettera b) "i criteri" - ritiene preferibile favorire la partecipazione a soggetti che hanno maturato esperienza e professionalità " *anche nello svolgimento di attività extra-concessione* " ed invita i Comuni ad evitare restrizioni di natura concorrenziale con la previsione di requisiti che possano " *integrare una preferenza in favore di operatori già attivi nel mercato* ".

A tal riguardo, posto che non vi è una normativa specifica di riferimento per i requisiti di ordine speciale che devono essere richiesti, deve rilevarsi un'ampia discrezionalità dei Comuni per la fissazione di detti requisiti nei bandi pubblicati nel corso del 2024.

Alcuni bandi sono già oggetto di contenziosi innanzi al Giudice amministrativo, non ancora definiti: vedi Tar Veneto - concessione per il Comune di Jesolo - con udienza di merito fissata per il 6 novembre 2024; Tar Campania - concessione per il Comune di Capri - con udienza di merito fissata per il 9 gennaio 2025.

Nei bandi pubblicati vi è una eterogeneità di previsioni sui requisiti di capacità tecnica da possedere per la partecipazione.

Bando 8 maggio 2024 del Comune di Locri: viene richiesto l'obbligatoria iscrizione alla C.C.I.A.A. per attività d'impresa, con codice ATECO attività 93.29.20 (Gestione stabilimenti balneari: marittimi, lacuali e fluviali), con codice ATECO attività 56.1 0.11 (ristorazione con somministrazione).

Bando 2024 del Comune di Francavilla: viene previsto come requisito di partecipazione di essere "titolari o gestori di strutture ricettive singole ovvero consorzi costituiti da due o più strutture ricettive, quali alberghi pensioni, campeggi villaggi turistici, bed & breakfast e case vacanze, che non sono già titolari di concessioni demaniali marittime a scopo turistico ricreativo".

Bando 2024 del Comune di Jesolo viene prevista la possibilità di attribuire un punteggio di 60/100 all'offerta tecnica, 25/100 all'offerta per esperienza tecnica e professionale e 15/100 all'offerta economica.

Regolamento del Comune di Eraclea(Venezia), approvato con deliberazione di C.C. n. 67 del 21/12/2023, all'art.21 - comma 3: "Sono requisiti soggettivi speciali: a. l'iscrizione in Registri tenuti da Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura oppure nei Registri delle Commissioni provinciali per l'artigianato per attività coerenti con quelle esercitabili nell'area demaniale marittima oggetto di domanda, o documentazione equivalente per soggetti stabiliti in altri Paesi membri dell'Unione".

In presenza delle indicazioni Agcom 12 agosto 2024 e delle decisioni già assunte dai Comuni per la indizione delle procedure selettive, si è in attesa delle prossime decisioni del Giudice amministrativo che potranno essere di riferimento per i Comuni per fissare i requisiti e le modalità di affidamento delle concessioni con l'indizione delle relative procedure selettive.

# Accordi tra PA e privati. Risarcibile la lesione del legittimo affidamento

di Andrea Magagnoli

IL  
PUN  
TO

## 1. La questione pratica e la sua risoluzione da parte del Consiglio di Stato con la sentenza n. 5514/2024

La sentenza qui in commento, riguarda la questione dei limiti alla risarcibilità dei danni morali e materiali patiti dal privato a seguito di un comportamento contrario ai principi di correttezza e buona fede, posto in essere da parte della Pubblica Amministrazione nel corso di una procedura diretta al conferimento di un incarico lavorativo.

Il principio individuato da parte dei giudici del Consiglio di Stato con la sentenza qui in commento è il seguente: "Nel corso delle procedure di contrattazione pubblica il privato ha diritto ad essere risarcito per i danni patiti a seguito di un comportamento posto in essere da parte

dell'amministrazione che contrasti con i principi di buona fede e correttezza applicabili."

Tale obbligo si realizza anche nel caso in cui la procedura sia stata caratterizzata dalla presenza di un accordo tra privato e pubblica amministrazione ai sensi dell'art. 11 della legge 9 agosto 1991.

Il risarcimento è tuttavia possibile nel solo caso in cui l'amministrazione abbia colpevolmente ingenerato nel privato un legittimo affidamento e dovrà essere limitato al solo interesse di carattere negativo. L'obbligo di risarcimento riguarderà infatti le spese conseguenti alla condotta della pubblica amministrazione nonché i danni derivanti dalla perdita di altre occasioni contrattuali."

Lo afferma il Consiglio di Stato, sez. Sesta, con la sentenza n.5514 del 20 giugno 2024.

### Il caso concreto

Il caso di specie che ha dato origine all'emissione della sentenza qui in commento trae origine dalla conclusione di un accordo tra l'amministrazione nella fattispecie il Comune di Quaranti ed una società privata.

Si trattava di un vero e proprio accordo che presentava specifici aspetti di carattere economico e prevedeva reciproci obblighi e diritti.

A seguito della sottoscrizione del patto, infatti il contraente privato che assumeva la veste di una persona giuridica ed in particolare di una società otteneva il riconoscimento da parte dell'amministrazione locale di uno specifico diritto consistente nella possibilità di edificare, dopo avere effettuato le attività di bonifica, un impianto necessario allo svolgimento delle attività di recupero di rifiuti tossici presenti nell'area, attività da svolgersi a titolo imprenditoriale. La sottoscrizione dell'accordo e l'assunzione degli impegni ad esso conseguenti induceva la società a sostenere una serie di spese.

In particolare, il contraente privato in vista della futura esecuzione dell'accordo in precedenza concluso con la pubblica amministrazione provvedeva a retribuire i professionisti, il cui operato si era reso necessario per l'attivazione dell'attività prevista dal patto con la parte pubblica, spese alle quali si accompagnavano i costi conseguenti alla presentazione delle istanze amministrative all'uopo necessarie ed all'acquisto dei materiali necessari all'edificazione dell'impianto.

Tali costi venivano sostenuti sulla base di un'aspettativa, comunque, legittima circa il futuro esercizio di un'attività imprenditoriale secondo quanto previsto dall'accordo con la pubblica amministrazione.

Tuttavia, l'assetto normativo del territorio, ove avrebbe dovuto essere collocato l'impianto necessario all'esecuzione dell'attività di recupero, subiva una radicale modifica a seguito di un successivo provvedimento emesso da parte dell'Unione di Comuni competente per territorio.

A tale organo, infatti il comune di Quaranti, che aveva sottoscritto l'accordo con il privato aveva devoluto le funzioni di pianificazione urbanistica

territoriale. Sulla base del provvedimento di delega l'Unione dei Comuni adottava pertanto una variante urbanistica di tipo normativo che riguardava anche l'ambito territoriale ove avrebbe dovuto svolgersi l'attività di smaltimento dei rifiuti e che prevedeva il divieto di potere compiere attività quali quelle di tipo edilizio.

Il provvedimento emanato da parte dell'Unione dei Comuni conteneva, tra le altre disposizioni e prescrizioni, anche il divieto di effettuare attività di edificazione come quella che si rendeva necessaria per lo svolgimento dell'attività regolamentata dall'accordo.

Tale divieto pertanto rendeva di fatto impossibile l'esercizio del diritto ottenuto dal privato con la sottoscrizione dell'accordo conseguendone come ovvio l'inutilità delle spese sostenute al fine di potere intraprendere l'attività imprenditoriale.

All'emanazione del divieto faceva come ovvio seguito una iniziativa processuale da parte della società contraente. Essa, infatti, ricorreva al Tribunale Amministrativo Regionale, competente per territorio. Innanzi ai giudici amministrativi di primo grado venivano rappresentati motivi diversi di ricorso afferenti a due ordini di ragioni che differivano in relazione al loro oggetto ed al loro fondamento.

Si trattava infatti di motivi attinenti all'illegittimità del provvedimento emesso dalla Unione dei Comuni, redatto ad avviso del difensore della ricorrente, in maniera difforme dalle prescrizioni normative, ai quali si accompagnavano ragioni attinenti al danno cagionato alla società sicuramente presente nel caso di specie, e che avrebbero dovuto indurre il giudice ad emettere un provvedimento di condanna al suo risarcimento.

La condanna precisava la tesi difensiva, avrebbe dovuto estendersi anche ai danni di tipo morale.

Il procedimento dopo avere compiuto il proprio corso veniva deciso da parte dei giudici amministrativi di primo grado con il provvedimento qui in commento.

I giudici del Tribunale amministrativo ritenevano infondati i motivi dedotti dal difensore della ricorrente e rigettavano pertanto tutte le sue richieste. I provvedimenti che limitavano il diritto all'edificazione venivano ritenuti legittimi e conformi

alla legislazione vigente, conseguendone pertanto anche l'infondatezza della richiesta risarcitoria presentata dalla società ricorrente priva del titolo necessario per potere essere accolta.

La società, pertanto, visto il rigetto delle sue richieste deciso da parte dei giudici di primo grado dava ulteriore impulso al procedimento appellando la sentenza emessa a seguito del giudizio di primo grado, innanzi al Consiglio di Stato.

Rappresentava il difensore della società ai giudici amministrativi di secondo grado l'evidente difetto argomentativo del provvedimento emesso da parte dei loro colleghi di primo grado che avevano escluso la configurabilità della responsabilità dell'amministrazione senza considerare quanto previsto dalla normativa vigente ed in particolare quanto disposto dal comma 2 dell'art. 11 della legge 9 agosto 1990 n. 241.

Proseguiva infatti, la tesi difensiva come un accordo del tipo di quello concluso nel caso di specie trovava indiscutibile collocazione nell'ambito della categoria di quelli previsti dalla legge di cui sopra tanto da conseguirne l'applicazione delle disposizioni previste per la loro regolamentazione che prevedevano per tutti i sottoscrittori l'obbligo di agire secondo buona fede e correttezza la cui violazione configurava l'onere di risarcire i danni.

A nulla valeva, prosegue la tesi difensiva ribattere come nel caso concreto l'impossibilità per la società di potere svolgere l'attività prevista nel contratto traeva la propria origine da un fatto del tutto estraneo all'amministrazione contraente.

La fonte di responsabilità dell'ente locale che aveva sottoscritto l'accordo traeva origine dall'omessa informazione all'altro contraente della possibilità di una modifica dell'assetto normativo del territorio che avrebbe potuto determinare la perdita come effettivamente verificatosi nel caso di specie, del diritto ottenuto con la conclusione dell'accordo. Si trattava, conclude la tesi difensiva di una condotta contrastante con i principi di buona fede e correttezza quindi di carattere illecito e come tale fonte di un obbligo risarcitorio per il soggetto che ne era stato l'autore.

Il procedimento dopo avere compiuto il proprio corso veniva deciso da parte dei giudici del Consiglio di Stato con il provvedimento qui in commento.

## **2. Il principio di diritto individuato dal Consiglio di Stato con la sentenza n. 5514/ 2024 e le sue fonti normative**

La questione rappresentata e decisa da parte dei giudici del Consiglio di Stato presenta una notevole importanza e trova nella motivazione della sentenza di cui sopra l'enunciazione di uno specifico principio di diritto che forse, data l'autorevolezza dell'organo dal quale esso è promanato, servirà anche per la regolamentazione dei futuri casi simili e vicende analoghe.

Esso è sintetizzabile nei seguenti termini: "qualora in capo ad un soggetto privato, a seguito della conclusione di un accordo con la pubblica amministrazione si ingeneri un legittimo affidamento sull'attribuzione di un futuro incarico in concreto mai delegato, l'amministrazione che abbia agito in violazione dei principi di buona fede e correttezza previsti in materia contrattuale, sarà tenuta al risarcimento del danno nei limiti del solo interesse negativo."

Il principio giuridico enunciato nella motivazione della sentenza qui in commento trova il proprio fondamento nella normativa che regola gli accordi tra privati ed amministrazioni. Il legislatore, infatti, in esecuzione di un disegno, volto ad attribuire maggiore efficacia all'azione dell'amministrazione pubblica ha previsto, attraverso la legge 9 agosto 1990 n. 241 un nuovo strumento operativo.

Infatti, antecedentemente all'entrata in vigore della predetta legge l'amministrazione pubblica regolava i propri rapporti con i soggetti ad essa esterni, tramite atti il cui contenuto veniva determinato in via unilaterale da parte del soggetto pubblico e che assumevano efficacia obbligatoria sulla base della sola volontà del loro emittente, tale assetto normativo tuttavia ha subito una modifica di non poco conto attraverso la legge 9 agosto 1990 n. 241. Oggi, infatti, le modalità dell'azione dell'amministrazione hanno assunto un carattere diverso fondato su di una configurazione in un certo senso più democratica e che tiene in maggiore considerazione la posizione del soggetto privato che entra in contatto con la parte pubblica.

Il rapporto amministrazione pubblica potrà trovare infatti la propria regolamentazione in uno degli accordi previsti dall'art.11 della legge 241/1990. In

questo caso la sua disciplina troverà la propria base in un vero e proprio accordo tra le parti, pertanto, secondo una modalità ben diversa rispetto a quella precedente basata invece su di una statuizione di tipo unilaterale.

Il rapporto che si configura in tale caso assumerà essenzialmente un carattere paritetico in quanto sarà connotato da una posizione di tendenziale parità tra le parti.

La normativa, tuttavia, nei casi in cui sia necessario garantire l'interesse collettivo perseguito da parte della pubblica amministrazione prevede una serie di disposizioni che pongono questa ultima in posizione di preminenza nei confronti della parte privata. In sintesi, pertanto gli accordi privati pubbliche amministrazioni troveranno la loro regolamentazione, pertanto, attraverso l'applicazione di disposizioni di tipo pubblicistico e privatistico.

L'applicazione di tale seconda categoria di norme è consentita oggi da una espressa previsione contenuta nel comma 2 dell'art. 11 della legge 9 agosto 1990 n. 241 che testualmente dispone: "Gli accordi di cui al presente articolo accordi sostitutivi od integrativi debbono essere stipulati a pena di nullità salvo che la legge disponga altrimenti. Ad essi si applicano ove non diversamente previsto i principi del Codice Civile in materia di obbligazioni e contratti, in quanto compatibili.

Gli accordi di cui al presente articolo debbono essere motivati ai sensi dell'art. 3". Tralasciando gli obblighi di motivazione e di forma scritta previsti dalla norma, che in questa sede non interessano, poniamo la nostra attenzione invece sul richiamo al Codice Civile. Si tratta di un rinvio piuttosto ampio in quanto formulato in termini generali.

Ad essere applicabili, infatti, non saranno le singole disposizioni bensì tutti i principi generali contenuti nel Codice Civile che regolamentano contratti ed obbligazioni. Tra di essi risultano, proprio perchè previsti in materia di obbligazioni e contratti, anche quelli di correttezza nell'adempimento di un'obbligazione e di buona fede nell'esecuzione del contratto.

Tali disposizioni che assolvono nel disegno legislativo alla funzione di assicurare la reciproca lealtà tra le parti a seguito del richiamo normativo

di cui sopra risultano a pieno titolo applicabili anche agli accordi tra p.a. e privati conclusi ai sensi dell'art 11 della legge n. 241/1990.

Pertanto, per tirare le fila del nostro discorso circa il principio di diritto enunciato dal Consiglio di Stato nella sentenza in commento è possibile sintetizzare come segue: "agli accordi tra pubblica amministrazione e privato si applicano i principi della correttezza e della buona fede. Nel caso, pertanto, di loro inosservanza l'amministrazione sarà tenuta al risarcimento dei danni conseguenti alla loro violazione".

Il principio individuato da parte dei giudici del Consiglio di Stato si estende anche alla determinazione dell'entità del danno risarcibile. Dovranno essere infatti rimborsate tutte le spese sostenute a seguito del legittimo affidamento ingeneratosi a seguito della condotta della pubblica amministrazione alle quali dovrà aggiungersi anche il risarcimento del danno conseguente alla perdita di altre occasioni contrattuali.

### **3. L'applicazione del principio individuato nella sentenza 5514/2024 al caso di specie**

Chiariti quali siano i principi posti dalla normativa in materia di accordi tra privato ed amministrazione, ai sensi dell'art. 11 della legge 9 agosto 1990 n. 241, passiamo ora alla loro applicazione al caso concreto.

Il Consiglio di Stato nella motivazione del provvedimento qui in commento, compie una serie di osservazioni circa le modalità che contraddistinguono la condotta della parte di uno degli accordi di cui sopra. I giudici del Consiglio di Stato ritengono nel caso di specie l'amministrazione responsabile della violazione dei principi di correttezza e buona fede, come abbiamo visto, applicabili anche alle condotte conseguenti alla conclusione di un accordo redatto ai sensi dell'art.11 della legge n.241/1990.

Ma vediamo come si giunge a tale conclusione nella motivazione del provvedimento qui in commento. Nel caso concreto l'ente locale aveva concesso a titolo oneroso, un diritto ad un soggetto privato sulla base della pattuizione contenute in uno specifico accordo. Tale diritto era stato nei

fatti reso impossibile dalla successiva modifica dell'assetto territoriale ove esso avrebbe dovuto essere esercitato.

Nel caso di specie osservano i giudici del Consiglio di Stato si configurano tutti i presupposti affinché possa ritenersi configurabile la responsabilità dell'amministrazione.

La condotta di quest'ultima contrastava infatti con i dettami della normativa vigente ed era stata tale da ingenerare un legittimo affidamento in capo all'altro contraente.

Circa il primo di tali aspetti deve essere osservato come anche se è pur vero che il provvedimento che ha determinato il divieto di edificare era stato emesso da parte di un organo diverso e non era pertanto in alcun modo imputabile all'amministrazione convenuta nell'odierno giudizio la responsabilità dell'ente locale che aveva sottoscritto l'accordo non poteva comunque essere esclusa.

Non deve essere dimenticato infatti che l'Unione dei Comuni che aveva emesso il provvedimento che inibiva il diritto di potere edificare aveva esercitato il potere di regolamentazione dell'assetto del territorio sulla base di una delega in precedenza ottenuta da parte dell'ente che aveva sottoscritto l'accordo.

Non solo ma la condotta dell'amministrazione si mostrava lesiva dei principi di buona fede e correttezza anche sotto l'ulteriore aspetto della mancata informazione al privato della possibilità di una modifica dell'assetto e del conseguente del diritto ad edificare.

Esaminata, pertanto nel suo complesso, il comportamento dell'amministrazione pare, pertanto, sicuramente lesiva dei principi di correttezza e buona fede così da potere essere considerata fonte di un obbligo di tipo risarcitorio, secondo quanto previsto dal comma 2 dell'art. 11 della legge 9 agosto 1990 n. 241.

La motivazione del provvedimento qui in commento prosegue l'esame della fattispecie anche in relazione al secondo dei presupposti necessari per la configurabilità della responsabilità della pubblica. Essa, infatti, potrà ritenersi presente nella sola ipotesi in cui la situazione concreta sia caratterizzata dalla presenza di un

legittimo affidamento del privato, ovvero da una fondata aspettativa circa il futuro comportamento dell'amministrazione.

Nell caso di specie tale affidamento poteva essere sicuramente ritenuto presente. La situazione di fatto come abbiamo visto caratterizzata dalla conclusione di un accordo tra privato ed amministrazione ovvero di un atto di carattere comunque formale all'interno del quale era stato cristallizzato un impegno per la parte pubblica.

La formazione di una aspettativa in capo al privato che aveva al pari dell'amministrazione sottoscritto l'accordo, era pertanto del tutto legittima e giustificata. I presupposti per la responsabilità dell'amministrazione si configurano a pieno titolo nel caso concreto, passiamo ora all'esame delle loro conseguenze.

Come abbiamo visto si trova in presenza che può essere qualificata quale inadempimento, a tale fenomeno l'ordinamento fa conseguire una precisa conseguenza da un punto di vista giuridico. La parte inadempiente, infatti, ai sensi della legislazione vigente, sarà tenuta in ogni caso a risarcire tutti i danni cagionati e conseguenti alla sua condotta.

L'obbligo come ovvio deriva da un'esigenza di generale equità che non consente di potere ritenere irrilevante da un punto di vista giuridico un danno conseguente ad una condotta illecita altrui.

Nel caso di specie la società che aveva concluso l'accordo con l'amministrazione aveva da un lato sostenuto una serie di costi quali le spese che si erano rese necessarie per retribuire i professionisti e per la presentazione delle istanze agli organi amministrativi.

Tutte tali spese per le ragioni che poc'anzi abbiamo evidenziato dovranno essere rimborsate da parte della pubblica amministrazione. Tuttavia, proseguono i giudici amministrativi l'ammontare del risarcimento non è limitato solo a tali spese in quanto dovrà estendersi altresì ai danni conseguenti alla perdita di altre occasioni contrattuali.

In altri termini, secondo quanto indicato dal Consiglio di Stato il risarcimento dovrà essere esteso anche a tutte le perdite derivanti dalla perdita di occasioni che avrebbero potuto essere fonte di profitto.

#### **4. Considerazioni finali circa la sentenza n. 5514 del Consiglio di Stato**

Il recente provvedimento del Consiglio di Stato presenta sicuramente alcuni aspetti d'interesse che mi pare opportuno evidenziare. Siamo in presenza di una sentenza che verte nella dibattuta e discussa materia della responsabilità della pubblica amministrazione, nel corso delle procedure di contrattazione pubblica analizzandola, sotto l'aspetto particolare dell'ipotesi in cui sia stato concluso un precedente accordo di carattere scritto e di un provvedimento che pone un principio favorevole al privato, sia pure entro certi limiti.

Nel caso, infatti, in cui nel corso di una procedura di contrattazione pubblica sia stato redatto un accordo che regolamente reciproci obblighi e diritti delle parti che lo abbiano sottoscritto dovranno essere in ogni caso osservati, nel corso della sua esecuzione, i principi di correttezza e buona fede. La violazione di tali principi determina un obbligo di tipo risarcitorio a carico dell'amministrazione inottemperante.

Sulla base di tale primo assunto è possibile ricavare la conclusione che con la sentenza qui in commento la posizione del privato che nel corso di una procedura di contrattazione pubblica sia entrato in contatto con l'amministrazione abbia trovato un certo miglioramento in quanto quest'ultimo potrà ottenere un risarcimento nel caso di violazione della sua buona fede.

Tuttavia, il favore verso il privato è in un certo senso mitigato da una limitazione al principio della generale risarcibilità.

Essa, infatti, non potrà avere corso nel caso in cui la condotta dell'amministrazione non sia stata tale da ingenerare un affidamento che possa comunque essere considerato come legittimo.

I giudici del Consiglio di Stato hanno posto un limite derivante dai principi generali dell'ordinamento giuridico, non risponderebbe sicuramente ad una esigenza di equità considerare sempre risarcibile il danno che non trovi la propria ragione di essere in una condotta di carattere comunque grave e macroscopico posta in essere da parte della pubblica amministrazione.

Tale esigenza di consentire il risarcimento del danno nei soli casi in cui esso paia effettivamente

giustificato si manifesta anche per quel che riguarda l'aspetto dell'ammontare del danno risarcibile.

I giudici del Consiglio di Stato infatti delimitano nel provvedimento qui in commento l'entità del danno risarcibile che non potrà in ogni caso superare certi limiti ed estendersi oltre certi eventi.

In particolare, saranno risarcibili i soli costi conseguenti alle spese sostenute in occasione della procedura di contrattazione pubblica ad essi dovranno essere aggiunti quelli relativi alla perdita di occasioni.

In sintesi, è possibile compiere una osservazione finale, anche se la sentenza qui in commento rafforza senza ombra di dubbio la posizione del privato durante le procedure di contrattazione pubblica ci si trova in presenza di un aumento dei suoi diritti che trova tuttavia ben precisi limiti.

# Il reato di subappalto non autorizzato e “il problema” dei contratti simili

di Aldo Areddu

IL  
PUN  
TO

## **Premessa.**

### **Ricostruzione storica dell'illecito**

Il reato di subappalto non autorizzato (in ambito pubblicistico) è stato introdotto per la prima volta nell'ordinamento italiano dall'art. 21 della legge 13 settembre 1982, n. 646, recante "Disposizioni in materia di misure di prevenzione di carattere patrimoniale ed integrazioni alle leggi 27 dicembre 1956, n. 1423, 10 febbraio 1962, n. 57 e 31 maggio 1965, n. 575. Istituzione di una commissione parlamentare sul fenomeno della mafia".

Meglio nota - convergendo in essa (i) il progetto di legge presentato alla Camera dei deputati il 20 novembre 1981 dall'allora Ministro dell'interno On. Virgilio Rognoni e (ii) la proposta di legge con primo firmatario l'On. Pio La Torre dell'anno precedente (31 marzo) - come "Rognoni-La Torre", la l. n. 646/82 cit. ebbe una tormentata gestazione a Montecitorio. Rimase infatti a lungo "incagliata" nei passaggi parlamentari, salvo poi vedere la luce con rapidissima evoluzione - fu annunciata al Senato della Repubblica il 10 settembre 1982 e discussa dalle competenti commissioni riunite in

sede deliberante due giorni dopo; la pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale intervenne il giorno successivo alla promulgazione - sull'onda emotiva dell'uccisione a Palermo il 3 settembre 1982 del generale e prefetto Carlo Alberto Dalla Chiesa, della di lui moglie Emanuela Setti Carraro e dell'agente di scorta Domenico Russo.

A ben vedere, nella sua versione originaria costituiva un illecito amministrativo, stante la previsione del pagamento di una sanzione amministrativa pecuniaria, applicata dal Prefetto del luogo di esecuzione delle opere, pari ad un terzo del valore complessivo dell'opera ricevuta in appalto, con vincolo di solidarietà passiva a carico del subappaltatore.

Tuttavia, già il decreto legge 6 settembre 1982, n. 629, convertito, con modificazioni, dalla legge di conversione 12 ottobre 1982, n. 726, entrato in vigore il giorno successivo a quello della sua pubblicazione (anch'esso nella tempeste generata nell'opinione pubblica dall'odiosa strage di via Carini), nel mantenere inalterati i contenuti ed in particolare la condotta tipica ("chiunque,

avendo in appalto opere riguardanti la pubblica amministrazione, concede anche di fatto, in subappalto o a cottimo, in tutto o in parte, le opere stesse, senza l'autorizzazione dell'autorità competente"), introdusse le sanzioni penali dell'arresto da sei mesi ad un anno e dell'ammenda pari a un terzo del valore complessivo dell'opera ricevuta in appalto (a carico, altresì, del subappaltatore e dell'affidatario del cottimo).

L'equivalenza nel trattamento sanzionatorio tra appaltatore e suoi diretti aventi causa (subappaltatore e cottimista) cadde con l'interpolazione al testo del primo comma, secondo periodo, operata dall'art. 8 della l. 19 marzo 1990, n. 55, che – nel confermare la sanzione detentiva (arresto da sei ad un anno) – modulò, per subappaltatori e cottimisti, la pena pecuniaria in proporzione al valore dell'opera ricevuta in subappalto o in cottimo (in luogo dell'importo del contratto principale).

Ancora una modifica fu attuata dal decreto legge 29 aprile 1995, n. 139, art. 2, convertito con modificazioni dalla legge 28 giugno 1995, n. 246: la sanzione economica si sarebbe collocata per l'appaltatore, a partire dal 30 aprile 1995, in due precisi limiti, minimo e massimo (rispettivamente, non inferiore ad un terzo del valore dell'opera concessa in subappalto o a cottimo; non superiore ad un terzo del valore complessivo dell'opera ricevuta in appalto).

Siamo, infine, alla versione **attualmente vigente**, con le modifiche apportate al comma dall'art. 25, co. 1, lett. a) e b), d.l. 4 ottobre 2018, n. 113, convertito, con modificazioni, dalla legge di conversione 1° dicembre 2018, n. 132.

Ne riportiamo il testo:

"Chiunque, avendo in appalto opere riguardanti la pubblica amministrazione, concede anche di fatto, in subappalto o a cottimo, in tutto o in parte, le opere stesse, senza l'autorizzazione dell'autorità competente, è punito con la reclusione da uno a cinque anni e con la multa non inferiore ad un terzo del valore dell'opera concessa in subappalto o a cottimo e non superiore ad un terzo di valore complessivo dell'opera ricevuta in appalto.

Nei confronti del subappaltatore e dell'affidatario del cottimo si applica la pena della reclusione da

uno a cinque anni e della multa pari ad un terzo del valore dell'opera ricevuta in subappalto o in cottimo. È data all'amministrazione appaltante la facoltà di chiedere la risoluzione del contratto."

Il reato è ora dunque un **delitto**, punito tra l'altro con un massimo edittale (cinque anni) di non lieve entità, essendo, tra l'altro, (i) astrattamente compatibile con l'arresto facoltativo in flagranza di reato e con misure cautelari custodiali, (ii) preclusivo dell'istituto della sospensione del processo per messa alla prova (art. 168 bis c.p.), e (iii) tale da prevedere – ferma comunque la competenza del giudice monocratico - la celebrazione dell'udienza preliminare.

### 1. L'affidamento "di fatto" e la consumazione

Venendo ai contenuti della fattispecie, non solleva problemi il richiamo esplicito all'eventualità fattuale di un subappalto (o di un cottimo) affidati in concreto ("di fatto") a terzi, a prescindere cioè dall'esistenza o dal nome del sub contratto, ferma in ogni caso l'insussistenza dell'autorizzazione della committenza pubblica.

A tal riguardo va rievocato soltanto il contrasto giurisprudenziale – ad oggi non sopito – sull'individuazione del momento consumativo del reato. Per cass. pen., sez. III, sent. 2 agosto 1996, n. 7665 esso è costituito dal momento concreto in cui l'appaltatore sub affida l'attività realizzativa a terzi, risultando non rilevante l'eventuale sottoscrizione (o non) sottoscrizione del relativo contratto, relegandosi tale momento a mero antefatto, stante la non punibilità – per un reato allora contravvenzionale – del tentativo; diversamente, secondo cass. pen., sez. I, ottobre 1995, n. 11862 e 10 novembre 1995, n. 562, il reato è integrato solo (o già) dalla sottoscrizione del contratto.

Ora che il reato ha veste delittuosa, torna ipotizzabile la punibilità di fatti idonei ed univoci ai sensi dell'art. 56 c.p. (**tentativo**), tra i quali può senz'altro annoverarsi – seguendo la prima linea interpretativa - anche l'eventuale formalizzazione preventiva del rapporto.

L'operata "elevazione" a delitto da contravvenzione comporta/comporterà anche una necessaria

rivisitazione di quell'orientamento che reputava, in linea con l'art. 42, co. 4 del codice penale, sufficiente la colpa dell'agente, richiedendosi ora necessariamente il **dolo (generico)**, consistente nella conoscenza e volizione di tutti gli elementi costitutivi della fattispecie.

## 2. Le "opere riguardanti la pubblica amministrazione"

Altrettanto ormai priva di problematicità è l'individuazione del recinto operativo della norma, con riferimento specifico a **natura e veste** della stazione appaltante.

Al primo apparire dell'art. 21 talune pronunce giurisprudenziali circoscrissero l'applicazione del reato ai soli casi di committenza formalmente pubblica: tra le altre, cass. pen., sez. I, sent. 10 marzo 1994, n. 2893, a proposito della Rai quale società - pur incaricata della gestione di un pubblico servizio - "di diritto privato".

Ancora nel 2005 la Corte di piazza Cavour affermava - Cass. pen., sez. III, 23 settembre 2005, n. 41674 - che la fattispecie dovesse riferirsi soltanto al committente- "ente pubblico".

Questi approdi sono tuttavia stati superati dal progressivo, quanto ormai consolidato, accreditamento, presso la normativa di contrattualistica pubblica, di una nozione "sostanziale" di pubblica amministrazione (sancita, tra l'altro, già con il d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, con l'inclusione nel novero delle stazioni appaltanti, tra gli altri soggetti, di società a prevalente capitale pubblico o di organismi di diritto pubblico, istituiti - questi ultimi - anche in forma societaria ma pur sempre per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale), che prescinde cioè dalla mera veste formale e valorizza il dato concreto della tutela e cura di interessi di preminente rilievo collettivo. E' in proposito cass. pen., sez. III, sent., (ud. 23 gennaio 2007) 21 febbraio 2007, n. 7198 a chiarire che la norma incriminatrice non si riferisce unicamente agli appalti provenienti da una pubblica amministrazione in senso stretto (Stato, enti pubblici territoriali, enti pubblici non economici) anche considerando il richiamo ampio ad opere "riguardanti la P.A." (e quindi anche di interesse pubblico gestite mediante entità anche di diritto privato).

## 3. I profili critici

Su due profili problematici invece - tra loro connessi, come si vedrà - occorre soffermare maggiormente l'attenzione, e cioè se la norma penale in commento:

- riguardi soltanto gli appalti di lavori o possa ritenersi estesa anche al comparto dei servizi;
- colpisca anche, ed in che misura, sub affidatari che non siano anche subappaltatori o cottimisti.

### 3.1 Solo appalti di lavori?

Quanto al primo aspetto (relativo al rapporto contrattuale "a monte" tra stazione appaltante e affidatario), a stretto rigore letterale, il problema non dovrebbe neppure porsi: la locuzione "appalto di opere" - in ossequio ai principi generali di legalità e tassatività (artt. 25, capoverso della Costituzione; art 1 del codice penale), ed al connesso divieto di analogia sfavorevole al reo (art. 14 delle preleggi al codice civile) - indurrebbe univocamente a circoscrivere il perimetro applicativo della fattispecie ai soli affidamenti di lavori pubblici.

Purtuttavia, numerose pronunce della Corte suprema di cassazione sul finire del secolo scorso sostennero con vigore il contrario (restando di fatto isolata la sez. IV, sent., 14 luglio 2000, n. 8243), erodendo così un'autorevole indicazione fornita al riguardo dalla circolare 9 marzo 1983, n. 477/UL ("Attuazione in materia di appalti pubblici delle nuove disposizioni in materia di lotta alla delinquenza") emanata dal Ministero dei lavori pubblici che aveva, per l'appunto, ritenuto circoscritta l'applicazione dell'art. 21 l. n. 646 cit. alle sole opere, con espressa esclusione degli "appalti di servizi, vale a dire quelli che implicano soltanto la produzione di una utilità senza elaborazione di materia (es. Appalti per indagini geotecniche, o aerofotogrammetriche, ecc.)".

Peraltro, a tale esegesi restrittiva si era subito contrapposta quella della circolare del Ministero della Giustizia 8 giugno 1983 n. 1/2439 U.L., generandosi un conflitto poi risolto dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri-Dipartimento della funzione pubblica - circolare del 17 marzo 1984 - che ha assegnato alla norma la massima ampiezza possibile, anche in conformità ai pareri

del Consiglio di Stato, sez. III, 29 novembre 1983 n. 870 e 20 gennaio 1984 n. 29, nonché al parere dell'Avvocatura generale dello Stato del 16 aprile 1984 n.16111, diffuso dalla Presidenza del consiglio con nota del 2 luglio 1984 n.224 (nonché da diversi pareri dell'Avvocatura dello Stato, raggruppati dall'Alto commissario per il coordinamento della lotta alla delinquenza mafiosa, diffusi dalla stessa Presidenza del consiglio con nota 29 novembre 1984, n.224).

Si è dunque più volte affermato in giurisprudenza che l'esclusione degli affidamenti di servizi tradirebbe la finalità della previsione, che è quella di impedire la penetrazione nelle pubbliche commesse di soggetti legati alle organizzazioni criminali mafiose e assimilate, a prescindere dalla formale tipologia di contratto (ciò proprio al fine di evitare che essa sia sostanzialmente aggirata facendo semplicemente leva sul nomen iuris affidato, di volta in volta, al rapporto negoziale).

In questo senso, il richiamo normativo al cessato albo dei costruttori è stato ritenuto non soltanto non significativo ma semmai di conforto a tale estensione, atteso che esso "istituito con L. 10 febbraio 1962, n. 62, non si riferisce esclusivamente alle imprese edili, ma comprende anche categorie di imprese operanti in settori diversi ed aventi ad oggetto attività gestionali e manutentive, vale a dire servizi" (Cass. pen., sez. V, sent, 9 settembre 2009, n. 35057, che richiama sul punto sez. I, 20 novembre 1996, n. 9867).

In passato, tra l'altro, si era sostenuto dalla Corte di cassazione – sez. I, 3 aprile 1992, n. 4035 - che ai fini della configurabilità del reato "è sufficiente che l'agente abbia in appalto opere riguardanti la Pubblica amministrazione, non richiedendosi anche che il rapporto intercorrente con la P.A. sia tecnicamente configurabile come contratto di appalto" (fattispecie in cui il corrispettivo dell'opera non consisteva nel pagamento di un prezzo ma nel trasferimento della proprietà di suoli edificatori).

In sintesi, pertanto, stante l'ampiezza applicativa propugnata dalla giurisprudenza di legittimità, è opportuno che gli organi della stazione appaltante ed in particolare il Responsabile Unico di Progetto e il Direttore dell'Esecuzione del Contratto vigilino attentamente sugli affidamenti a terzi, segnalando alle competenti autorità – anche in forza dell'obbligo di denuncia di reato a carico del

pubblico ufficiale (art. 361 c.p.) e dell'incaricato di pubblico servizio (art. 362 c.p.) - eventuali anomalie nei sub affidamenti anche del prestatore di servizi.

### **3.2 I cd. contratti similari al subappalto (di lavori)**

Venendo al secondo nodo critico, stavolta nel rapporto "a valle" tra appaltatore di lavori e subappaltatore (estensione o no ai contratti similari), va anzitutto rammentato che per contratto simile (al subappalto di lavori) deve intendersi ogni ipotesi negoziale non esplicitamente qualificabile subappalto (il contratto, "di secondo grado", con cui l'appaltatore di lavori affida ad un terzo, subappaltatore, una parte qualsiasi dell'oggetto del contratto principale, trasformandosi egli stesso in sub committente relativamente a tale parte) ma ad esso assimilabile in forza della presenza comunque di una componente "personalistica", ossia dell'ausilio assicurato da soggetti determinati che si aggiungono alla "neutra" fornitura di un bene o di un materiale.

In questa cornice rientrano, tra gli altri (quantomeno come ipotesi statisticamente più frequenti e non a caso costantemente normate):

- a) Il **nolo a caldo**, vale a dire il contratto atipico – ossia non sussumibile in alcuna delle figure del codice civile e della legislazione speciale, ma comunque diretto "a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico" (art. 1322 cpv. c.c.) - in base al quale ci si procura il godimento di una macchina con il relativo operatore, di talché si ha un rapporto "innominato caratterizzato da una prestazione principale, avente ad oggetto la locazione o il c.d. noleggio di un macchinario e da una accessoria, rappresentata dall'attività dell'operatore di tale macchinario" (cass. pen., sez. III, sent. 17 luglio 1997, n. 6923);
- b) la **fornitura con posa in opera**, quale contratto di approvvigionamento di beni, accompagnato necessariamente dall'apporto realizzativo – che dunque implica ricorso a materiali, mezzi d'opera ed attrezzature, e soprattutto forza lavoro – finalizzato a rendere la fornitura in concreto utilizzabile.

Anche su questo tema si sviluppò la *querelle* ministeriale surricordata, con la prevalenza – pure su questo profilo – delle indicazioni del Dicastero della giustizia (circ. 8 giugno 1983 n.1/2439 U.L. cit.), che estese l’obbligo dell’autorizzazione e la disciplina penale dell’art.21 l. cit. ad ogni sistema attraverso cui si perviene (perveniva) alla realizzazione di opere pubbliche, quali il cottimo fiduciario e l’esecuzione a regia.

Si faceva così rientrare nel concetto di appalto ogni ipotesi in cui – a prescindere dallo strumento giuridico adottato – venisse affidata a privati la realizzazione di opere riguardanti la pubblica amministrazione con impiego di denaro pubblico. Interpretazione parimenti fatta propria dalla cit. Circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento per la funzione pubblica del 17 marzo 1984, che affermava l’obbligo della P.A. di “predisporre una serie di controlli generalizzati al fine di evitare che il denaro pubblico concorresse ad incrementare le iniziative imprenditoriali poste in essere dalla mafia” e dall’Avvocatura generale dello Stato.

Nella giurisprudenza della Corte suprema di cassazione sono emersi nel tempo tre orientamenti. Secondo un primo filone – sintetizzato dalla sentenza della sez. I, (ud. 14 marzo 1996), n. 3458 – la norma penale “nel condizionare fortemente l’autonomia negoziale dei soggetti privati per il pericolo d’ infiltrazione di imprese mafiose, ha inteso sanzionare unicamente i casi di carenza di autorizzazione per i tipi contrattuali del “subappalto” e del “cottimo”.

In altre parole, se proprio occorre comprimere il principio costituzionale di libera iniziativa economica privata (art. 41) in nome di – altrettanto primarie – esigenze di tutela verso pervasive organizzazioni criminali, ciò deve attuarsi esclusivamente nei casi espressamente indicati (i soli contratti menzionati, appunto).

Questa pronuncia – speculare a quella dell’anno precedente sez. I, 10 febbraio 1995, n. 1383 – fonda il suo assunto anche sul presupposto per cui non sussiste un collegamento tra norma penale e normativa antimafia diversa da quella penale, allora costituita dall’art. 18 l. n. 55/90.

Una seconda prospettazione è sintetizzata da cass. pen., sez. III, sent. (data ud. 29 novembre

2005) 12 gennaio 2006, n. 792: “il legislatore, parlando di affidamento anche di fatto di tutto o parte dei lavori in subappalto o a cottimo, non ha inteso riferirsi solo a tali contratti tipici, ma anche a quelle forme contrattuali atipiche o derivate con cui sotto diverso nome si realizza lo stesso risultato del subappalto o del cottimo”, atteso che “ai fini della qualificazione del contratto non si deve avere riguardo al *nomen iuris* attribuito dalle parti, ma alla funzione economico-sociale che l’atto è destinato a realizzare, posto che lo scopo della norma è quello di vietare l’infiltrazione di associazioni mafiose o comunque criminose nell’esecuzione delle opere pubbliche”.

Nel caso preso in esame dai giudici di legittimità, con un contratto formalmente denominato “nolo a caldo” si era in realtà realizzato lo stesso risultato del subappalto, in quanto il noleggiatore aveva agito autonomamente, non limitandosi a concedere l’uso dei propri macchinari ma fornendo anche operatori specializzati per l’uso di quelle macchine, che hanno operato alle sue dipendenze, provvedendo altresì ad eliminare tutto il vecchio asfalto del sedime.

Tale pronuncia, disinteressandosi del “tipo” contrattuale di volta in volta preso in considerazione, esalta il **dato sostanziale** che con esso, qualunque sia, possa configurarsi un trasferimento, anche parziale, dell’opera appaltata ad un terzo soggetto, il quale – seppure non formalmente “subappaltatore” o “cottimista” – di fatto si inserisca nella fase realizzativa (non limitandosi dunque a mere attività di vendita o di noleggio/leasing di beni), contribuendovi anche solo parzialmente, ed in tal modo violando la ratio ispiratrice della norma penale in commento: il pericolo di ingresso in cantiere di soggetti aderenti alla criminalità organizzata.

In definitiva, “si devono ritenere vietati non soli i contratti che assumono la qualifica formale del subappalto o del cottimo, ma anche quelli che, sotto altro nome, al fine di aggirare il divieto legislativo, mirano comunque a raggiungere lo stesso risultato che si realizza con il subappalto o con il cottimo ossia l’esecuzione di tutti o parte dei lavori oggetto dell’appalto senza l’autorizzazione della stazione appaltante, trattandosi di contratti che, per essere stipulati al fine di eludere un divieto legislativo, sono comunque nulli anche dal punto di vista civilistico (art. 1344 c.c.) perché in frode alla legge”.

Questo arresto del 2006 ha superato l'orientamento di cui al punto 1), addirittura citando la relativa sentenza, da un lato, per osservare che non vi fosse un contrasto sul tema ("la sentenza n. 3458 del 1996 ...conferma in definitiva la ... necessità di qualificare il contratto in base al suo contenuto ed alla sua funzione e non in relazione al nome attribuito dalle parti", rilevando in particolare che nel caso allora preso in esame il noleggiatore a caldo era stato – come sopra ricordato - di fatto incaricato anche di operazioni di scavo e di trasporto di materiale di risulta, dunque un vero e proprio subappalto), dall'altro, criticandola "nella parte in cui si ritiene o comunque si lascia intendere l'assoluta irrilevanza della prescrizione dell'autorizzazione, prevista dalla L. n. 575 del 1965, art. 10 e dalla L. n. 55 del 1990, art. 18, e successive modificazioni, anche per i contratti derivati diversi dal cottimo e dal subappalto solo perché le norme anzidette non sono state richiamate dall'articolo 21 cit.", in quanto "si deve ritenere consentito il riferimento ad altre norme che regolano i lavori pubblici per desumere la voluntas legis e la portata della norma incriminatrice di cui alla L. n. 646 del 1982, articolo 21").

Per una terza ed ultima pronuncia - che definiremmo in posizione mediana (sez. VI, sent. 3 novembre 2005, n. 39913) - la stessa Corte, partendo dallo stesso presupposto anzidetto del punto 2) secondo cui l'art. 21 va letto in modo integrato con la normativa che regola i subappalti e la relativa autorizzazione (nel caso, quella allora prevista dall'art. 18 della l. 19 marzo 1990, n. 55, come modificata dalla l. 19 novembre 1998, n. 415, cd. Merloni ter), ha coerentemente affermato che la fattispecie penale riguarda solo i contratti simili di importo superiore a quello normativamente previsto per la definizione di subappalto, ossia "il cui valore sia superiore al 2% dei lavori affidati e d'importo superiore ai 100.000 ECU e sempreché il valore del costo della mano d'opera sia pari o superiore al 50% dell'importo del contratto da affidare", con esclusione pertanto di quelli sottosoglia, in quanto "il legislatore ha voluto escludere dall'ambito della sua operatività quelle attività che, pur astrattamente rientrando nel novero del subappalto o del cottimo, siano così marginali e trascurabili rispetto all'intero appalto da escludere qualsiasi rischio di interessamento da parte di consorterie criminali".

Quest'ultima soluzione intermedia sembra ormai prevalere: la stessa Corte l'ha richiamata espressamente negli anni successivi - sez. III, sent. (ud. 1° dicembre 2010) 19 gennaio 2011, n. 1551 - "aggiornandosi" ai mutamenti normativi frattanto intervenuti (in quest'ultima, difatti, si richiama l'art. 118, co. 11 del d.lgs. 163/06 cit., cd. codice De Lise, il quale aveva confermato il testo dell'art. 18 della l. n. 55/90 cit., nelle modifiche che erano state progressivamente introdotte dalle versioni ter e quater della legge quadro del 1994). Quanto previsto, dapprima dall'art. 18 anzidetto al co. 12 e poi dal codice del 2006 (art. 118, co. 9, terzo periodo), aveva a ben vedere sollevato una disputa, specie in letteratura specialistica, se tali norme avessero fornito una definizione "speciale" di subappalto oppure se avessero inteso, nel presupposto della nozione generale di esso, estenderla (con la relativa disciplina) anche ai contratti simili.

Tale seconda tesi cd. **assimilatoria** è stata costantemente affermata dall'allora Autorità di vigilanza sui lavori pubblici (oggi, come noto, ANAC) in numerosi interventi - atto di regolazione n. 5/01 e determinazioni nn. 12/01, 25/01, 27/02 e 6/03 - mirati per l'appunto a rimarcare che, fermo il perimetro del subappalto come contratto avente ad oggetto una qualsiasi parte dell'opera affidata, la relativa regolamentazione era stata espressamente estesa a rapporti che, pur non implicando attività realizzativa da inquadarsi nell'intervento, prevedono il ricorso a manodopera o comunque prestazioni di lavoro, abbinata a prestazioni diverse (di nolo, di fornitura etc.) e ad esse funzionali.

Il previgente codice del 2016 ha nettamente aderito a tale ricostruzione, ma preoccupandosi anche e comunque di fornire finalmente la definizione di subappalto (tra l'altro evitando precisazioni equivoche come quella adoperata in passato - "ai fini del presente articolo" - per attuare l'assimilazione, che poteva precludere, o comunque rendere problematica, l'utilizzabilità di quanto ivi allora previsto nella cornice penale).

L'art. 105, co. 2 del d.lgs. n. 50/16 cit. - testo poi sostanzialmente riprodotto (con qualche sfumatura di cui si dirà a breve) dall'art. 119 del vigente d.lgs. n. 36/23 - ha anzitutto chiarito che per "subappalto" debba intendersi "il contratto con il quale l'appaltatore affida a terzi l'esecuzione di

parte delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto, con organizzazione di mezzi e rischi a carico del subappaltatore”, dunque sottolineando non solo il carattere di “cerchio concentrico più piccolo” rispetto a quello più esteso dell’appalto principale – la parte rispetto al tutto – ma anche il profilo dell’**autonomia organizzativa e gestionale** del sub affidatario.

Ciò ad evidenziare la piena traslazione sull’appaltatore del ruolo di (sub) committente per la frazione (sub) affidata, in linea del resto con l’innovativa previsione – oggi art. 119, co. 6, primo periodo - che tiene appaltatore e subappaltatore responsabili **in solido** verso la stazione appaltante per l’esecuzione delle prestazioni rese in subappalto.

L’art. 119, co. 2 del d.lgs. n. 36 cit. ha di seguito precisato che, in ogni caso (“comunque”), costituisce subappalto “di lavori” – precisazione innovativa rispetto al codice del 2016 - qualsiasi contratto stipulato dall’appaltatore con terzi, avente ad oggetto attività ovunque espletate che richiedono l’**impiego di manodopera**, con i soliti congiunti parametri del passato (importo superiore al 2 per cento di quelle delle prestazioni affidate o superiore a 100 mila euro; prevalenza del costo della manodopera e del personale nella misura del 50 per cento).

Lo scenario è confermato/arricchito non solo dal mantenimento della previsione (ora art. 119, co. 16, ult. periodo) che richiede comunque l’autorizzazione (sia pure “semplificata” dalla dimidiazione del termine per il rilascio) per subappalti e cottimi di importo inferiore al 2 per cento di quello delle prestazioni affidate o inferiore a 100.000 euro, ma anche da ulteriori disposizioni dell’art. 119, talune modificative anche rispetto al codice previgente, ed in particolare:

- il comma 3 nella sua parte iniziale, che continua (confermando il testo del 2016) a non configurare come attività affidate in subappalto le categorie ivi specificate “di forniture o servizi”, così implicitamente affermando che ogni affidamento di puri lavori è subappalto;
- le lett. a) e d) dello stesso co. 3, che a proposito - rispettivamente - delle attività affidate ai lavoratori autonomi ed alle prestazioni rese all’affidatario “in forza di contratti continuativi di cooperazione, servizio o fornitura etc.”

(dunque ancora una volta confermandosi la rilevante esclusione dell’attività edilizia), ha precisato - innovativamente rispetto al previgente art 105, co. 3 d.lgs. n. 50/16 - che deve trattarsi pur sempre di attività o prestazioni “secondarie, accessorie o sussidiarie”;

- il comma 11 che, a proposito dell’eventuale pagamento diretto nei casi ivi previsti, distingue nettamente (rispetto al previgente co. 13 dell’art. 105 cit.) “subappaltatore” e “titolari di subcontratti non costituenti subappalto ai sensi del quinto periodo del comma 2”.

Ciò stante, si è in definitiva stabilizzata la seguente ripartizione già reiteratamente rilevata dall’allora Autorità:

- a) è **subappalto di lavori** qualsiasi sub contratto che preveda l’affidamento di una parte, anche minimale, delle lavorazioni appaltate;
- b) è **contratto simile** al subappalto di lavori (ad esso assimilato) qualsiasi contratto di fornitura o nolo accompagnato da attività lavorativa, e dunque provvisto di una componente lavoristica prevalente (al 50% rispetto all’importo del subcontratto), se di importo superiore alle più volte ricordate soglie (2%; 100.000 euro);
- c) è **sub contratto**, dunque non subappalto (o assimilato) - e come tale non richiedente l’autorizzazione (ma soltanto la comunicazione preventiva, oggi stabilita all’art. 119, co. 2, terzultimo periodo) - la fornitura con posa in opera o il nolo a caldo con componente lavoristica inferiore al 50%, oppure quella che, sebbene superiore, non sfiori però gli anzidetti limiti economici, restando cioè al di sotto del 2% dell’importo dell’appalto principale o 100.000 euro.

Va sempre in ogni caso tenuto ben presente, nel terzo caso, che la componente lavoristica/personale, di qualunque importo sia, deve restare **immanente** alla fornitura o al nolo, ossia essenziale soltanto alla funzionalità di tali contratti di vendita/affitto, e non costituire di per sé subappalto.

In altri termini, gli addetti al mezzo o coloro che metteranno in opera il bene fornito non devono anche svolgere attività edilizia in senso stretto: in questo senso l’Autorità chiarì (delib. AVCP 3

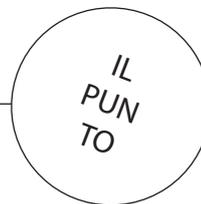
settembre 2008, n. 35) che costituisce subappalto la posa in cantiere di un **conglomerato bituminoso**, in quanto intrinsecamente parte dell'opera e non semplicemente strumentale ad essa.

Sedimentantesi tali previsioni fino ai nostri giorni, le ricadute in ambito penale – anche seguendo la surricordata tesi (che sembra prevalere) per cui l'art. 21 attinge dalla nozione di subappalto dalla normativa pubblicistica - consistono nel dover ritenere penalmente rilevante, in ambito lavori, il ricorso – non debitamente autorizzato - oltre che al subappalto (nell'ampia accezione civilistica pura ribadita dagli ultimi due codici), anche ai contratti simili di **importi superiori** a tali soglie (perché essi stessi subappalto), con esclusione dunque sia di quelli di entità inferiore sia – a maggior rilievo – di subcontratti di mero servizio o mera fornitura.

Sempre, infine, tenendo ferma la tesi secondo cui la nozione penalistica di subappalto va attinta direttamente dalla "sede naturale" del codice dei contratti pubblici (che in tal modo diviene **legge extra penale** rilevante ai sensi dell'art. 47, secondo capoverso c.p. in quanto, per l'appunto, integratrice del precetto penale) nella quale si fa riferimento non solo a "lavorazioni" ma più in generale a "prestazioni", dovendo l'art. 21 l. n. 646/82 riguardare – come chiarito in precedenza - anche gli appalti di servizi, il subappalto penalmente rilevante riguarderà correlativamente anche i relativi subappalti.

# Il collegamento sostanziale tra imprese nelle gare multilotto

di Riccardo Gai



## 1. La suddivisione in lotti fra obbligo e discrezionalità amministrativa

La suddivisione in lotti è un modello generale di organizzazione degli appalti pubblici, previsto dalla normativa nazionale ed eurounitaria, finalizzata ad impedire l'accaparramento delle connesse da parte di un unico soggetto e altresì a favorire la partecipazione alle gare delle anche delle piccole e medie imprese in ossequio al principio di libera concorrenza.

Tale principio era già stato recepito dal "vecchio" Codice dei contratti del (d.Lgs. 50/2016), all'art. 51, non costituendo tuttavia una regola inderogabile, consentendo la norma alla stazione appaltante di derogarvi per giustificati motivi, da esporre puntualmente nel bando o nella lettera di invito, proprio perché il precetto della ripartizione in lotti è funzionale alla tutela della concorrenza.

Anche il nuovo Codice (d.lgs. 36/2023) accorda preferenza al principio di suddivisione in lotti, specificandone ed ampliandone la portata. Secondo la nuova disciplina codicistica, infatti, gli appalti sono suddivisi in lotti funzionali, prestazionali o quantitativi in conformità alle categorie o specializzazioni, e il loro valore deve essere adeguato in modo da garantire l'effettiva possibilità di partecipazione da parte delle

microimprese, piccole e medie imprese (art. 58, commi 1 e 2).

Pertanto, qualora la stazione appaltante, a fronte di un importo elevato di gara, decida di non suddividere l'appalto in più lotti, deve – nel bando o nell'avviso di indizione della gara – fornire una motivazione della mancata suddivisione, tenendo conto dei principi europei sulla promozione di condizioni di concorrenza paritarie per le piccole e medie imprese (comma 2).

Dove la suddivisione in lotti è applicata, la stazione appaltante deve, nei documenti di gara, specificare i criteri di suddivisione, sia qualitativi che quantitativi, basati sui parametri precedentemente menzionati (comma 3). Inoltre, deve indicare chiaramente il criterio di selezione non discriminatorio dei lotti da assegnare al concorrente che ha ottenuto una quantità di lotti superiore al limite stabilito (comma 4).

Sotto quest'ultimo profilo, una delle novità più significative è l'introduzione delle "offerte sulle associazioni di lotti", che consente alla stazione appaltante di suddividere la procedura in lotti, da aggiudicare in gruppi di lotti associati. Questo meccanismo, noto anche come "asta combinatoria", è finalizzato a ottenere, soprattutto nelle forniture, migliori rapporti qualità-prezzo per la stazione appaltante (comma 5).

Anche con il suddetto sistema dell'associazione di lotti la Stazione Appaltante continua a suddividere la procedura in lotti, ma anziché aggiudicarli singolarmente, può aggiudicare ad offerte di lotti "associati" in quanto risultante più vantaggiosa dell'offerta sui singoli lotti. In altre parole, sono i fornitori che partecipano alla gara a presentare offerta per gruppi di lotti che permettono loro di assicurare in caso di aggiudicazione delle complementarità positive, e quindi di offrire qualità maggiore e/o costi inferiori sulla somma dei lotti.

In tal modo la Stazione Appaltante, non conoscendo le efficienze del mercato, tramite l'asta combinatoria, può avere la possibilità di ottenere un maggior vantaggio in termini di rapporto qualità prezzo dall'aggiudicare più oggetti (lotti) simultaneamente anziché in maniera separata.

Anche nel nuovo Codice, dunque, la scelta della stazione appaltante circa la suddivisione in lotti di un appalto pubblico costituisce una decisione normalmente ancorata, nei limiti previsti dall'ordinamento, a valutazioni di carattere tecnico-economico. In tali ambiti, il concreto esercizio del potere discrezionale dell'Amministrazione circa la ripartizione dei lotti da conferire mediante gara pubblica deve essere funzionalmente coerente con il bilanciato complesso degli interessi pubblici e privati coinvolti dal procedimento di appalto e resta delimitato, oltre che da specifiche norme del codice dei contratti, anche dai principi di proporzionalità e di ragionevolezza.

In sostanza, potremmo dire che **il nuovo Codice degli appalti da un lato sostanzialmente obbliga a suddividere in lotti, dall'altro pone un onere motivazionale rafforzato in capo alle stazioni appaltanti, le quali sono chiamate a motivare la scelta di non aver proceduto a frazionare l'appalto per favorire la partecipazione delle piccole e medie imprese.**

Per tale ragione, la motivazione non deve essere intesa come un mero adempimento formale, a cui far fronte mediante formule generiche o di rito, ma deve chiaramente dar conto delle ragioni che impongono di non frazionare l'appalto. L'onere motivazionale in questione non può infatti essere soddisfatto in maniera solo apparente o generica, dovendo invece, la Stazione Appaltante, indicare specificatamente le ragioni tecniche ed economiche

che giustificano l'affidamento in unitario del servizio.

Secondo quanto affermato dall'ANAC (v. Delibera n. 123/24), il principio generale della suddivisione in lotti va adattato alle peculiarità del caso di specie ed è pertanto suscettibile di deroghe in presenza di giustificati motivi, da indicare nella *lex specialis*, in considerazione della necessità di non comprimere eccessivamente la discrezionalità attribuita alle stazioni appaltanti nella predisposizione degli atti di gara, in funzione degli interessi pubblici che si intendono perseguire con l'affidamento della commessa (v. tra le tante Cds, IV, 5992/23).

In casi analoghi, infatti, la stessa ANAC aveva ritenuto che *<<la mancata suddivisione in lotti, lamentata dall'istante, risulta motivata all'interno della lex specialis laddove è specificato che "l'eventuale suddivisione in più lotti risulterebbe antieconomica non potendo usufruire di economie di scala">>*. Nella specie la mancata suddivisione in lotti è stata ritenuta doverosa dall'ANAC in considerazione della tipologia di servizio in affidamento, poiché *<<l'unitarietà di gestione di un servizio di raccolta, trasporto e smaltimento rifiuti appare infatti ragionevole e non arbitraria>>* (Delibera n. 390/2023).

Nella specie, la stessa ANAC ha ritenuto che *<<il caso in esame non sia sovrapponibile a quello esaminato dal Consiglio di Stato, nella sentenza del 15 febbraio 2023, n. 1607 (citata dall'istante). In quella vicenda gli atti di gara erano del tutto privi di esternazione delle ragioni alla base dell'articolazione della gara in lotto unico e la SA aveva motivato tale scelta in sede difensiva, per cui il Giudice Amministrativo ha ritenuto inammissibile l'integrazione postuma della motivazione del provvedimento, sottolineando che in quel caso (affidamento del servizio di spedizione e notifica di atti giudiziari) la scelta di individuare un unico lotto nazionale, non era né ragionevole né rispettosa dei principi di proporzionalità e libera concorrenza, oltre ad essere viziata per difetto di motivazione. Invece, nel caso de quo, la scelta di individuare un unico lotto è motivata nella determina di indizione della gara, pertanto viene rispettato l'art. 58, comma 2, del vigente Codice che richiede l'esplicitazione della motivazione "nel bando o nell'avviso di indizione della gara"; inoltre, il servizio oggetto di affidamento è relativo alla raccolta e gestione dei rifiuti in un unico comune, per cui la decisione*

della SUA di affidarne l'espletamento ad un unico operatore, per garantire l'unitarietà della gestione, non appare irragionevole o illogica>>.

## 2. Limiti di partecipazione e aggiudicazione in caso di "collegamento sostanziale" tra imprese

È utile, ai fini della presente disamina, porre particolare attenzione sul contenuto dell'art. 58, comma 4, del nuovo Codice dei contratti pubblici, concernente i vincoli di aggiudicazione e/o partecipazione nelle gare suddivise in lotti.

Va, nello specifico, rammentato come nella vigenza dell'art. 51 del d.lgs. 50/2016, questi vincoli erano stati oggetto di ampio dibattito giurisprudenziale, incentrato sull'analisi delle due tipologie di vincolo ossia:

- vincolo di aggiudicazione ordinario, in cui le imprese singolarmente considerate possono conseguire l'aggiudicazione solo per uno o più lotti, ma non per la totalità;
- vincolo di aggiudicazione aggravato, in cui non solo le imprese singolarmente considerate sono soggette a tale limite, ma il vincolo è esteso all'intero gruppo societario, ossia tutti gli operatori economici che sono in rapporto di controllo tra di loro (v. art. 2359 del Codice civile) o comunque, secondo parte della giurisprudenza, sono riferibili ad un unico centro decisionale (v. sull'argomento Cds, III, n. 8990/2022 e 4625/2022).

L'analisi della nuova disciplina codicistica mette in evidenza alcune importanti novità introdotte dall'articolo 58 del nuovo Codice dei contratti pubblici rispetto alla versione precedente (art. 51 del d.lgs. 50/2016).

Infatti, vi è da ritenere che il nuovo Codice rimetta alla mera facoltà della stazione appaltante la limitazione del numero massimo di lotti per i quali è consentita l'aggiudicazione al medesimo concorrente e, laddove voglia prevederlo, richieda:

- per l'istituzione del vincolo di aggiudicazione ordinario, una motivazione specifica legata alle caratteristiche della gara o all'efficienza della prestazione, ciò rappresentando un cambiamento significativo rispetto al Codice del 2016, che non prevedeva una motivazione così dettagliata;

- che il vincolo di aggiudicazione aggravato debba essere chiaramente specificato negli atti di gara. Inoltre, se la disciplina di gara non fa menzione di questo vincolo per i concorrenti in rapporti di controllo o collegamento, ciò deve essere interpretato come una volontà negativa; pertanto, deve ritenersi come non apposto;
- che il vincolo soggettivamente aggravato debba trarre (più specifica) giustificazione in "ragioni inerenti al [...] mercato", non essendo sufficiente la sola valorizzazione dell'oggetto dell'appalto. Occorre quindi interrogare il contesto concorrenziale, sebbene – sottolinea il Consiglio di Stato – manchi, a conferma di tale ricostruzione, una virgola al primo inciso del comma;
- per l'istituzione di un vincolo di partecipazione, ossia un limite al numero di lotti a cui i concorrenti possono partecipare, esso può essere posto in ragione dell'elevato numero previsto di concorrenti.

La finalità della norma è quella, attraverso la suddivisione in lotti ed una eventuale limitazione degli affidamenti nell'ambito dello stesso appalto, di consentire alle piccole e medie imprese maggiori opportunità di accedere alle commesse pubbliche.

La disposizione potrebbe essere aggirata nel caso di imprese distinte ma collegate, riferibili ad un unico centro decisionale, che presentino offerte (concordate) in più lotti, ancorché le offerte siano formalmente imputabili a distinti operatori economici.

Secondo quanto afferma il Consiglio di Stato (Cds, V, n. 1956/2024), una volta introdotto il vincolo di partecipazione, costituisce opzione rimessa alla discrezionalità dell'amministrazione la scelta di ritenerlo operante in modo allargato, ancorché l'offerta risulti formalmente imputabile a distinti operatori economici.

**È infatti la stazione appaltante a dover stabilire se, una volta introdotto un simile vincolo (di partecipazione), lo stesso trovi o meno applicazione anche per le imprese in sostanziale identità soggettiva dal punto di vista economico o patrimoniale, dovendo a tal fine valutare costi e benefici, anche in relazione alle modalità scelte per la perimetrazione dei singoli lotti, indicando**

**specificamente quale è il criterio di espansione del vincolo di partecipazione.**

In mancanza di detta scelta, l'espansione dello stesso al di là del singolo operatore partecipante non può essere considerata automatica, non potendosi ritenere implicitamente contenuta nella scelta di apporre il vincolo di partecipazione.

Ad avviso del massimo consesso amministrativo, infatti, <<non si ravvisano i presupposti, né di diritto UE, né di diritto interno, per ritenere che la previsione del vincolo di partecipazione privo di ulteriori connotati si possa espandere (senza specifica previsione della *lex specialis*) oltre le singole soggettività giuridiche che presentano l'offerta, al fine di rivolgersi a più ampie realtà imprenditoriali, nella specie, in particolare, al gruppo di società [...] Detta impostazione trova continuità, sul piano positivo, nel nuovo Codice dei contratti pubblici, approvato con il d.lgs. n. 36 del 2023, che all'art. 58 comma 4 prevede che la limitazione del "numero massimo di lotti per i quali è consentita l'aggiudicazione al medesimo concorrente" sia rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante e che solo esercitando un'ulteriore facoltà, la stazione appaltante possa decidere di estendere il limite quantitativo "a più concorrenti che versino in situazioni di controllo o collegamento ai sensi dell'art. 2359 codice civile">>.

Perciò, lo stesso Consiglio di Stato ha ritenuto di aderire alle più recenti decisioni (cfr. Cds, n. 59/2024), secondo le quali <<non può in generale ritenersi che la ratio proconcorrenziale dell'istituto della suddivisione in lotti, e dell'intera disciplina dei contratti pubblici, conduca necessariamente all'espansione del vincolo di partecipazione (nel silenzio della legge di gara)>>.

**3. La giurisprudenza più recente**

Una recente sentenza (TAR Calabria, I, 11 settembre 2024 n. 565), in sostanziale adesione rispetto agli orientamenti già descritti, ha posto ulteriormente in evidenza i principi relativi ai vincoli di partecipazione nelle procedure multilotto.

Secondo il TAR Calabria, la procedura ad evidenza pubblica esaminata, poiché tendente all'aggiudicazione di tre distinti lotti "funzionali",

non costituiva un'unica procedura bensì tante gare distinte ed autonome per quanti erano i lotti da assegnare, in assenza, come nella specie, di previsioni *ex ante* contemplanti meccanismi di interferenza nell'aggiudicazione degli stessi, tra cui il cd. scorrimento delle varie graduatorie (cfr. *ex multis* Cds, III, n. 1251/24; V, ordinanza n. 4399/24).

Nella specie, lo stesso TAR Calabria ha tenuto a precisare che <<l'unico segmento procedimentale posto all'attenzione del Collegio per effetto dell'impugnato provvedimento di esclusione è quello relativo all'ammissibilità delle offerte e, quindi, il segmento relativo alla "partecipazione" dei relativi offerenti e non anche quello, successivo, riguardante la "aggiudicazione" dei singoli Lotti e, dunque, i criteri che, nella specie, la governano>>.

**Muovendo da tale presupposto, il Collegio giudicante ha affermato che <<per come più volte chiarito dalla giurisprudenza amministrativa, condivisa dal Collegio, il divieto di "partecipazione" alle gare di cui all'art. 80, comma 5, lett. m), d.lgs. n. 50/2016, oggi art. 95 comma 1 lett. d) D.lgs. n. 36/2023 – in quanto strumentale alla tutela dei principi generali in tema di par condicio, segretezza delle offerte e trasparenza della competizione e, quindi, fiducia nei reciproci rapporti con la p.a. – si riferisce agli operatori economici riconducibili ad un unico centro decisionale in quanto partecipanti alla medesima "gara" ma non anche a quelli che partecipano a gare diverse, quali quelle funzionali all'assegnazione di Lotti diversi (cfr. Cons. Stato, sez. V, 19.01.2023, n. 652; Sez. V, 18.03.2021, n. 2350; 12.02.2020, n. 1070; T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 13/11/2023, n.16907; Sez. V, 25.07.2023, n. 12625)>>.**

Nel caso in esame, la società ricorrente aveva partecipato esclusivamente alla procedura relativa all'affidamento di un solo lotto sicché, pur volendola ricondurre all'unico "centro decisionale" che, per come ritenuto dalle difese della stazione appaltante, l'avrebbe legata ad altre due società concorrenti per altri lotti, non avrebbe potuto essere esclusa dalla procedura, a ciò non ostando né la previsione generale, di cui all'art. 95 comma 1 lett. d), del d.lgs. 36/23 (secondo cui: «1. La stazione appaltante esclude dalla partecipazione

alla procedura un operatore economico qualora accerti [...] d) sussistere rilevanti indizi tali da far ritenere che le offerte degli operatori economici siano imputabili ad un unico centro decisionale a cagione di accordi intercorsi con altri operatori economici partecipanti alla stessa gara”) né la previsione speciale contenuta nel disciplinare di gara.

Quest'ultimo, infatti, nello statuire che <<Il concorrente che partecipa al singolo lotto in una delle forme di seguito indicate è escluso nel caso in cui la stazione appaltante accerti la sussistenza di rilevanti indizi tali da far ritenere che le offerte degli operatori economici siano imputabili ad un unico centro decisionale a cagione di accordi intercorsi con altri operatori economici partecipanti alla stessa gara», riferendosi, per l'appunto, <<al singolo lotto>>, avrebbe dovuto ritenersi sovrapponibile, quanto alla sua portata operativa, al divieto di partecipazione già sancito dalla disposizione generale di cui al sopra citato art. 95. Né a giustificare il contestato divieto di partecipazione avrebbe potuto essere invocata, per come lamentato dalla stazione appaltante, l'ulteriore previsione del disciplinare, secondo cui <<Ciascun concorrente può presentare offerta per uno o più lotti, ma può essere aggiudicatario di un solo lotto. Nel caso in cui un concorrente risulti primo in graduatoria per più lotti, al medesimo potranno essere aggiudicati fino ad un massimo di n. 1 lotto>>.

Ad avviso del TAR Calabria, infatti, tale disposizione della *lex specialis* era scomponibile in due parti: la prima, rilevante ai fini di causa, riguardava la "partecipazione" del medesimo "concorrente" alle tre gare funzionali all'aggiudicazione dei distinti ed autonomi Lotti (cd. divieto di partecipazione); la seconda riguardava, invece, le regole che, secondo quanto previsto dall'art. 58, comma 4, del Codice governano la successiva fase della "aggiudicazione" dei singoli lotti in favore degli operatori economici ammessi a presentare le offerte (art. 58 comma 4).

Ed invero, secondo la sentenza in commento, <<la finalità pro-concorrenziale del cd. vincolo di aggiudicazione, rimessa alla scelta discrezionale dell'amministrazione e consistente nel garantire la distribuzione dei lotti tra il maggior numero possibile di concorrenti onde incentivare la concorrenza sul mercato e ridurre l'eventualità di

situazioni di monopolio od oligopolio (cd. divieti di aggiudicazione), si realizza non al momento della partecipazione alla gara bensì, a valle, in fase di "aggiudicazione", allorquando le operazioni di gara si siano concluse per i singoli lotti (cfr. Cons. Stato, V, 15 marzo 2021, n. 2184). Viceversa, la finalità pro-concorrenziale del divieto di partecipazione dell'operatore controllato-collegato di cui all'art. 95 D.lgs. n. 36/2023 è imposta dal Legislatore avuto riguardo alla fase iniziale della partecipazione alla procedura di aggiudicazione del "singolo lotto".

*Rebus sic stantibus*, se è vero, per come chiaramente statuito dal disciplinare, che «Ciascun concorrente può presentare offerta per uno o più lotti», così candidandosi all'assegnazione di tutti e tre i Lotti in evidenza, tale facoltà partecipativa non può che essere, a fortiori, riconosciuta anche a quei soggetti economici che, pur essendo formalmente diversi, si ritengono riconducibili al medesimo centro decisionale (cfr. giurisprudenza sopra citata)>>.

Il TAR Calabria ha dunque chiosato affermando che <<In presenza di gare distinte ed autonome quali quelle multilotto, la mera "partecipazione" di soggetti controllati/collegati - purché non aspiranti al medesimo Lotto - non può, dunque, dirsi ex se lesiva degli invocati principi di par condicio, segretezza delle offerte e trasparenza della competizione e, quindi, di fiducia nei reciproci rapporti con la pubblica amministrazione, ovvero determinante offerte parziali, plurime, condizionate, alternative, irregolari, con conseguente fondatezza dei motivi di gravame sul punto articolati dalla ricorrente>>.

Se poi, afferma lo stesso TAR, <<a tale legittima partecipazione delle società controllate/collegate - nella specie illegittimamente escluse dalla stazione appaltante per le ragioni innanzi esposte - possa o meno conseguire, tenuto conto delle successive previsioni del disciplinare, anche la simultanea "aggiudicazione" di tutti i lotti ambiti, trattasi di una questione che esula dall'odierna cognizione giurisdizionale e, come tale, non può essere scrutinata, ex art. 34 comma 2 c.p.a.>>

Per come sopra chiarito, infatti, le regole della "aggiudicazione" devono ritenersi sostanzialmente estranee al potere amministrativo esercitato in fase di "ammissione" alla gara, di fatto esercitato dalla stazione appaltante prima ancora di aver

esaminato le offerte tecniche ed economiche di tutti i candidati e, quindi, ancor prima di aver concluso la fase della valutazione delle stesse, funzionale alla redazione delle graduatorie.

#### 4. Conclusioni.

Le disposizioni del nuovo Codice (d.lgs. 36/23) sembrano, dunque, aver finalmente chiarito la portata del divieto di aggiudicazione in merito alle procedure con più lotti.

Se nella previgente disciplina, infatti, erano sorte numerose incertezze in ordine all'applicazione del suddetto divieto, con l'approvazione del nuovo Codice sembra ormai chiaro che il divieto di collegamento sostanziale non possa operare in caso di partecipazione delle imprese a lotti diversi. Potremmo infatti, ora, sostenere, che la suddivisione in lotti escluda, *in re ipsa*, la configurazione di una gara unitaria e, pertanto, rende non operante il divieto di collegamento sostanziale tra imprese.

Resta, ovviamente, valido il principio per cui la suddivisione dell'appalto in lotti costituisce un obbligo normativo "condizionato", essendo pur sempre rimessa ad una valutazione discrezionale della stazione appaltante in termini di economicità ed opportunità della scelta.

Il tutto, a condizione che la mancata suddivisione dell'appalto in lotti venga adeguatamente ed analiticamente motivata dalla stazione appaltante nei documenti di gara.

Ad ogni modo, la scelta di ritenere operante un vincolo di aggiudicazione sostanzialmente "allargato" all'unitario centro decisionale, ancorché l'offerta risulti formalmente imputabile a distinti operatori economici, costituisce opzione rimessa alla discrezionalità dell'Amministrazione. In altre parole, deve essere la stazione appaltante a stabilire – sin dalla legge di gara – se, una volta introdotto un simile vincolo (di partecipazione e/o di aggiudicazione), lo stesso trovi o meno applicazione anche per le imprese in rapporto di controllo/ collegamento, ai sensi dell'art. 2359 c.c., ossia in situazione di sostanziale identità soggettiva dal punto di vista economico e patrimoniale.

Dunque, è pur sempre la Stazione appaltante a scegliere se un tale vincolo (di partecipazione e/o di aggiudicazione) si applichi o meno anche a soggetti formalmente distinti ma sostanzialmente uniti in quanto appartenenti allo stesso gruppo societario o comunque in rapporto di controllo societario (v. TAR Lazio, II, n.16907/23).



Mediaconsult è **un punto di riferimento** nel panorama italiano della **formazione specialistica** e del supporto e consulenza **in materia di appalti pubblici**.

Con l'obiettivo di **supportare le aziende** nella crescita e nell'acquisizione di nuove competenze, abbiamo sviluppato un **programma formativo mirato**.

- ◆ Aggiornamento normativo
- ◆ Strategie di gara
- ◆ Operatività sul MePA
- ◆ BIM e Project Management
- ◆ Sostenibilità e Innovazione

**Scopri la formazione pratica per fare centro negli appalti**

## CALENDARIO CORSI 2024/25

titolo del corso:	docente:	data:
Come presentare un'offerta per la gestione informativa e realizzare un'opera pubblica in BIM per la PA (per Imprese)	Ing. Arch. Farinati	21, 26 e 28 Novembre ( 3 incontri )
Come rispondere efficacemente alle negoziazioni con la PA tramite MePA e SDAPA	Ing. Porzio	29 Novembre
La contabilità negli appalti pubblici: corpo, misura, digitalizzazione e riserve	Ing. Gianforte	03 Dicembre
Predisporre la documentazione amministrativa per partecipare alle nuove gare d'appalto	Avv. Croce	05 Dicembre
Le strategie di gara. Come aumentare le probabilità di vincere le gare con le norme e la giurisprudenza	Avv. Fidanza	09 Dicembre
Come presentare una offerta di gestione informativa e redigere un progetto BIM per la PA ( per Professionisti)	Ing. Arch. Farinati	10, 12 e 17 Dicembre ( 3 incontri )
La progettazione: contenuti, responsabilità, digitalizzazione e la progettazione nell'appalto integrato	Ing. Gianforte	17 Dicembre
Corso base di Project Management (ISIPM-Base )	Ing. Guida	dal 10 Gennaio (6 incontri)
Il subappalto nei contratti pubblici alla luce del Nuovo Codice	Avv. Maceroni	13 Gennaio
ABC Appalti - Corso pratico per partecipare alle gare di appalti pubblici	Avv. Morolla	21 e 28 Gennaio ( 2 incontri )
Partecipare con successo alle gare pubbliche	Ing. Porzio	30 Gennaio

Guarda il calendario formativo completo, e scegli il tuo corso su [mediaconsult.it](https://www.mediaconsult.it)



# Pareri & Sentenze

PARERI  
E SEN-  
TENZE

## **Tar Lombardia, Brescia, Sez. II, 01/10/2024, n. 773**

*L'equivalenza dei CCNL non richiede la parità di retribuzione*

"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, sussistano i seguenti requisiti: (i) il trattamento dei lavoratori impiegati in tale gara non sia eccessivamente inferiore a quello dei CCNL individuati dalla stazione appaltante; (ii) vi sia corrispondenza, o almeno confrontabilità, tra le mansioni del CCNL applicato e le lavorazioni oggetto dell'appalto.

L'equivalenza dei CCNL non richiede la parità di retribuzione. Una simile condizione sarebbe impossibile, data la varietà di contenuti normalmente osservabile nei diversi settori della contrattazione collettiva, e anche discriminatoria, avendo quale risultato l'imposizione dei soli CCNL presi come riferimento negli atti di gara. A sua volta, il numero chiuso dei CCNL determinerebbe effetti anticoncorrenziali, deprimendo la partecipazione."

## **Tar Friuli-Venezia Giulia, Sez. I, 27/09/2024, n. 295**

*E' inammissibile la formulazione di una doppia offerta economica*

"La differente indicazione, dovuta alla diversa base di calcolo e all'identità, invece, della percentuale di ribasso indicata dalla "omissis", ha obiettivamente determinato una insanabile ambiguità di fondo della proposta contrattuale tale da comportare, nei fatti, l'inammissibile formulazione di una doppia offerta economica. Non si tratta, come sostenuto dalla controinteressata, di un semplice e innocuo errore materiale facilmente individuabile, giacché l'errore poteva oggettivamente annidarsi tanto nel "modello informatico" quanto nel "modulo della busta C", non essendo autoevidente - nemmeno esaminando la complessiva documentazione dell'offerta economica - quale delle due indicazioni fosse in realtà quella corretta ... quello che conta è l'oggettiva formulazione, sia pure per semplice errore o per condotta colposa della candidata, di due distinte e inconciliabili proposte contrattuali all'interno della documentazione dell'offerta economica da parte di un unico concorrente, in irrimediabile violazione dell'art. 17, comma 4, del d.lgs. n. 36/2023. In conclusione, l'offerta della "omissis" doveva essere giudicata inammissibile perché effettuata in violazione dell'art. 17, comma 4, del d.lgs. n. 36/2023 e del principio di unicità dell'offerta, con la conseguenza che la stessa "omissis" doveva essere esclusa dalla gara."

**TAR Toscana Firenze, Sez. IV, 25/9/2024, n. 1035***La nuova disciplina di accesso agli atti di gara*

“ ... la disciplina dell’accesso agli atti di gara è contenuta negli artt. 35 e 36 del d.lgs. n. 36 del 2023 (Codice dei contratti). In particolare, all’art. 36 si prevede che, contestualmente alla comunicazione digitale dell’aggiudicazione ai sensi dell’articolo 90, l’offerta dell’operatore economico risultato aggiudicatario, i verbali di gara e gli atti, i dati e le informazioni presupposti all’aggiudicazione sono resi disponibili, attraverso la piattaforma di approvvigionamento digitale, a tutti i candidati e offerenti non definitivamente esclusi. Pertanto, la stessa necessità di una richiesta di accesso non dovrebbe trovare luogo in base all’assetto voluto dal Codice dei contratti vigente, essendo automaticamente riconosciuto a chi partecipa alla gara e non ne è “definitivamente” escluso, di accedere in via diretta, non solo a “documenti” (offerta dell’aggiudicatario, verbali di gara e atti), ma anche “ai dati e alle informazioni” inseriti nella piattaforma ex articolo 25 del Codice, e ciò a partire dal momento della comunicazione digitale dell’aggiudicazione.

Peraltro, agli operatori economici collocatisi nei primi cinque posti in graduatoria, viene riconosciuto, dal comma 2 dell’articolo 36, un diritto di accesso ancor più “ampio” perché ad essi sono resi “reciprocamente disponibili”, attraverso la stessa piattaforma, non solo gli “atti” di cui al comma 1, ma anche le offerte dagli stessi presentate (in particolare, quelle del secondo, terzo, quarto e quinto, la prima essendo conoscibile da tutti).

Sempre nell’art. 36, al comma 3 (da leggersi unitamente al comma 3 dell’art. 90), si prevede che nella comunicazione dell’aggiudicazione di cui all’art. 90, la stazione appaltante o l’ente concedente dà anche atto delle decisioni assunte sulle eventuali richieste di oscuramento di “parti” delle offerte in ragione della sussistenza di segreti tecnici o commerciali.

Pertanto, una volta intervenute l’aggiudicazione e, ai sensi dell’art. 90, la comunicazione digitale della stessa:

- tutti i partecipanti non esclusi in modo definitivo dalla gara possono accedere, “direttamente, mediante piattaforma”, a tutto ciò (offerta dell’aggiudicatario, verbali, atti, dati e informazioni, ad eccezione delle offerte dei quattro operatori successivi al primo in graduatoria) che ha rappresentato un passaggio della procedura presupposto all’aggiudicazione medesima;
- i primi cinque concorrenti in graduatoria hanno diritto ad accedere “direttamente mediante piattaforma” anche alle reciproche offerte, fatto salvo il caso in cui vi siano stati degli “oscuramenti”, da parte della P.A.;
- l’eventuale oscuramento deve essere conseguenza di una specifica richiesta dell’operatore offerente, corredata da una dichiarazione “motivata e comprovata” in ordine alla sussistenza di segreti tecnici e commerciali; in secondo luogo, sia che tale richiesta sia stata accolta, sia che sia stata respinta, la stazione appaltante nella comunicazione dell’aggiudicazione deve puntualmente dar conto della propria decisione e della motivazione sottesa.

Deve infine ritenersi che l’accesso alle parti oscurate può e deve essere comunque consentito, qualora esso sia “indispensabile” ai fini della difesa in giudizio degli interessi giuridici dell’operatore economico interessato, come rappresentati in relazione alla procedura di gara.”

**Consiglio di Stato, Sez. IV, 25/09/2024, n. 7778**

*Il principio di rotazione non opera se un operatore economico, precedente affidatario del servizio, chiede di partecipare alla gara in RTI*

“Secondo quanto stabilito da questo Consiglio con la sentenza sez. V 16 gennaio 2023 n.532, correttamente citata dalla parte appellante, il principio di rotazione non opera comunque nel momento in cui un operatore, anche se precedente affidatario del servizio, chieda di essere invitato a partecipare in RTI costituendo con un altro soggetto, perché comunque in tal modo un nuovo soggetto parteciperà alla gara, con vantaggio per la concorrenza. Nel caso di specie, quindi, la stazione appaltante avrebbe dovuto dare riscontro alla nota 4 marzo 2024 (doc. 9 appellante), che chiedeva appunto di partecipare in RTI con altra impresa. Questa nota infatti era comunque anteriore al termine per presentare offerta, che era il giorno 11 marzo 2023 (appello, p. 9 fatto incontestato), e quindi si deve comunque ritenere presentata in tempo utile.”

**Tar Lazio, Sez. II, 19/09/2024, n. 16458**

*Il versamento del contributo ANAC può essere tardivo e sanabile attraverso l'istituto del soccorso istruttorio*

“... il Collegio ritiene di aderire alla tesi – che ritiene più in linea con i principi dell'ordinamento giuridico comunitario – secondo cui il versamento del contributo ANAC, pur condizionando l'offerta, può comunque essere tardivo ed è sanabile attraverso l'istituto del soccorso istruttorio in quanto trattasi di elemento estraneo al contenuto dell'offerta e, pertanto, non idoneo a violare il principio della par condicio tra i concorrenti.

Secondo tale orientamento, infatti, il tardivo pagamento del contributo non inficerebbe ex se l'ammissibilità dell'offerta, atteso che si tratterebbe di un elemento “sanabile con il soccorso istruttorio in quanto estraneo al contenuto dell'offerta”, tanto che una previsione della lex specialis di gara “che esclude[sse] la rilevanza anche del soccorso istruttorio e conferis[se] alla tempistica del pagamento un peso determinante [dovrebbe ritenersi] eccedente o contrastante con il disposto degli artt. 83, comma 8, del codice dei contratti e 1, comma 67, della legge n. 266/2005”, e perciò nulla (Cons. Stato, III, 3 febbraio 2023, n. 1175; V, 7 settembre 2023, n. 8198).”

**Consiglio di Stato, Sez. V, 17/09/2024, n. 7607***Indici presuntivi della sussistenza dell'unico centro decisionale*

“Quanto al secondo punto (l'esistenza dell'unico centro decisionale), va intanto premesso che, in relazione alla causa di esclusione dalle gare di cui all'art. 80, comma 5, lett. m), del d.lgs. n. 50 del 2016, se incombe sulla stazione appaltante l'accertamento della sussistenza di un unico centro decisionale d'imputazione delle offerte sulla base degli indici presuntivi concreti, non è richiesta anche la prova che il collegamento fra i concorrenti sia poi pervenuto a risultati effettivi in relazione ai contenuti delle offerte e all'artificiale condizionamento degli esiti della gara; nel percorso presuntivo che conduce a ricavare un fatto ignoto da circostanze note ai sensi dell'art. 2727 Cod. civ., il fatto che occorre desumere dagli indici presuntivi è, infatti, la sussistenza dell'unicità del centro decisionale cui siano riconducibili le offerte – tale da integrare ex se la fattispecie di pericolo astratto giuridicamente rilevante- non già il contenuto effettivamente coordinato di queste, né le conseguenze anticoncorrenziali concretamente derivatene (Consiglio di Stato, Sez. V, 7 gennaio 2022, n. 48; 5 agosto 2021, n. 5778; 15 aprile 2020, n. 2426).

Ai fini dell'individuazione del collegamento sostanziale tra imprese, comportante l'esclusione dalla gara ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. m), d.lgs. n. 50 del 2016, i relativi indizi devono essere valutati nel loro insieme per riscontrare, in base a un approccio sintetico, requisiti di gravità, precisione e concordanza idonei a legittimare la sanzione espulsiva.”

**Autorità Nazionale Anticorruzione****DELIBERA N. 396 del 30 luglio 2024  
UPREC-PRE-0184-2024-S-PREC**

*“Alla luce delle evidenze del dettato normativo di riferimento, non rilevandosi le esplicite deroghe richieste dall'art. 48, co. 4 del d.lgs. 36/2023, si deve necessariamente ritenere sussistente anche per gli affidamenti diretti ex art. 50, co.1 lett. b) l'obbligo di indicazione dei costi della manodopera, ex art. 108, co. 9 del d.lgs. 36/2023.”*

“la previsione dell'art. 50, co. 1 lett. b), va esaminata congiuntamente a quanto disposto dell'art. 48 del medesimo d.lgs. 36/2023, segnatamente il comma 1, che sancisce che “L'affidamento e l'esecuzione dei contratti aventi per oggetto lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea si svolgono nel rispetto dei principi di cui al Libro I, Parti I e II” e il comma 4, secondo cui “Ai contratti di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea si applicano, se non derogate dalla presente Parte, le disposizioni del codice”, prevedendo che, a differenza di quanto avveniva sotto il previgente d.lgs. 50/2016, salvo la presenza di una espressa deroga, al c.d. sottosoglia si applica l'intera disciplina ordinaria e non soltanto quella di cui agli artt. 49 – 55; quanto sopra, giova parimenti evidenziare che, se il previgente art. 95 co. 10 del d.lgs. 50/2016 espressamente scartava l'obbligo dell'indicazione dei costi della manodopera per gli affidamenti diretti ex art. 36 co. 2 lett. a) del d.lgs. 50/2016, tale onere di indicazione dei costi da parte dell'o.e. non risulta, invece, espressamente escluso, né dall'art. 108 del d.lgs. 36/2023, né invero da altre previsioni del Codice.

Viceversa, sia il vigente art. 108 che il previgente 95, invece, escludono espressamente l'onere di indicazione dei costi della manodopera per “forniture senza posa in opera” e per i “servizi di natura intellettuale”;

CONSIDERATO quanto sopra, alla luce delle evidenze del dettato normativo di riferimento, non rilevandosi le esplicite deroghe richieste dall'art. 48, co. 4 del d.lgs. 36/2023, si deve necessariamente concludere nel senso di ritenere sussistente anche per gli affidamenti diretti di cui all'art. 50, co. 1 lett. b) del d.lgs. 36/2023 l'obbligo di indicazione dei costi della manodopera, ex art. 108, co. 9 del d.lgs. 36/2023.

Tali conclusioni peraltro appaiono già condivise dalla più recente giurisprudenza formatasi sulla questione (cfr. TAR Calabria – Catanzaro, sez. I, sent. n. 958 del 17.6.2024), basata sull'assenza di una espressa deroga all'onere di indicazione dei costi, come pure dal parere MIT n. 2398 del 26 febbraio 2024."

#### **Autorità Nazionale Anticorruzione**

##### **DELIBERA N. 395 del 30 luglio 2024. UPREC/PRE/196 /2024/S/PREC**

*"La clausola del bando che prevede la necessità di dimostrare per la partecipazione alla gara il possesso di un patrimonio netto di gran lunga superiore al doppio dell'importo del contratto è illegittima perché viola l'art. 100 comma 11 e 12"*

"Come conferma la lettura della normativa resa da un recente Comunicato del Presidente ANAC (Fasc. 4314/2023 – (URCP 63/2023), a proposito della richiesta di certificazione di qualità per la partecipazione, il comma 12 dell'art.100 possiede una inequivocabile finalità di semplificazione e chiarimento (cfr. Relazione al Codice) in ragione della quale le stazioni appaltanti possono espressamente richiedere solo ed esclusivamente i requisiti di partecipazione previsti dallo stesso articolo, con l'unica eccezione di cui al successivo art. 102 (obblighi occupazionali) o da leggi speciali; il criterio della tassatività dei requisiti speciali in materia di servizi e forniture è ulteriormente confermato al punto 6.3, il bando tipo n. 1/2023;

Appare quindi evidente l'intento del legislatore di prescrivere un limite netto alla discrezionalità dell'Amministrazione di imporre ai candidati requisiti di partecipazione ulteriori rispetto a quelli normativamente previsti;"

#### **Autorità Nazionale Anticorruzione**

##### **DELIBERA N. 392 del 30 luglio 2024 UPREC/PRE/0180/2024/S/PREC**

*"La verifica dell'equivalenza delle tutele economiche richiede che sia accertato che l'aggiudicatario, pur applicando un CCNL diverso da quello indicato dalla Stazione appaltante nel bando di gara, garantisca al personale impiegato nell'appalto la medesima retribuzione globale annua prevista dal CCNL indicato nel bando"*

"... la Stazione appaltante non può pretendere l'applicazione del CCNL indicato nel bando di gara, ma è tenuta a verificare che l'aggiudicatario, pur utilizzando un diverso CCNL, garantisca al personale impiegato nell'appalto tutele equiparabili, con la precisazione che la valutazione deve necessariamente avere ad oggetto sia le tutele economiche che quelle normative in quanto complesso inscindibile. In relazione alla valutazione dell'equivalenza delle tutele economiche, la Stazione appaltante è tenuta ad accertare che il CCNL indicato dal concorrente garantisca lo stesso trattamento economico previsto

dal CCNL indicato nel bando, in relazione alle componenti 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, pena l'esclusione dalla procedura di gara."

### **Autorità Nazionale Anticorruzione**

#### **Parere di precontenzioso n. 359 del 17 luglio 2024 UPREC-PRE 0167-2024-L-PREC**

*"In applicazione dei principi di trasparenza e proporzionalità, nonché di buona fede e tutela dell'affidamento, la S.A. deve consentire di sanare l'errore indotto da un chiarimento non conforme alla lex specialis, ammettendo i concorrenti a produrre dimostrazione della capacità professionale, ai fini della partecipazione, secondo le categorie e il grado di complessità richiesti dal disciplinare di gara, purché il possesso del requisito sia dimostrato con riferimento al termine di presentazione delle offerte."*

"CONSIDERATO l'orientamento consolidato della giurisprudenza (C.G.A., 8 aprile 2024, n. 28; Cons. Stato, Sez. V, 2 gennaio 2024, n. 50; 7 settembre 2022, n. 7793; Sez. III, 23 novembre 2022, n. 10301), secondo cui i chiarimenti della stazione appaltante sono ammissibili nei limiti in cui non comportino una modifica o integrazione della disposizione della lex specialis, ma rendano solo più trasparenti le previsioni di gara;

CONSIDERATO che, nel caso di specie, il disciplinare era chiaro nel richiedere la dimostrazione del requisito di capacità professionale dei servizi analoghi con riferimento alla categoria E.21 o comunque servizi per opere analoghe con grado di complessità almeno pari a quello dei servizi da affidare;

CONSIDERATO che, nel caso di specie, appare evidente che il chiarimento errato fornito dalla stazione appaltante ingenerava tuttavia nei concorrenti un affidamento sul fatto che il requisito di capacità professionale ai fini della partecipazione potesse essere dimostrato anche tramite il possesso nelle categorie E.20 ed E.16. Pertanto, non possono essere addebitate al concorrente le conseguenze dell'errore indotto dal comportamento della S.A., in termini di esclusione dalla procedura di gara. Infatti, alla luce dei principi di trasparenza e proporzionalità, nonché di buona fede e tutela dell'affidamento, la S.A. deve consentire di sanare l'errore causato da un proprio chiarimento non conforme alla legge di gara.

Occorre quindi ammettere i concorrenti a produrre dimostrazione della capacità professionale ai fini della partecipazione secondo quanto disposto dal disciplinare di gara, purché il possesso del requisito sia dimostrato con riferimento al termine di presentazione delle offerte;"

# A Domanda Rispondiamo

A.  
D.  
R.**1**

## **Il principio dell'autovincolo trova applicazione negli affidamenti diretti previa comparazione di preventivi?**

Pur non essendovi un espresso riferimento a tale disposizione nel D.Lgs n. 36/2023, per i giudici amministrativi esso trova la propria fonte legittimante nel principio di affidamento e di buona fede, e ciò in quanto l'autovincolo tutela proprio l'affidamento del privato sul legittimo esercizio del potere da parte dell'Amministrazione sin dalla fase di predisposizione degli atti di gara.

Pertanto, laddove la Stazione appaltante abbia individuato negli atti di gara delle regole precise relative alle modalità di individuazione del soggetto aggiudicatario, decidendo di disciplinare (pur non essendovi obbligata) l'affidamento diretto, non può derogarvi in corso di procedura ciò in quanto, per costante giurisprudenza, l'autovincolo impedisce la disapplicazione delle regole poste dall'Amministrazione e determina l'illegittimità di ogni determinazione di senso contrario assunta **(Cfr. Cons. Stato, sez. V, 24.5.2024 n. 4659)**.

**2**

## **Nel caso in cui il concorrente in fase di soccorso istruttorio produca dichiarazioni o documenti non perfettamente coerenti con la richiesta, la stazione appaltante deve procedere con l'esclusione dalla procedura di gara o può chiedere ulteriori precisazioni o chiarimenti?**

Nel D.Lgs n. 36/2023, i termini procedurali relativi al soccorso istruttorio sono stati rivisti. Fermo restando il termine massimo assegnabile di dieci giorni, nel nuovo articolato è stato innovativamente previsto anche un termine minimo che deve essere assegnato all'operatore economico per fornire quanto richiesto dalla stazione appaltante, che non può essere inferiore a cinque giorni.

I suddetti termini (minimo e massimo) assegnabili dalla stazione appaltante agli operatori economici sono identici sia nel caso di soccorso integrativo e sanante (comma 1 dell'art. 101 del codice), sia di soccorso istruttorio in senso stretto attinente ai contenuti dell'offerta tecnica e dell'offerta economica (comma 3 dell'art. 101 del codice), anche se differenti sono le conseguenze previste dal Codice nel caso di mancato adempimento da parte dell'operatore economico alle richieste formulate dalla stazione appaltante: invero, solo per l'inottemperanza rispetto alle ipotesi di soccorso integrativo e sanante è prevista l'esclusione dell'operatore economico (comma 2, art. 101 D.Lgs 36/2023), trattandosi di una sanzione che non è legata all'inadempimento quanto alla inidoneità dell'offerta presentata, mentre analoga conseguenza non è prevista per le ipotesi di soccorso istruttorio in senso stretto, non potendosi quindi configurare, in tale caso, un automatismo espulsivo per il mancato chiarimento del tenore della propria offerta da parte dell'operatore economico.

## 3

**Può l'operatore economico in fase di soccorso istruttorio modificare l'elenco dei principali servizi espletati nel periodo di riferimento previsto nella lex specialis e dichiarati in fase di gara per comprovare il possesso dei requisiti?**

Diversamente da quanto sostenuto in precedenza sui limiti del soccorso istruttorio e sul principio generale dell'autoresponsabilità dei concorrenti, in forza del quale ciascuno sopporta le conseguenze di eventuali errori commessi nella formulazione dell'offerta e nella presentazione della documentazione, con **Delibera n. 276 del 05 giugno 2024** l'Autorità nazionale Anticorruzione ha riconosciuto la possibilità di modificare le dichiarazioni rese in fase di gara e quindi riconosciuto possibile in fase di soccorso istruttorio l'allegazione di ulteriori servizi analoghi da parte del concorrente, purché effettivamente svolti nel periodo temporale richiesto dal bando, costituendo tale possibilità attuazione del principio del favor participationis nonché del principio di risultato, di cui all'art. 1 del Codice.

## 4

**E' possibile affidare servizi di ingegneria e architettura ad una Università privata?**

L'art. 66, comma 1, lett. e), d.lgs. 36/2023 prevede che sono ammessi a partecipare alle procedure di affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria, inter alia, gli "altri soggetti abilitati in forza del diritto nazionale a offrire sul mercato servizi di ingegneria e di architettura, nel rispetto dei principi di non discriminazione e par condicio fra i diversi soggetti abilitati". Il comma 2 della medesima disposizione prevede inoltre espressamente che "per la partecipazione alle procedure di affidamento di cui al comma 1 i soggetti ivi indicati devono possedere i requisiti minimi stabiliti nella Parte V dell'allegato II.12". Pertanto, un'università privata può essere affidataria di un appalto di servizi di ingegneria e architettura a condizione che siano soddisfatti i seguenti requisiti: 1) l'oggetto sociale deve ricomprendere le prestazioni di servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria; 2) deve essere predisposto e regolarmente aggiornato un organigramma nel quale devono essere indicate le "persone direttamente impiegate nello svolgimento di funzioni professionali e tecniche, nonché di controllo della qualità con l'indicazione delle specifiche competenze e responsabilità"; 3) all'interno della compagine aziendale deve essere presente almeno un direttore tecnico (consultato dall'organo di amministrazione per la definizione degli indirizzi strategici e per la partecipazione a gare per l'affidamento di servizi di ingegneria e architettura, con funzioni di collaborazione e controllo delle prestazioni svolte dai tecnici incaricati delle progettazioni), il quale, a sua volta, deve essere in possesso di determinati requisiti, tra cui la laurea in ingegneria o architettura, l'abilitazione all'esercizio della professione da almeno dieci anni, nonché l'iscrizione, al momento dell'assunzione dell'incarico, al relativo albo professionale e l'essere in regola con gli obblighi contributivi, assicurativi e di aggiornamento professionale previsti dalle norme legislative vigenti; 4) il compito di approvare e controfirmare gli elaborati tecnici inerenti alle prestazioni oggetto dell'affidamento deve essere delegato al direttore tecnico o ad altro ingegnere o architetto dipendente dagli stessi soggetti e avente i medesimi requisiti (**Cfr. TAR Sicilia, Catania, sez. IV, 28 giugno 2024, n. 2336**)

## 5

### **E' ammissibile il ricorso alla cooptazione nella categoria OG2?**

La legittimità dell'istituto della cooptazione si rinviene nell'art. 68 comma 12, d.lgs. 36/23. Tale istituto è caratterizzato dalla possibilità di far eseguire lavori nei limiti del 20% dell'importo complessivo anche a imprese qualificate per categorie ed importi diversi da quelli richiesti nel bando, senza acquisire la posizione di concorrente, costituendo una vera e propria deroga alla disciplina degli appalti pubblici. Il regime normativo dei beni sottoposti a tutela prevede necessariamente che le imprese atte ad eseguire lavori in tale ambito, siano specificamente qualificate. Giurisprudenza costituzionale, con sentenza n. 91 del 11/04/2022, ha evidenziato che "soltanto l'operatore dotato di una qualificazione specialistica può eseguire i lavori relativi a tali beni, e questo di per sé assicura loro una effettiva e adeguata tutela".

Sulla base di tale principio il Tar Sicilia Catania, Sez. I, 10.06.2024, con sentenza n. 2174, ha sancito che "nello specifico caso di contratti concernenti i beni culturali tutelati ai sensi del codice dei beni culturali e del paesaggio di cui al decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, nonché relativi all'esecuzione di scavi archeologici, anche subacquei di cui al Titolo III della Parte VII del d.lgs. n. 36/2023, il principio di concorrenza e del conseguente favor participationis è in parte attenuato alla luce del bilanciamento con gli interessi di cui all'art. 9 Cost., cosicché soltanto le imprese appositamente specializzate possono intervenire direttamente su tali beni. La disposizione in argomento, così interpretata, operando una ragionevole e proporzionata limitazione del favor participationis orientata alla tutela di beni protetti espressamente dalla Costituzione, appare immune da ogni dubbio di costituzionalità."

## 6

### **Quali le modalità di ripartizione del fondo incentivante del 20% nell'ipotesi in cui ricade la fattispecie della Convenzione tra due Comuni, avente ad oggetto la centralizzazione della Committenza?**

La sezione di controllo Regione Lombardia, espressasi su tale richiesta di parere, ha concluso che "in relazione alla fase di affidamento, la quota parte degli incentivi da corrispondere al personale della Centrale di Committenza, ai sensi del comma 8 dell'art. 45 del d.lgs. 36/23, fissata nella misura massima del 25% delle risorse finanziarie di cui al comma 2, è comprensiva delle due componenti (incentivi al personale per l'80% e quota innovazione per il 20%) secondo i limiti e le finalità dai commi 3,5,6 e 7 dell'art. 45 medesimo. Il che significa che il calcolo attinge dal 2% del valore dei lavori, servizi e forniture posto a base delle procedure di affidamento, nelle due componenti dell'80%, da destinare agli incentivi in favore del personale per le funzioni tecniche svolte (comma 3), e del 20%, che la Centrale è chiamata a destinare ai fini specificati nei su illustrati commi 6 e 7 dello stesso art. 45 (cfr. anche il parere MIT - Servizio contratti pubblici del 3 giugno 2024 e lo schema di "Disciplina per la corresponsione degli incentivi alle funzioni tecniche previsti dall'art. 45 del d.lgs. n. 36/2023" a cura della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome, datato 19 ottobre 2023).

# 7

## La nomina del Direttore Lavori/ Direttore dell'Esecuzione è prevista anche negli affidamenti in house?

L'affidamento dei servizi in house providing, rientra nell'ambito dei contratti esclusi ai sensi dell'art. 13 comma 2 del d.lgs. 36/23, in quanto tale non è soggetto alla disciplina che prevede la nomina di tali figure. In tal senso si è espresso anche il MIMS con il parere n. 2871 del 18/07/2024, secondo il quale "l'ente affidante compie nei confronti del soggetto in house il c.d. controllo analogo, ossia attività di controllo come se il soggetto in house fosse un ufficio interno dell'ente affidante. Il controllo analogo assolve già (e supera) i compiti del DL e DEC. Il RUP vi è ma solo ai fini della richiesta del CIG e del monitoraggio dell'affidamento, mediante la scheda di monitoraggio A3\_6. Resta ferma la nomina del DEC e DL in capo alla società in house per gli affidamenti e gli appalti di propria competenza."

# 8

## Quando le spese sostenute per la partecipazione ad una gara possono essere oggetto di risarcimento?

Il Consiglio di Stato, Sez. V, 23/09/2024, n. 7721 ha precisato che "il danno emergente, consistente nelle spese sostenute per la partecipazione ad una gara non è risarcibile in favore dell'impresa che lamenta la mancata aggiudicazione dell'appalto. È pacifico che la partecipazione alle gare pubbliche di appalto comporta per le imprese costi che, di norma, restano a carico delle imprese medesime sia in caso di aggiudicazione, sia in caso di mancata aggiudicazione. Detti costi di partecipazione si colorano come danno emergente solo se l'impresa illegittimamente esclusa lamenta questi profili dell'illegittimità procedimentale, perché in tal caso viene in considerazione soltanto la pretesa risarcitoria del contraente che si duole del fatto di essere stato coinvolto in trattative inutili. Tali danni, peraltro, vanno, in via prioritaria e preferenziale, ristorati in forma specifica, mediante rinnovo delle operazioni di gara e, solo ove tale rinnovo non sia possibile, vanno ristorati per equivalente. Nel caso in cui l'impresa ottenga il risarcimento del lucro cessante per mancata aggiudicazione (o per la perdita della possibilità di aggiudicazione) non vi sono i presupposti per il risarcimento per equivalente dei costi di partecipazione alla gara, atteso che mediante il risarcimento non può farsi conseguire all'impresa un beneficio maggiore di quello che deriverebbe dall'aggiudicazione (**Consiglio di Stato, sez. VI, 12 aprile 2013, n. 1999**).

# **Siamo al fianco delle PMI per vincere le gare più ardue**

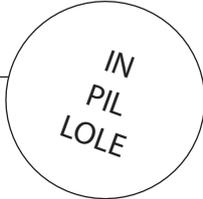
**Consulenza sul Nuovo Codice - Supporto partecipazione gare  
Utilizzo del MePA e sito ANAC - Servizi per le imprese estere**



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



# L'importanza della struttura della lettera di invito alla luce della Sentenza del Tar Sicilia, sez. III n.2928/2024



IN  
PIL  
LOLE

L'errore di inserire elementi inerenti all'esecuzione del contratto nella lettera d'invito o nel disciplinare di gara, anziché limitarli al capitolato d'appalto, è una problematica frequente che può dar luogo a gravi ambiguità e contraddizioni.

Questo tema è stato recentemente oggetto di discussione giuridica nella sentenza del T.A.R. Sicilia, sez. III, n. 2928/2024, che ha affrontato il caso di una procedura negoziata in cui la stazione appaltante ha erroneamente mescolato indicazioni relative all'esecuzione del contratto nei documenti di gara, con conseguenti disguidi e contestazioni.

Nel quadro delle procedure di appalto pubblico, la distinzione tra le diverse fasi e i relativi documenti è cruciale per garantire la trasparenza e la correttezza dell'intero processo.

Il Codice dei contratti (D.Lgs. 36/2023) stabilisce norme precise sulle informazioni da inserire nei vari atti, con particolare riferimento alla separazione tra le fasi di selezione e di esecuzione del contratto.

Ciò nonostante, casi di confusione documentale sono ancora frequenti, con l'inserimento di clausole relative all'esecuzione in documenti che dovrebbero esclusivamente riguardare la procedura di selezione, come la lettera d'invito o il disciplinare di gara.

Questo errore può portare a contestazioni, ritardi nell'assegnazione dell'appalto e, in alcuni casi, all'annullamento degli atti di gara.

Il caso affrontato dai giudici siciliani riguarda una procedura negoziata avviata da un'azienda sanitaria per l'acquisto di apparecchiature mediche da destinare al reparto di Oculistica.

Nella lettera d'invito, la stazione appaltante aveva inserito indicazioni riguardanti l'esecuzione del contratto, in contrasto con quanto previsto dal Capitolato Tecnico.

In particolare, mentre nella lettera d'invito si affermava che l'appalto non comportava rischi di interferenza poiché si trattava di una "mera fornitura", il Capitolato Tecnico prevedeva dettagli relativi alla posa in opera e al montaggio delle apparecchiature, attività che appartengono alla fase esecutiva del contratto.

Un operatore economico, escluso dalla gara per non aver indicato il costo della manodopera nella propria offerta, ha impugnato l'esclusione, contestando la validità della richiesta della stazione appaltante. L'operatore sosteneva che, trattandosi di una fornitura senza posa in opera, l'obbligo di indicare tali costi non era applicabile, facendo riferimento all'art. 108, comma 9 del D.Lgs. 36/2023, il quale esenta le forniture senza posa in opera da tale obbligo.

I giudici hanno riconosciuto che la *lex specialis* della gara era intrinsecamente contraddittoria. Da un lato, la lettera d'invito parlava di "mera fornitura", escludendo esplicitamente i costi per i rischi da interferenza, mentre dall'altro, il Capitolato Tecnico descriveva in dettaglio operazioni di installazione e montaggio, che avrebbero richiesto necessariamente la presenza di manodopera.

Questa incoerenza ha generato confusione non solo tra i partecipanti alla gara, ma anche nella stessa valutazione della stazione appaltante.

Il T.A.R. ha sottolineato l'importanza della coerenza tra i documenti di gara e ha fatto riferimento all'art. 82, 2° comma del D.Lgs. 36/2023, ove stabilisce una prevalenza delle disposizioni contenute nei vari atti che costituiscono i documenti di gara.

*"In caso di contraddizioni, prevalgono le disposizioni contenute nel bando, nell'avviso di gara o nella lettera d'invito"*, atti che hanno la funzione di definire con chiarezza gli aspetti procedurali del contratto da aggiudicare.

Nel caso specifico, i giudici hanno stabilito che la lettera d'invito, essendo un documento di rango superiore rispetto al capitolato tecnico, doveva prevalere.

La *lex specialis* di una gara, costituita dai documenti che regolano la procedura e l'esecuzione del contratto, deve essere redatta in modo chiaro e privo di ambiguità, proprio per evitare che sorgano interpretazioni contrastanti tra le parti coinvolte.

La sentenza in esame evidenzia come la presenza di clausole ambigue o contraddittorie possa compromettere l'intero iter procedurale, con conseguenze potenzialmente gravi, come l'annullamento degli atti o l'esclusione ingiustificata di un operatore economico.

Nel caso specifico, il fatto che la lettera d'invito fosse stata redatta in modo non conforme ha portato all'illegittimità dell'esclusione dell'operatore economico.

I giudici hanno stabilito che, trattandosi di un contratto di mera fornitura senza posa in opera, la richiesta di indicare i costi della manodopera non era applicabile, rendendo illegittima la decisione di escludere l'operatore per tale motivo.

I giudici hanno ribadito che, in queste circostanze, è necessario attenersi da quanto disposto dal 2° comma dell'art. 82 del Codice dei contratti pubblici.

Nel caso in esame, poiché la lettera d'invito costituiva il documento principale della procedura negoziata, le sue disposizioni dovevano prevalere su quelle del capitolato tecnico.

Questo ha portato alla conclusione che l'appalto in questione fosse effettivamente una fornitura senza posa in opera e, di conseguenza, non vi fosse alcun obbligo di indicare i costi della manodopera.

Il Capitolato Tecnico, pur avendo un ruolo fondamentale nella definizione delle specifiche tecniche dell'appalto, non può essere utilizzato per modificare o integrare le condizioni generali stabilite nella lettera d'invito o nel bando di gara.

Il suo scopo principale è quello di dettagliare le caratteristiche tecniche dei beni o dei servizi oggetto dell'appalto, ma non deve essere utilizzato per introdurre obblighi o condizioni che competono ad altri documenti di gara.

Alla luce delle considerazioni esposte, il T.A.R. Sicilia ha accolto il ricorso dell'operatore economico escluso dalla gara, annullando il provvedimento

di esclusione e dichiarando illegittime le clausole della documentazione di gara che richiedevano l'indicazione dei costi della manodopera.

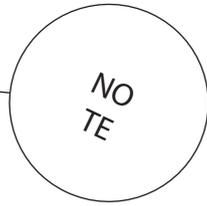
I giudici hanno sottolineato come la *lex specialis*, nella sua formulazione complessiva, dovesse essere interpretata alla luce della lettera d'invito, la quale qualificava il contratto come una mera fornitura senza posa in opera.

Questo principio è in linea con quanto stabilito dal D.Lgs. 36/2023, che mira a garantire una maggiore chiarezza e coerenza nella redazione dei documenti di gara, evitando che clausole contraddittorie possano dar luogo a contenziosi o a esclusioni ingiustificate degli operatori economici.

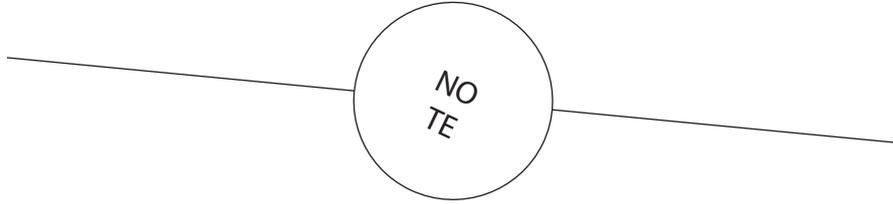
In conclusione, l'osservanza rigorosa della normativa vigente costituisce un presupposto imprescindibile per il corretto svolgimento delle procedure d'appalto per evitare il rischio di contenziosi che possano compromettere l'efficacia dell'azione amministrativa.



A series of 20 horizontal dotted lines for writing.



A series of 20 horizontal dotted lines for writing.



A series of horizontal dotted lines for writing notes.



# 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!**



sulla  
**Corte dei Conti**

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

*Medi*  
*Graphic*  
**MEDIA**APPALTI

Rubrica bimestrale  
a cura di  
Stefano Usai

ottobre  
**2024**

allegato alla Rivista mensile  
MediAppalti

## **sommario**

---

**Incentivi per le forniture e le polizze assicurative  
dopo il nuovo codice dei contratti  
- Corte dei Conti, sez. regionale Piemonte, deliberazione n. 145/2024**

1. Premessa
2. I quesiti
3. Responsabilità per danni erariali e responsabilità civile
4. Le risposte: polizza assicurativa e contratti di forniture e servizi
5. Le attività che possono essere oggetto di polizza
6. La necessità (o meno) del regolamento sui criteri di riparto degli incentivi

**3**

---

**Il riparto degli incentivi nel caso di intervento di stazione  
appaltante delegata/centrale di committenza  
- Corte dei Conti, sez. regionale della Lombardia, deliberazione n. 196/2024**

1. Il quesito
2. L'intervento della centrale di committenza
3. Il riparto "generale" degli incentivi

**8**

---

**Incentivi ed accordo quadro  
- Corte dei conti, sez. regionale Veneto, deliberazione n. 297/2024**

1. I quesiti
2. Gli incentivi e l'accordo quadro
3. Le funzioni incentivabili

**11**

# **Incentivi per le forniture e le polizze assicurative dopo il nuovo codice dei contratti**

---

## **1. Premessa**

La stazione appaltante istante pone alla sezione tre quesiti concentrati – tutti – sulla questione della stipula delle polizze assicurative “a copertura dei rischi di risarcimento per danni cagionati a terzi, evidenziando l’esigenza che tali spese risultino espressamente previste “all’interno del quadro economico, nella voce incentivi tecnici quota vincolata di cui all’art. 45 comma 5 del nuovo codice degli appalti”.

Preso atto, l’istante, della possibilità di stipulare le polizze (che riguardano la responsabilità civile dei dipendenti interessati dall’attività contrattuale e non anche, evidentemente, la responsabilità contabile/amministrativa per danni erariali) pone alla sezione tre distinti quesiti.

## 2. I quesiti

Con i quesiti alla sezione regionale si chiede:

- a) se sia possibile stipulare polizze assicurative nel caso di forniture e servizi di importo inferiore ai 500 mila euro;
- b) se, in caso di soluzione affermativa data a quello precedente, chiede di conoscere se "la polizza assicurativa possa ricomprendere **tutte le attività** svolte dal R.U.P. di cui all'Allegato I.10, ovvero sia limitata ad alcune di esse", nell'ipotesi in cui la relativa spesa sia posta "a carico del Quadro Economico nell'ambito della quota residuale del 0,20% di cui al comma 5, dell'art. 45 d.lgs. 36/2023".
- c) ultimo quesito – a cui, si anticipa, la Corte non risponde -, è se nel regolamento incentivi possa essere fissata una "una quota prioritaria da destinare al finanziamento di tali spese, ai sensi del comma 7 lettera c) del predetto art. 45 d.lgs. 36/2023".

## 3. Responsabilità per danni erariali e responsabilità civile

Prima dell'esame dei quesiti, la sezione si sofferma sulla questione della legittimità della stipula di polizze di assicurazione dei propri dipendenti (anche perché dal quesito sembra residuare qualche dubbio).

Ciò che l'ente non può stipulare è una polizza che copra i dipendenti per la c.d. responsabilità amministrativa/contabile (ovvero per i danni erariali). In questo senso il collegio precisa – a differenza dell'impostazione che si trae dai quesiti – che il comma 59 dell'articolo 3 della Legge n. 244/2007 non ha solo "posto un principio (...) circa l'illegittimità della stipulazione da parte della p.a. di polizze assicurative volte alla copertura di danni erariale dei propri dipendenti "ma commina invece una specifica nullità contrattuale, tuttora vigente, relativa a un'ipotesi circoscritta di contratto assicurativo".

Le disposizioni in parola, infatti, precisano che "È nullo il contratto di assicurazione con il quale un ente pubblico assicuri propri amministratori per i rischi derivanti dall'espletamento dei compiti istituzionali connessi con la carica e riguardanti la responsabilità per danni cagionati allo Stato o ad enti pubblici e la responsabilità contabile".

Le polizze, quindi, che vengono in considerazione non riguardano "la copertura di rischi di danno connessi alla responsabilità amministrativo-contabile del personale pubblico", ribadendo la piena vigenza del divieto di cui al comma 59 sopra citato.

Diverso, invece, è il discorso che riguarda la responsabilità civile oggi espressamente prevista dal nuovo codice per i dipendenti coinvolti nelle attività dei contratti.

#### **4. Le risposte: polizza assicurativa e contratti di forniture e servizi**

Venendo all'analisi dei quesiti, la prima questione posta è se il comune "sia tenuto alla stipula di polizza assicurativa per colpa grave che copra la Responsabilità civile verso terzi dei dipendenti incaricati quali RUP e direttori di esecuzione per le forniture di beni e servizi, se nominati, anche per importi inferiori a €. 500.000,00".

Attualmente, ricorda il collegio, l'art. 45, comma 2, del D. Lgs n. 36/2023 prevede che tale sistema si applichi "anche agli appalti relativi a servizi o forniture nel caso in cui è nominato il direttore dell'esecuzione".

Per comprendere l'esatta portata delle disposizione – così come nel pregresso codice – ora occorre rifarsi, in particolare, all'allegato II. 14 ed in specie all'articolo 32.

La disposizione, innovando rispetto al passato, prevede l'obbligo della nomina del DEC anche per alcuni servizi, definiti complessi dal legislatore, a prescindere dall'importo del contratto (ed in questo senso tracciando una differenza sostanziale rispetto alle forniture per le quali, come nelle pregresse linee guida ANAC il direttore dell'esecuzione può essere nominato – legittimando quindi la possibilità di avere gli incentivi per funzioni tecniche – solo in caso di appalto di importo superiore ai 500 mila euro.

L'articolo 32, citato, al secondo comma prevede espressamente che "Sono considerati servizi di particolare importanza, indipendentemente dall'importo, gli interventi particolarmente complessi sotto il profilo tecnologico, le prestazioni che richiedono l'apporto di una pluralità di competenze, gli interventi caratterizzati dall'utilizzo di componenti o di processi produttivi innovativi o dalla necessità di elevate prestazioni per quanto riguarda la loro funzionalità e i servizi che, per ragioni concernenti l'organizzazione interna alla stazione appaltante, impongano il coinvolgimento di unità organizzativa diversa da quella cui afferiscono i soggetti che hanno curato l'affidamento" e "in via di prima applicazione" individua come tali i seguenti servizi: "a) servizi di telecomunicazione; b) servizi finanziari, distinti in servizi assicurativi e servizi bancari e finanziari; c) servizi informatici e affini; d) servizi di contabilità, revisione dei conti e tenuta dei libri contabili; e) servizi di consulenza gestionale e affini; f) servizi di pulizia degli edifici e di gestione delle proprietà immobiliari; g) eliminazione di scarichi di fogna e di rifiuti; disinfestazione e servizi analoghi; h) servizi alberghieri e di ristorazione; i) servizi legali; l) servizi di collocamento e reperimento di personale; m) servizi sanitari e sociali; n) servizi ricreativi, culturali e sportivi".

Come evidenziato, il successivo comma 3 invece conferma che "sono considerate forniture di particolare importanza le prestazioni di importo superiore a 500.000 euro".

Da quanto sopra, si legge nella deliberazione, il Collegio trae la conclusione che, per le forniture di importo inferiore a € 500.000,00, il problema del DEC non si ponga, in quanto la nomina del direttore di esecuzione diverso dal RUP è prevista solo per importi superiori ai 500.000 euro.

Tale soluzione è sostenuta anche dalla Sezione regionale campana della Corte dei conti che, con il parere n. 191/2023, ha recentemente chiarito che "rileva il mero profilo quantitativo del superamento del parametro numerico, individuato in € 500.000,00. In questo caso, infatti, il legislatore muove da una presunzione assoluta (c.d. praesumptio iuris et de iure) di minore complessità della prestazione sotto una certa soglia economica, che, come tale, non ammette prova contraria".

Mentre quanto l'appalto abbia ad oggetto servizi, e gli stessi siano di particolare complessità alla luce del disposto dell'articolo 32 dell'allegato II.14 al codice dei contratti pubblici, il comune sarà onerato della stipulazione della polizza assicurativa per il rischio di azioni di responsabilità civile verso i terzi (ma non per responsabilità amministrativa e contabile) anche a favore di RUP e direttori di esecuzione per importi al di sotto del mezzo milione di euro.

## **5. Le attività che possono essere oggetto di polizza**

Con il secondo quesito la stazione appaltante istante esprime perplessità sul fatto che "la polizza assicurativa possa ricomprendere tutte le attività svolte dal R.U.P. di cui all'Allegato I.10, ovvero sia limitata ad alcune di esse".

Ovviamente il collegio non concorda e sottolinea che indubbiamente, la gran parte delle attività di RUP elencate dall'allegato I.10 fa riferimento alle diverse e complesse fasi dei lavori, anziché dei servizi e delle forniture (ad esempio, la "redazione del progetto esecutivo", il "coordinamento per la sicurezza in fase di progettazione", la "direzione dei lavori" e il relativo ufficio (comprendente "direttore/i operativo/i, ispettore/i di cantiere", o ancora il "coordinamento per la sicurezza in fase di esecuzione").

Tuttavia occorre evidenziare che l'estensore del codice, nel dettare l'articolo 45 comma 1 del codice dei contratti pubblici, ha riferito genericamente gli "oneri relativi alle attività tecniche indicate nell'allegato I.10 (...) a carico degli stanziamenti previsti per le singole procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture", ed alcune voci ben si attagliano anche ai contratti di servizi di importo inferiore a 500.000 euro, come ad esempio la "programmazione della spesa per investimenti" e la "predisposizione dei documenti di gara", nonché la "regolare esecuzione" e la "verifica di conformità", mentre come detto tale ipotesi deve escludersi per i contratti di forniture di importo inferiore a euro 500.000.

Per effetto di quanto, la conclusione è che la stipulanda polizza assicurativa possa avere ad oggetto le sole attività tecniche svolte dal R.U.P. di cui all'Allegato I.10, come richiamato dall'articolo 45 comma 1 del codice e che, trattandosi di copertura obbligatoria, essa debba riguardare tutte le prestazioni di cui all'Allegato I.10 concretamente richieste al RUP nella singola procedura di affidamento.

## **6. La necessità (o meno) del regolamento sui criteri di riparto degli incentivi**

Circa il terzo quesito – sulla necessità o meno di destinare una quota prioritaria alla stipula delle polizze individuate nel regolamento incentivi – la sezione non si pronuncia (non risultando chiara la domanda) decidendo però di soffermarsi sulla necessità del regolamento.

Sul punto, si legge nella deliberazione, è doveroso richiamare il comma 3, seconda parte, dell'articolo 45, che testualmente prevede: "I criteri del relativo riparto, nonché quelli di corrispondente riduzione delle risorse finanziarie connesse alla singola opera o lavoro, a fronte di eventuali incrementi ingiustificati dei tempi o dei costi previsti dal quadro economico del progetto esecutivo, sono stabiliti dalle stazioni appaltanti e dagli enti concedenti, secondo i rispettivi ordinamenti, entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore del codice".

Tale disposizione riproduce il contenuto in parte qua del previgente articolo 113 del D.Lgs. n. 50/2016 che già consentiva alle amministrazioni, previa adozione di un regolamento interno e della stipula di un accordo di contrattazione decentrata, di erogare emolumenti economici accessori a favore del personale interno alle Pubbliche amministrazioni per attività, tecniche e amministrative, nelle procedure di programmazione, aggiudicazione, esecuzione e collaudo (o verifica di conformità) degli appalti di lavori, servizi o forniture.

Tradizionalmente, si rammenta, già la sezione autonomie ha ribadito l'esigenza del regolamento interno considerato come "sede idonea per circoscrivere dettagliatamente le condizioni alle quali gli incentivi possono essere erogate (Sezione delle Autonomie della Corte dei conti, con la pronuncia n. 6/2018).

Circa il termine della sua adozione, risultando pacifico che il termine fissato dall'articolo 45 comma 3 del codice ha carattere ordinatorio, e che quindi il suo recepimento può avvenire in ogni tempo da parte delle amministrazioni interessate, il Collegio non ritiene che sussistano elementi normativi in grado di comportare un superamento dell'indirizzo in parte qua restrittivo tracciato dalla citata autorevole pronuncia.

La disposizione del vigente D. Lgs n. 36/2023 continua a prevedere la necessità di un'apposita disciplina attuativa da parte della stazione appaltante e nulla impedisce, in pratica, di adottare un regolamento anche nel silenzio dell'articolo 45. Da notare che lo schema di codice (e dell'articolo in parola) in realtà prevedeva la necessità del regolamento (ora espunto per un riferimento ad atto generale). In ogni caso la sezione, evidentemente, ritiene che il regolamento possa essere tranquillamente adottato.

# Il riparto degli incentivi nel caso di intervento di stazione appaltante delegata/centrale di committenza

## 1. Il quesito

Alla sezione della Lombardia, la stazione appaltante istante chiede un chiarimento sul riparto degli incentivi nel caso in cui l'appalto sia stato delegato ad altra stazione appaltante. Più nel dettaglio il quesito verte "in merito alla interpretazione della disposizione di legge di cui all'art. 45 del D. Lgs 36/2023 (ex art. 113 del D.Lgs n. 50/20216), relativamente alla ripartizione del fondo incentivante del 20% nell'ipotesi in cui ricade la fattispecie della Convenzione tra due Comuni, avente ad oggetto la centralizzazione della Committenza".

In pratica, pertanto, la questione verte sul riparto del fondo a destinazione vincolata oggi con nuova disciplina scolpita nei commi 5,6 e 7 dell'articolo 45 ovvero se nella quota del 25 – dell'incentivo da destinare al personale della centrale di committenza – debba o meno essere compresa anche una percentuale del 20% (del 2% dell'incentivo) da destinare, genericamente, a spese di formazione, investimenti per gli uffici e/o polizze assicurative.

## **2. L'intervento della centrale di committenza**

La sezione rammenta che il vincolo del 20% (del 2% dell'incentivo) viene escluso solo per le "risorse derivanti da finanziamenti europei o da altri finanziamenti a destinazione vincolata". In questo caso le risorse devono essere destinate all'intervento e non possono essere "distolte".

In generale, circa i rapporti con la centrale di committenza, la deliberazione precisa che le sopravvenute previsioni codicistiche, attualmente vigenti, del d.lgs. n. 36/2023, le quali prevedono, sempre **in termini di facoltà**, il riconoscimento alla stazione appaltante o ente concedente di determinare somme a titolo di incentivo al personale della centrale di committenza, secondo proprie determinazioni in ordine alle modalità di definizione del predetto incentivo (art. 45).

Precisamente, il comma 8 dell'art. 45, citato, dispone che "Le amministrazioni e gli enti che costituiscono o si avvalgono di una centrale di committenza possono destinare, anche su richiesta di quest'ultima, le risorse finanziarie di cui al comma 2 o parte di esse ai dipendenti di tale centrale in relazione alle funzioni tecniche svolte. Le somme così destinate non possono comunque eccedere il 25 per cento dell'incentivo di cui al comma 2".

Il Collegio osserva *in primis* che il tenore letterale del nuovo art. 45, comma 8, innova rispetto alle precedenti previsioni dei commi 2 e 5 dell'art. 113 del previgente codice dei contratti pubblici nel solco tracciato dalla giurisprudenza contabile, essendo attratte al prefato limite percentuale del 25% le attività tecniche indicate nell'allegato I.10 in relazione alle funzioni tecniche svolte dai dipendenti della centrale di committenza.

## **3. Il riparto "generale" degli incentivi**

Per il collegio la disciplina declinata nell'art. 45 del codice ora è molto chiara visto che precisa che l'80% del 2% (da calcolare sulla base di affidamento) è destinata ad alimentare gli incentivi (comma 3) "mentre il restante 20%, previsto dal comma 5, è destinato ai fini di cui ai commi 6 e 7, escluse (nda come detto) le risorse che derivano da finanziamenti europei o da altri finanziamenti a destinazione vincolata".

Al netto/eccezione quindi delle risorse citate, la destinazione di cui al comma 6 si riferisce all'acquisto di beni e tecnologie funzionali a progetti di innovazione. In particolare, quella ex comma 7 è finalizzata alle attività di formazione per l'incremento delle competenze digitali dei dipendenti nella realizzazione degli interventi, alla specializzazione del personale che svolge funzioni tecniche e alla copertura degli oneri di assicurazione obbligatoria del personale.

Sulla base di queste previsioni, secondo la sezione non si rinvengono elementi dal dato letterale che possano orientare l'interprete verso una lettura del combinato disposto di cui ai commi 2, 5 e 8 dell'art. 45, citato, in senso restrittivo.

Più precisamente, per come è costruito il comma 8, "appare al Collegio priva di alcuna ragione giustificativa un'opzione ermeneutica che tenda univocamente ad escludere dalla base di calcolo del 2% la componente del 20% ai fini del computo delle risorse da destinare al personale della centrale di committenza, fissate complessivamente dal legislatore nella sola misura massima del 25% del già menzionato 2% (anch'esso tetto massimo) riportato nel comma 2, purché vengano rispettate le finalità poste da tale norma".

In caso di ricorso alla centrale di committenza (o comunque in caso di delega dell'appalto) per le procedure di affidamento, la quota parte da riconoscere alla medesima risulta quindi quella del 25% indicato dall'art. 45, comma 8 del d.lgs. n. 36/2023, da calcolare sull'importo di cui al 2 comma dell'art. 45 che, come precisato, va preordinato al duplice scopo di destinare le risorse finanziarie alle "funzioni tecniche svolte dai dipendenti specificate nell'allegato I.10 e per le finalità indicate al comma 5". Il che significa che il calcolo attinge dal 2% del valore dei lavori, servizi e forniture posto a base delle procedure di affidamento, nelle due componenti dell'80%, da destinare agli incentivi in favore del personale per le funzioni tecniche svolte (comma 3), e del 20%, che la Centrale è chiamata a destinare ai fini specificati nei su illustrati commi 6 e 7 dello stesso art. 45 (cfr. anche il parere MIT - Servizio contratti pubblici del 3 giugno 2024 e lo schema di "Disciplina per la corresponsione degli incentivi alle funzioni tecniche previsti dall'art. 45 del d.lgs. n. 36/2023" a cura della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome, datato 19 ottobre 2023).

Tale ripartizione consente, in questo modo, di assicurare il rispetto della finalità del comma 5 anche ad opera della Centrale di Committenza/stazione appaltante delegata alle attività di affidamento. Finalità che dal canto suo l'Amministrazione è in ogni caso tenuta a garantire in riferimento al restante 75%, di cui quota parte, pari al 20%, deve essere pertanto destinato "ai fini di cui ai commi 6 e 7".

In altri termini conclude la sezione, "il 20% del 25% delle risorse di spettanza della centrale di committenza, equivalente al 5%, cumulandosi con il 20% del 75% rimanente in capo all'Ente, pari al 15%, totalizza il 20% richiamato dal 2 comma dell'art. 45, la cui finalizzazione in ossequio ai successivi commi 6 e 7, permette di non tradire la volontà del legislatore, come indicata al comma 5 dell'art. 45 e meglio esplicitata nei successivi commi 6 e 7".

---

# Incentivi ed accordo quadro

---

## 1. I quesiti

Nel caso di specie, la stazione appaltante pone due quesiti. Il primo in relazione alla stipula/adesione di un accordo quadro e, pertanto, le modalità di calcolo degli incentivi ovvero se gli stessi devono basarsi sull'importo della convenzione o sull'importo dei singoli ordini.

Più precisamente con il quesito si chiede se "nel caso di adesione a convenzione CONSIP (...) e in altri casi con medesimi presupposti in cui l'Ente non ha esperito una procedura di gara ma ha aderito direttamente ad una delle convenzioni di CONSIP, sia corretto considerare come base di gara, sulla quale calcolare gli incentivi alle funzioni tecniche [...], l'importo totale di affidamento al netto di iva così come riportato nell'ordine/contratto di adesione e pertanto già al netto del ribasso offerto oppure se, per il calcolo dell'incentivo delle funzioni tecniche, l'importo da prendere in considerazione, quale base della procedura di affidamento, sia quello dell'ordinativo di adesione ricalcolato al lordo del ribasso offerto dall'aggiudicatario nella gara CONSIP".

## 2. Gli incentivi e l'accordo quadro

Nel caso di accordo quadro, spiega la sezione il calcolo dell'incentivo delle funzioni tecniche, avviene considerando la base dell'importo **di ogni singolo contratto applicativo** senza prendere a riferimento l'importo massimo dell'accordo ma solo, appunto, l'importo dei lavori, servizi e forniture effettivamente ordinati. I relativi incentivi dovranno essere individuati nel quadro economico di ogni singolo contratto applicativo.

Tale orientamento, coniugato altresì con l'applicazione di alcuni principi cardine della materia, quali semplificazione, razionalizzazione e contenimento della spesa, conducono a ritenere corretto il calcolo dell'incentivo sulla base "dell'importo totale di affidamento al netto di iva così come riportato nell'ordine/contratto di adesione e pertanto già al netto del ribasso offerto" e non già "l'importo dell'ordinativo di adesione ricalcolato al lordo del ribasso offerto dall'aggiudicatario nella gara Consip" (ciò, anche perché tutta la fase di gara non viene gestita dall'amministrazione che procede ad effettuare l'ordine e pertanto non avrebbe senso che i dipendenti beneficiassero di un incentivo che deriverebbe da attività di altri soggetti).

### **3. Le funzioni incentivabili**

Con il secondo quesito la stazione appaltante cerca di capire se gli incentivi – piuttosto che non essere erogare e confluire in economia – possono essere destinati per alcune attività non espressamente richiamate nell'allegato I.10.

Più nel dettaglio, si chiede, in riferimento alle medesime fattispecie di adesione a convenzione CONSIP, "se il regolamento dell'Ente può destinare una quota di incentivazione – in misura ragionevolmente contenuta – alla fase di affidamento in relazione all'attività amministrativa di competenza della stazione appaltante (predisposizione ordinativo di adesione) piuttosto che radicalmente destinarla a economia".

Ovviamente il collegio esclude questa possibilità ribadendo che, soprattutto oggi, le attività incentivabili sono chiaramente esplicitate nell'allegato I.10 e detto elenco è tassativo.

In particolare, l'elenco richiama le attività sottoriportate:

- programmazione della spesa per investimenti;
- responsabile unico del progetto;
- collaborazione all'attività del responsabile unico del progetto (responsabili e addetti alla gestione tecnico-amministrativa dell'intervento);
- redazione del documento di fattibilità delle alternative progettuali;
- redazione del progetto di fattibilità tecnica ed economica;
- redazione del progetto esecutivo;
- coordinamento per la sicurezza in fase di progettazione;
- verifica del progetto ai fini della sua validazione;
- predisposizione dei documenti di gara;
- direzione dei lavori;
- ufficio di direzione dei lavori (direttore/i operativo/i, ispettore/i di cantiere);
- coordinamento per la sicurezza in fase di esecuzione;
- direzione dell'esecuzione;
- collaboratori del direttore dell'esecuzione;
- coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione;
- collaudo tecnico-amministrativo;
- regolare esecuzione;
- verifica di conformità;
- collaudo statico (ove necessario).

Per effetto di quanto è da escludere l'incentivabilità di funzioni o attività diverse da quelle considerate nell'art.45, comma 2, del D. Lgs. n. 36/2023 il cui elenco è da considerarsi tassativo, di stretta interpretazione e, pertanto, non suscettibile di estensione analogica.

A tal riguardo la sezione richiama l'omologo orientamento che si era espresso sull'articolo 113 del pregresso codice ovvero: Sezione delle Autonomie, del. n. 18/SEZAUT/2016/QMIG; SRC Puglia, del. n. 204/2016/PAR; SRC Veneto, del. n. 134/2017/PAR e del. n. 121/2020/PAR.