

**dicembre**  
**2024**

# MEDIA APPALTI

---

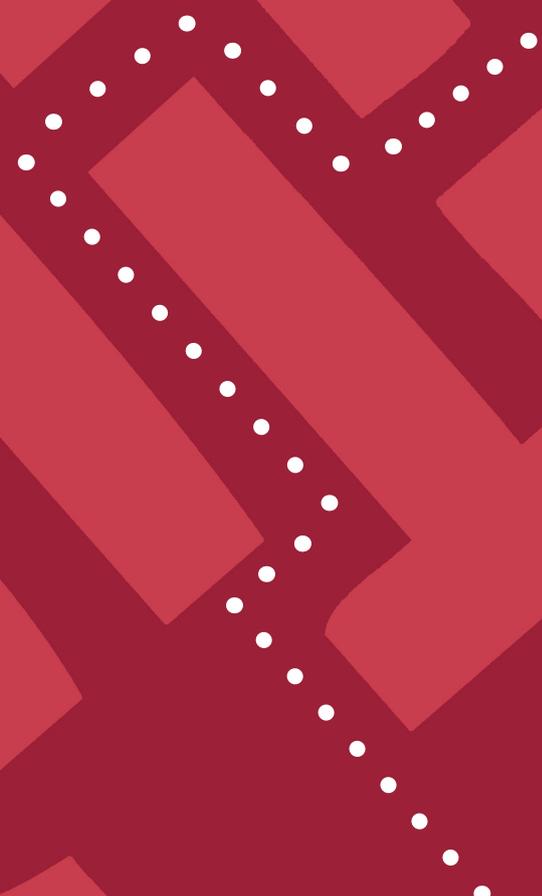
**Le occasioni  
per le MPMI nello  
schema di correttivo  
al Codice dei Contratti**

---

**La questione dei  
contratti collettivi (da  
applicare al personale  
dell'appaltatore) nel  
decreto correttivo  
(prima lettura)**

---

**Bozza decreto correttivo:  
le possibili modifiche  
al Collegio Consultivo  
Tecnico. Organo direttivo  
o strumento alternativo  
per risolvere possibili  
contenziosi?**



**“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**

**dicembre  
2024**

# Inclusione

Affermando che "l'Italia è una Repubblica fondata sul lavoro", l'articolo uno della nostra Costituzione, assurge lo Stato al fondamentale ruolo di garante di quel diritto al lavoro che ritroviamo sancito nell'articolo quattro. Il riferimento al lavoro nel primo articolo esprime la volontà dell'Assemblea Costituente di mettere come assoluta priorità dell'azione del Governo e della politica la realizzazione della persona. Un lavoro permette di ottenere un salario, ma non è questo il solo scopo sociale di un'occupazione. "Il lavoro nobilita l'uomo".

La celebre frase attribuita a Charles Darwin può essere spiegata con il fatto che il lavoro eleva, migliora lo spirito umano, lo investe di una dignità che altrimenti resterebbe oppressa nella noia di giornate senza scopo, nell'anonimato di un nome che nessuno cerca. Darwin, padre dell'evoluzionismo, ha probabilmente visto nel lavoro una sorta di fattore che permette all'uomo di crescere, di passare da uno stato di presenza passiva nel mondo a uno di esistenza attiva.

L'individuo attraverso il lavoro prende coscienza delle proprie capacità, comprende di potersi impegnare in attività che producono benefici per sé stesso e per la società. In tale ottica, un lavoro ci fa sentire inseriti nella comunità, rendendoci consapevoli del ruolo che in essa abbiamo.

Sapere di avere una posizione in un determinato contesto contribuisce alla formazione della propria autostima che a sua volta è elemento essenziale per raggiungere il proprio stato di benessere. Dire dunque che l'Italia è fondata sul lavoro, vuol dire che le sue fondamenta affondano nella promozione del benessere dei cittadini sia sul versante reddituale sia su quello sociale e psicologico.

Questo encomiabile compito di cui lo Stato si autoinveste deve ovviamente soddisfare il principio dell'universalità. Deve essere assolto a favore di tutti i cittadini "senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali", come enunciato dall'articolo tre della Costituzione.

Sulla Carta non si fa specifico riferimento ad una determinata categoria di persone che riteniamo possa essere individuata nel punto in cui si parla di condizioni personali: i cittadini diversamente abili.

“L’inserimento lavorativo delle persone con disabilità è fondamentale perché permette di riconoscere la dignità di ogni persona, aumentare l’autostima, promuovere l’arricchimento personale e rappresenta uno dei passaggi fondamentali nel processo generale di inclusione sociale”. Queste parole sono tratte da un articolo pubblicato sul sito internet cliclavoro che fa capo al Ministero del Lavoro e delle Pari Opportunità.

Di inclusione lavorativa dei diversamente abili si discute anche in ambito di appalti pubblici. Lo scorso due ottobre, in occasione del question time presso la Camera dei Deputati, era stato l’onorevole Alessandro Colucci a chiedere a Matteo Salvini, in qualità di Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti, quali sono le iniziative che il Governo intende mettere in atto per “promuovere nel settore degli appalti pubblici l’inserimento lavorativo delle persone con disabilità o cosiddette svantaggiate, in relazione all’eventuale provvedimento correttivo del codice dei contratti”.

Nella risposta del titolare del Dicastero di piazzale di Porta Pia, il riferimento all’allegato II.3 del Codice degli appalti: l’articolo quattro prevede che le stazioni appaltanti possano inserire come requisiti premiali criteri orientati all’inclusione lavorativa delle persone disabili; l’articolo cinque prevede ulteriori premialità all’offerente o al candidato che assuma oltre la soglia minima percentuale una lista di categorie da tutelare tra le quali proprio le persone disabili.

“L’inserimento lavorativo delle persone con disabilità anche negli appalti pubblici è un obiettivo primario, per quello che mi riguarda, economicamente e socialmente”, ha detto Salvini rispondendo a l’On. Colucci.

Il 03 dicembre si è celebrata la Giornata Internazionale delle Persone con Disabilità, istituita dall’ONU nel 1992. In occasione dell’edizione del 2024, la riflessione

dell’Associazione “Casa al Plurale” che per mano del presidente Luigi Vittorio Berliri esamina come la società reagisce nei confronti delle diversità: rifiuto, pietà, meraviglia.

Soffermandosi su quest’ultimo aspetto Berliri afferma che “una società che sceglie la meraviglia non lascia indietro nessuno, ma mette al centro i più fragili, facendo di loro una priorità non solo morale, ma anche politica e di bilancio”.

Il tema che le Nazioni Unite hanno scelto per questa edizione della Giornata Internazionale delle Persone con Disabilità è “amplificare la leadership delle persone con disabilità per un futuro inclusivo e sostenibile”.

Berliri mette al centro delle attenzioni sociali i fragili, le Nazioni Unite aspirano a fare di queste persone dei leader. In entrambi i casi le persone con disabilità sono collocate in una posizione che le rende protagoniste della società, finalmente in grado di essere considerate per quello che valgono e non per quello che sono.

Oggi, parlando di inclusività negli appalti pubblici, e in ogni altro ambito del mondo del lavoro, si ricorre ancora ai meccanismi degli incentivi: si riconosce la bontà di chi arruola un diversamente abile e lo si premia.

Quando questi automatismi saranno stati superati, quando si smetterà di considerare il disabile come una tripla da giocare per assicurarsi agevolazioni e sgravi fiscali, assumendolo invece per l’arricchimento che può offrire ad una organizzazione imprenditoriale, come persona e come professionista, e accettando che possa avere un ritmo diverso dai canonici 1000 beat che la modernità pretende dalle nostre giornate, solo allora, l’inclusione sarà reale.

## sommario

### Editoriale

Inclusione

4

### In evidenza

Le occasioni per le MPMI nello schema di correttivo al Codice

7

### Sotto la lente

La questione dei contratti collettivi (da applicare al personale dell'appaltatore) nel decreto correttivo del codice dei contratti (prima lettura)

11

### Il Punto

Equo compenso nel settore delle pubbliche commesse: legittimazione ad agire degli enti esponenziali 'territoriali' e ribassabilità (o meno) dei 'costi' professionali (in vista del 'correttivo')

18

#### Hanno collaborato a questo numero:

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

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

**dott. Andrea Nanni**  
Ufficio appalti e contratti Regione Emilia-Romagna - Settore Patrimonio, Logistica, Sicurezza e Approvvigionamenti

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

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

**Avv. Niccolò Grassi**  
Avvocato esperto in diritto amministrativo con particolare riferimento alla contrattualistica pubblica

**Avv. Giuseppe Totino**  
Esperto in appalti pubblici

**Dott.ssa Barbara Carducci**  
Responsabile Ufficio Legale Roma Metropolitana

**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

Selezione degli operatori da invitare nelle procedure negoziate

24

La Corte di Giustizia sulla riduzione della originaria compagine del RTI all'atto dell'estensione della validità temporale della offerta nel vigore del d.lgs. n. 163/2006.

29

Legge 14 novembre 2024 n.166: concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali per l'esercizio di attività turistico-ricreative e sportive - nuove disposizioni per affidamento con procedure di evidenza pubblica - proroghe al 30 settembre 2027

36

Il regime della qualificazione delle stazioni appaltanti nel nuovo codice

42

Bozza di decreto correttivo al Codice dei Contratti: le possibili modifiche al Collegio Consultivo Tecnico. Organo direttivo o strumento alternativo per risolvere possibili contenziosi?

49

### Pareri & Sentenze

56

### A Domanda Rispondiamo

62

### In pillole

66

### Osservatorio sulla Corte dei Conti

# Le occasioni per le MPMI nello schema di correttivo al Codice

di Niccolò Grassi

IN  
EVIDENZA

## 1. Il rapporto tra PMI e Codice degli appalti

La disciplina degli appalti pubblici si è costantemente evoluta per promuovere una maggiore inclusione delle piccole e medie imprese (PMI) nel mercato delle gare pubbliche, riconoscendo in esse un pilastro essenziale dell'economia nazionale e comunitaria. Tale principio trova puntuale riconoscimento nell'art. 3 del D. Lgs. n. 36/2023, che impone alle stazioni appaltanti e agli enti concedenti di favorire l'accesso al mercato degli operatori economici garantendo il rispetto dei principi di concorrenza, imparzialità, non discriminazione, pubblicità, trasparenza e proporzionalità.

La declinazione sostanziale di tale principio generale può essere ricercata in diversi strumenti previsti dal Codice dei Contratti Pubblici a vantaggio della partecipazione delle PMI alle procedure di affidamento, tra cui rientrano la suddivisione in lotti (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 23 novembre 2023, n. 10057) e il subappalto; si tratta, quindi, di strumenti che mirano a ridurre le barriere di accesso per le PMI, consentendo loro di competere nel complesso settore della contrattualistica pubblica.

In questa prospettiva si colloca anche l'art. 10 del Codice dei Contratti Pubblici, che consente l'introduzione di requisiti speciali, di natura economico-finanziaria e tecnico-professionale, purché siano attinenti e proporzionati all'oggetto del contratto.

L'obiettivo è chiaro: bilanciare l'interesse pubblico a una qualificazione adeguata dei concorrenti con quello, altrettanto rilevante, di favorire l'accesso al mercato delle PMI.

Questo equilibrio è reso esplicito dalla necessità di tenere conto del "più ampio numero di potenziali concorrenti" e di promuovere la crescita delle PMI, purché compatibile con le prestazioni richieste e con l'esigenza di realizzare economie di scala funzionali alla riduzione della spesa pubblica.

**Le disposizioni in tema di suddivisione in lotti non mirano a costituire "un obbligo assoluto e inderogabile di suddivisione in lotti, bensì un favor per tale suddivisione, anch'essa – come già posto in risalto – a beneficio delle MPMI"**

Analizzando i contenuti dello schema di correttivo al Codice dei Contratti Pubblici, emerge con chiarezza l'impegno del Legislatore nel rafforzare gli strumenti di incentivazione e tutela delle micro, piccole e medie imprese (MPMI). La partecipazione di queste ultime al mercato degli appalti pubblici viene riconosciuta non solo come un obiettivo da perseguire, ma come un pilastro fondamentale per garantire l'efficienza, l'equità e la sostenibilità del sistema dei contratti pubblici.

Le modifiche introdotte dal correttivo si concentrano, quindi, sull'ampliamento delle opportunità per le PMI, intervenendo su diversi aspetti critici che fino ad oggi ne hanno limitato l'accesso. Tra questi figurano: la difficoltà di competere con grandi operatori economici, i vincoli tecnici e lavoristici imposti dai bandi di gara e, non da ultimo, le barriere di natura economico-finanziaria che ostacolano l'accesso al mercato del credito. Alla luce di queste problematiche, il Legislatore ha inteso introdurre misure mirate e trasversali, volte a favorire la partecipazione delle PMI non solo nella fase di gara, ma anche in quella esecutiva, valorizzando il loro contributo al sistema degli appalti pubblici.

In questo contesto, il presente contributo si propone di analizzare nel dettaglio le principali novità normative apportate dallo schema di correttivo, con particolare riferimento al loro impatto sull'effettiva partecipazione delle PMI e tenendo in considerazione che, come precisato dallo stesso Legislatore, queste ultime *“sono state introdotte delle modifiche trasversali volte a valorizzare e promuovere il ruolo delle micro, piccole e medie imprese, nella consapevolezza che sono proprio tali operatori a costituire la trama portante del mercato dei contratti pubblici italiano”*.

## 2. I nuovi appalti riservati

Tra le modifiche maggiormente impattanti per la posizione delle PMI si rinvergono, di certo, quelle proposte all'articolo 61 del Codice dei Contratti Pubblici e finalizzate a rafforzare le opportunità di partecipazione agli appalti pubblici per le PMI impegnate in attività di integrazione sociale e professionale delle persone con disabilità o svantaggiate.

In dettaglio, viene prevista l'introduzione del comma 2-bis nell'articolo 61 in forza del quale le Stazioni Appaltanti e gli Enti concedenti avranno la facoltà di riservare il diritto di partecipazione alle procedure di

appalto e di concessione a piccole e medie imprese per gli affidamenti di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea. Uniche eccezioni previste a tale semplificazione riguarderanno solo quei casi in cui si riscontri un interesse transfrontaliero certo, e solo tenendo conto dell'oggetto e delle caratteristiche delle prestazioni da acquisire, nonché del mercato di riferimento.

Questa previsione normativa si configura come una risposta concreta alle difficoltà che le PMI incontrano nell'accedere a contratti di dimensioni maggiori, permettendo loro di competere su una base più equa e favorendo la diversificazione dell'offerta nei settori degli appalti pubblici.

In tal modo, si intende promuovere la crescita delle PMI, favorendo non solo la loro partecipazione ma anche il loro sviluppo all'interno di un mercato pubblico che spesso vede prevalere grandi imprese in grado di affrontare progetti più complessi e costosi.

**“Per gli affidamenti di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 14, ad eccezione dei casi di cui all'articolo 48, comma 2, tenuto conto dell'oggetto e delle caratteristiche delle prestazioni o del mercato di riferimento, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti possono riservare il diritto di partecipazione alle procedure di appalto e a quelle di concessione o possono riservarne l'esecuzione a piccole e medie imprese”**

Oltre a questa novità, sempre con riferimento all'art. 61 in commenti, viene prevista l'abrogazione dei commi 4 e 5 con l'obiettivo di riorganizzare le disposizioni normative che disciplinano le politiche di inclusione sociale e pari opportunità. I commi precedenti facevano riferimento all'Allegato II.3 del Codice dei Contratti Pubblici, che prevedeva l'introduzione di meccanismi e strumenti premiali per incentivare la parità di genere e l'inclusione lavorativa delle persone con disabilità.

L'abrogazione di tali commi e il conseguente trasferimento di queste disposizioni all'articolo 57, che regola le clausole sociali, consentiranno una maggiore coerenza nell'applicazione delle politiche sociali legate agli appalti. In particolare, tale modifica evita la sovrapposizione di obblighi e oneri che non sarebbero compatibili con la missione statutaria di consorzi o cooperative sociali il cui obiettivo principale è l'integrazione professionale delle persone disabili

o svantaggiate. In questo modo, il sistema diventa più fluido e meno gravoso per quelle realtà che si occupano della inclusione sociale, limitando il rischio di complicazioni burocratiche e procedurali che potrebbero ostacolare il loro intervento.

La razionalizzazione delle normative relative alle pari opportunità generazionali e di genere e all'inclusione sociale è quindi il cuore di questa modifica, che mira a evitare oneri di partecipazione alle gare che non siano strettamente legati agli scopi statutari delle cooperative e consorzi sociali.

Con l'abrogazione dei commi 4 e 5, si elimina un potenziale conflitto tra le finalità generali di inclusione sociale e le necessità operative delle PMI, consentendo una gestione più efficace delle risorse e degli strumenti premiali. Allo stesso tempo, si pone l'accento sulla necessità di garantire che le PMI abbiano un accesso agevolato agli appalti pubblici, in modo da favorire un contesto più competitivo e inclusivo, che rispetti il principio di proporzionalità tra le dimensioni dell'impresa e le prestazioni richieste.

### 3. La disciplina del subappalto

Per favorire la partecipazione delle piccole e medie imprese (PMI) alle procedure di affidamento, un secondo ambito di intervento significativo introdotto dal Legislatore riguarda le modalità di gestione del subappalto, con particolare riferimento alle disposizioni volte a favorire la partecipazione delle piccole e medie imprese (PMI). L'obiettivo di tali modifiche è duplice: da un lato, incentivare il coinvolgimento delle PMI nelle procedure di affidamento; dall'altro, valorizzare il loro ruolo nella fase di esecuzione materiale dei contratti pubblici.

Tra le principali innovazioni proposte si segnala l'introduzione di una "riserva" obbligatoria a favore delle PMI, prevista al comma 2 dell'articolo 119 del Codice dei Contratti Pubblici. La norma impone agli operatori economici l'obbligo di riservare almeno il 20% delle prestazioni subappaltabili alle PMI.

Tale previsione mira a rafforzare la partecipazione delle piccole imprese anche nella fase esecutiva, riducendo le asimmetrie competitive con i grandi operatori economici. Non si tratta, tuttavia, di un ritorno a un limite generalizzato al ricorso al subappalto, come

quello previsto dal D.Lgs. n. 50/2016, che limitava il subappalto al 30% dell'importo del contratto. Quel limite è stato infatti eliminato dal decreto-legge n. 77/2021 a seguito della sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (Causa C-63/18), che lo aveva dichiarato sproporzionato rispetto agli obiettivi perseguiti, in particolare il contrasto alla criminalità organizzata.

La nuova disciplina, invece, si concentra sul promuovere le PMI, introducendo un vincolo mirato e proporzionato, lasciando intatta la libertà degli appaltatori di ricorrere al subappalto in maniera liberalizzata oltre tale soglia.

**“I contratti di subappalto sono stipulati, in misura non inferiore al 20 per cento delle prestazioni subappaltabili, con piccole e medie imprese”**

Va sottolineato che l'onere del 20% non ha carattere assoluto. In situazioni particolari, laddove il rispetto di tale soglia risulti oggettivamente impossibile, gli operatori economici possono richiedere una deroga.

Questa possibilità, anziché essere demandata alle stazioni appaltanti, è lasciata direttamente agli appaltatori, che devono motivare nella propria offerta le ragioni per cui non è possibile rispettare la soglia minima, tenendo conto dell'oggetto del contratto, delle caratteristiche delle prestazioni o delle condizioni del mercato di riferimento.

Tale deroga consente quindi una maggiore flessibilità operativa, garantendo al contempo che il vincolo del 20% sia applicato laddove possibile senza compromettere la fattibilità del contratto.

Il nuovo quadro normativo configura una svolta rilevante nel mercato degli appalti pubblici, in cui il Legislatore cerca di bilanciare la necessità di competitività e qualità delle prestazioni con i principi di inclusività e sostenibilità economica e sociale. La riserva a favore delle PMI rappresenta non solo uno strumento di apertura del mercato, ma anche un importante incentivo per la loro crescita e sviluppo, assicurando che tali imprese possano svolgere un ruolo attivo e rilevante nel sistema degli appalti pubblici.

Questa riforma non si limita quindi a rispondere alle necessità del mercato, ma promuove un approccio più equilibrato e inclusivo, valorizzando il contributo delle PMI come elemento fondamentale del tessuto economico nazionale.

#### 4. L'incentivazione delle forme di premialità

Il tema dell'accesso delle MPMI al mercato dei contratti pubblici è stato oggetto di attenzione fin dalla prima adozione del Codice dei Contratti Pubblici, con l'intento di favorire la partecipazione di questi operatori alle procedure di gara. L'articolo 108, comma 7, ha introdotto la possibilità di prevedere criteri premiali nei bandi di gara, destinati proprio a favorire le MPMI.

Ebbene, si tratta di criteri valorizzati anche in sede di relazione illustrativa al correttivo al Codice dei Contratti Pubblici ove è stato ricordato che la menzionata disposizione consente che il bando di gara preveda criteri premiali a favore delle PMI e che tali criteri valorizzino il principio della "territorialità" per quei contratti che dipendono dal requisito della prossimità per la loro esecuzione.

Tali criteri, oltre a promuovere una maggiore competitività delle piccole imprese, valorizzano il principio della territorialità, riconoscendo la rilevanza della prossimità territoriale per l'efficiente gestione di specifici contratti pubblici. Questa disposizione testimonia un chiaro impegno del Legislatore a incentivare il pluralismo e a tutelare le imprese locali nel mercato degli appalti.

La centralità di questa tematica è stata confermata anche alla luce dei dati raccolti durante la consultazione pubblica, che hanno evidenziato le criticità strutturali affrontate dalle PMI. Tra queste emergono, da un lato, la difficoltà di presentare offerte competitive rispetto a grandi consorzi o operatori di maggiori dimensioni, dotati di superiori requisiti tecnico-organizzativi, e, dall'altro, i vincoli lavoristici imposti dall'articolo 11 del Codice dei Contratti Pubblici – che prevede l'individuazione di un unico CCNL nel bando di gara – nonché le limitazioni di accesso al mercato del credito.

Nell'ottica di rispondere a tali difficoltà, il Legislatore, con il correttivo, non solo ha introdotto nuove misure di supporto, ma ha anche richiamato e valorizzato il contenuto dell'articolo 108, comma 7, riconoscendone il ruolo strategico per favorire la partecipazione delle PMI alle gare pubbliche.

Accanto a questo, sono stati implementati strumenti trasversali, come le modifiche alla disciplina dei consorzi e delle tutele lavoristiche, volti a garantire una maggiore inclusione delle PMI.

Questi interventi rappresentano un passo significativo verso un sistema di appalti più inclusivo, che non solo facilita l'accesso delle PMI al mercato, ma contribuisce a un riequilibrio competitivo e a una distribuzione più equa delle opportunità economiche.

#### 5. Conclusioni

In conclusione, lo schema di correttivo al Codice dei Contratti Pubblici rappresenta un passo significativo verso un sistema di appalti più inclusivo e attento alle esigenze delle MPMI. Le modifiche introdotte, che spaziano dalla promozione degli appalti riservati alla valorizzazione del subappalto come strumento di partecipazione delle PMI, riflettono la volontà del Legislatore di affrontare le principali criticità evidenziate da questi operatori, come l'accesso limitato al mercato, le difficoltà di competere con grandi consorzi e i vincoli legati alle tutele lavoristiche e al credito.

Particolarmente rilevante è stato il richiamo e la valorizzazione dell'articolo 108, comma 7, che introduce criteri premiali volti a promuovere il pluralismo degli operatori economici e a incentivare la partecipazione delle PMI, con un'attenzione specifica al principio della territorialità per quei contratti che richiedono prossimità nella loro esecuzione.

Tale disposizione si inserisce in un quadro di interventi mirati, tra cui il rafforzamento della suddivisione in lotti, ora chiarita in termini di maggiore flessibilità, e l'introduzione di una soglia minima del 20% per il subappalto a PMI, che rappresenta un incentivo concreto per garantire loro un ruolo più centrale anche nella fase di esecuzione dei contratti.

Queste innovazioni normative, combinate con una razionalizzazione delle politiche sociali e una semplificazione degli oneri procedurali, delineano un sistema più equilibrato e competitivo. La strada intrapresa mira non solo a favorire l'inclusione delle PMI, ma anche a promuovere la sostenibilità economica e sociale degli appalti pubblici, dimostrando come tali operatori costituiscano il cuore pulsante del mercato nazionale.

L'impatto delle modifiche proposte dipenderà, tuttavia, dalla loro effettiva implementazione e dalla capacità degli operatori economici e delle stazioni appaltanti di adattarsi a un quadro normativo in evoluzione, volto a coniugare concorrenza, qualità e inclusione.

# La questione dei contratti collettivi (da applicare al personale dell'appaltatore) nel decreto correttivo del codice dei contratti (prima lettura)

di Stefano Usai

SOTTO  
LA  
LENTE

## Premessa

L'articolo 1, del decreto correttivo di modifica del codice dei contratti apporta – e si pone come una delle disposizioni di maggior rilievo (nonostante il parere del Consiglio di Stato che ne ha richiesto degli adeguamenti)- adeguamenti all'articolo 11 in tema di contratti collettivi **con introduzione di un nuovo allegato (I.01) che dovrebbe guidare il RUP nella non facile valutazione sulle equivalenze di trattamenti normativi ed economici nel caso in cui l'operatore economico proponga l'applicazione (al proprio personale) di un contratto collettivo diverso da quello indicato dal RUP nella legge di gara.** In questo senso i commi 2 e 3 dell'articolo citato.

## 1. La previsione del decreto correttivo

L'articolo 1 del decreto correttivo ("bollinato") prevede, in sintesi, l'inserimento ai commi 2 e 4 del riferimento, appunto, all'allegato I.01.

L'allegato in argomento (rubricato "Contratti collettivi") ha un obiettivo di grande rilievo ovvero introdurre una disciplina dei criteri e delle modalità tali da consentire al RUP di individuare, nel suo compito istruttorio e decisorio, con certezza – i contratti collettivi nazionali/territoriali applicabili al personale coinvolto nell'esecuzione delle prestazioni.

Come detto, ai sensi del comma 2 dell'articolo 11 si dispone un compito inedito, per il RUP, rispetto al pregresso codice ed in specie che

“Nei bandi e negli inviti le stazioni appaltanti e gli enti concedenti indicano il contratto collettivo applicabile al personale dipendente impiegato nell'appalto o nella concessione”.

È noto che nel pregresso regime non era consentito che la stazione appaltante “imponesse/esigesse” l'applicazione di uno specifico contratto.

Gli estensori, invece, si sono soffermati sulla necessità che gli operatori economici applichino contratti adeguati e rispettino i trattamenti economici/normativi al proprio personale.

Entrando nel dettaglio del contenuto dell'allegato è bene annotare che all'art. 2 dell'allegato contiene – commi 1 e 2 - si innestano importanti indicazioni per il RUP secondo cui il contratto collettivo deve essere individuato (nella fase di predisposizione della legge di gara) **“previa valutazione della stretta connessione dell'ambito di applicazione del contratto collettivo rispetto alle prestazioni oggetto dell'appalto o della concessione, da eseguire anche in maniera prevalente”**.

Con il secondo comma si chiarisce che il RUP non può esigere l'applicazione di un contratto collettivo a pena di esclusione.

La sottolineatura – tutt'altro che banale - appare necessaria visto che il RUP, nella difficoltà di individuare ipotesi alternative - potrebbe essere indotto a rendere più semplice il proprio lavoro creando, in pratica, una nuova causa di esclusione.

L'allegato chiarisce che il contratto collettivo, evidenzia il comma 3, deve essere individuato dal RUP sulla base di due criteri:

- 1) sulla base delle attività da eseguire, identificando il rispettivo codice ATECO, secondo la classificazione delle attività economiche adottata dall'ISTAT, eventualmente anche in raffronto con il codice per gli appalti pubblici (CPV) indicato nel bando o nell'invito. L'ambito di applicazione del contratto collettivo di lavoro da indicare nel bando o nell'invito

è individuato in relazione ai sottosettori con cui sono stati classificati i contratti collettivi nazionali depositati nell' Archivio nazionale dei contratti e degli accordi collettivi di lavoro istituito presso il Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro;

- 2) tenendo conto della *“maggiore rappresentatività comparata delle associazioni sindacali e delle associazioni datoriali firmatarie, secondo quanto indicato al comma 4.”*

**Il comma 4, appena richiamato – che riguarda la determinazione del costo del lavoro – ai fini del comma 3 chiarisce in che modo si possono individuare (e si tratta di un compito del RUP) le “associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale di cui all'articolo 11, comma 1”.**

Si spiega, in sintesi, che il RUP può/deve tener conto del/della:

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

## 2. La questione dell'equivalenza

L'articolo 4, comma 2 dell'allegato indica quali riferimenti il RUP deve verificare per certificare – analizzando la dichiarazione di equivalenza presentata dall'operatore economico – la possibilità di ammettere un operatore che propone un contratto diverso da quello indicato nella legge di gara.

In particolare, il comma richiamato precisa che “La valutazione di equivalenza economica dei contratti è effettuata in relazione alle componenti fisse della retribuzione globale annua, costituite dalle seguenti voci:

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

La verifica sulle equivalenze, lo si ripete, rappresenta una delle operazioni di maggior delicatezza del RUP.

Da notare che i parametri richiamati sono già indicati nella circolare INAIL 2/2020 richiamata anche dall'ANAC nella relazione al bando tipo n. 1/2023 (relativo agli appalti di forniture e servizi in ambito sopra soglia che le stazioni appaltanti hanno l'obbligo di applicare ai sensi dell'articolo 83 del codice dei contratti).

**“ La necessità di chiarire gli aspetti/ problematiche sui contratti collettivi dovrebbe indurre ad una maggiore attenzione nel momento della nomina della commissione di gara ”**

Da notare che il comma 4, dell'articolo 4 dell'allegato chiarisce che il RUP “può ritenere sussistente l'equivalenza delle tutele quando il valore economico complessivo delle componenti fisse della retribuzione globale annua di cui al comma 2 risulta almeno pari a quello del contratto collettivo di lavoro indicato nel bando di gara o nell'invito”. Occorre evidenziare che anche nel parere del Consiglio di Stato n. 1427/2024 si sia affermata l'eccessiva genericità di questo riferimento.

La dichiarazione di equivalenza, compete al RUP, si presta, evidentemente, a censure da parte dei vari concorrenti e, in caso negativo, dello stesso soggetto interessato (che verrebbe escluso dalla competizione).

Si ritiene, quindi, che il RUP nella valutazione in parola possa (e debba) avvalersi anche dell'ausilio dell'ufficio di supporto (ove costituito) e, preventivamente, individuare specifiche

professionalità (anche esterne alla stazione appaltante se all'interno, come immaginabile, non è dato individuare professionalità adeguate. La necessità di chiarire gli aspetti dei contratti collettivi, anzi, dovrebbe indurre ad una maggiore attenzione nel momento della nomina della commissione di gara (introducendo nel collegio anche una figura esperta in materia ovviamente se ciò è necessario per la tipologia dell'appalto).

### 3. La questione dell'equivalenza normativa

Anche in relazione alla necessità di assicurare le stesse tutele normative (dell'eventuale contrasto proposto dall'operatore economico alternativo a quello richiesto dal RUP nella legge di gara) l'allegato con l'articolo 4 comma 3 indica alcuni parametri a beneficio del responsabile unico del progetto.

In particolare, la disposizione prevede che “la valutazione di equivalenza delle tutele normative è effettuata sulla base dei seguenti parametri:

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

Secondo l'articolo 4, dell'allegato I.01 l'equivalenza risulterebbe certificata "quando gli scostamenti rispetto ai parametri (...) sono marginali". Anche in questo caso la disposizione difetta di genericità e non fornisce certezze al responsabile unico.

Non è irrilevante evidenza che secondo l'ANAC – nella relazione tecnica che accompagna il bando come sopra detto, e quindi in un contesto in cui viene presa in considerazione la circolare INAIL n. 2/2020– l'equivalenza potrebbe essere acclarata nel caso di scostamenti relativi a due parametri. Affermazione che, pare allo scrivente, sia stata non ritenuta condivisibile dalla prima giurisprudenza.

A questo punto, sembra di poter sostenere, che la dichiarazione di equivalenza che ora – se la norma entrerà in vigore come si presume al 1° gennaio 2025– diventa maggiormente pressante che l'operatore dichiari l'equivalenza ma con delle precisazioni chiare e fuori di dubbi.

#### 4. La verifica della dichiarazione di equivalenza

L'allegato I.01 viene in ausilio al RUP anche con l'articolo 5 rubricato "Verifica della dichiarazione di equivalenza".

Il primo comma spiega che la dichiarazione di equivalenza deve essere trasmessa già in fase di presentazione dell'offerta.

Più nel dettaglio, il comma precisa che "Per consentire alle stazioni appaltanti ed enti concedenti di verificare la congruità dell'offerta ai sensi dell'articolo 110, gli operatori economici trasmettono la dichiarazione di equivalenza di cui all'articolo 11, comma 4, **in sede di presentazione dell'offerta**".

La precisazione risulta, evidentemente, di grande rilievo visto che l'odierna disposizione rimette la dichiarazione a richiesta del RUP (nella fase di verifica).

Evidentemente, questo "nuovo" obbligo dell'operatore (che presenta un contratto

diverso da quello richiesto dalla legge di gara), a sommosso parere, andrà gestito/spiegato in maniera attenta da parte dell'estensore della legge di gara.

Infatti, già in fase propedeutica occorre rammentare all'operatore quali sono le conseguenze qualora non chiarisca o non riesca a fornire la prova "provata" che le equivalenze normative ed economiche sono reali ed effettive (e non semplicemente dichiarate per aggiudicarsi l'appalto).

“ **Questo “nuovo” obbligo dell'operatore (che presenta un contratto diverso da quello richiesto dalla legge di gara), a sommosso parere, andrà gestito/ chiarito in maniera attenta da parte dell'estensore della legge di gara.** ”

Si deve anche ritenere che la richiesta di presentazione delle dichiarazioni di equivalenza, qualora non rispettate dall'operatore economico, non possa determinare l'esclusione dello stesso ma una richiesta di integrazione per il tramite del soccorso istruttorio trattandosi, ovviamente, di documentazione amministrativa.

Una precisazione non irrilevante è che l'estensore, con l'allegato I.01, non richiede una "giustificazione" ma una dichiarazione e quindi un documento diverso che sembra implicare anche una particolare responsabilità dell'operatore economico che dichiari aspetti/ circostanza non vere/reali (dichiari, ad esempio, una equivalenza tra trattamenti o di riferimenti normativi non corrispondente al vero).

La recidiva in questo senso dell'operatore economico potrebbe portare a configurare – come effetto deterrente – nuove fattispecie di illecito professionale da valutare ai sensi dell'articolo 98 del codice.

Con il comma 2 dell'articolo 5 si ribadisce che *"In sede di valutazione della congruità dell'offerta, la stazione appaltante **verifica che il contratto collettivo oggetto della dichiarazione di equivalenza non preveda condizioni riconducibili alle ipotesi di cui all'articolo 110, comma 4, lettera a)**"* ovvero non vengano violati i trattamenti minimi salariali disciplinati/autorizzati da disposizioni di legge in materia.

Si innesta, e ciò è chiarito dal comma 3, un momento istruttorio relevantissimo da espletare prima di procedere all'affidamento o all'aggiudicazione considerato che il RUP *"verifica la dichiarazione di equivalenza presentata dall'operatore economico individuato"*.

Deve essere chiaro, pertanto, fin dal momento stesso della partecipazione – all'operatore economico interessato – che la proposta di un contratto collettivo alternativo esige un passaggio istruttorio di verifiche particolarmente delicato e che non si potrà giungere ad aggiudicazione sulla base della mera dichiarazione di equivalenza.

E' bene annotare che al di là della vigenza della disposizione – rimessa a parere del Consiglio di Stato che ha comunque richiesto alcuni adeguamenti (censurando la genericità dei criteri/parametri di valutazione) – possono costituire materiale utile al RUP nella fase di verifica (come detto si tratta di riferimenti già rinvenibili nella relazione tecnica del bando tipo 1/2023 dell'ANAC).

# Ecco il calendario formativo dei prossimi mesi

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

## Percorso Avanzato

L'applicazione del Codice dei Contratti

**XVII Edizione**

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

*Docenti: Cacciari, Fasano, Faviere, Fidanza, Monassi, Porzio, Riso*

**WEBINAR**, 15 incontri (60 ore) dal 21 Ottobre  
(termine percorso: 11 Aprile 2025)

## Decreto Correttivo

Il decreto correttivo al codice dei contratti pubblici.

**Cosa cambia.**

**WEBINAR** - *Docenti: Faviere, Toschei*  
11 e 25 Febbraio 2025

**ROMA** - *Docenti: Faviere, Toschei*  
27 Febbraio, 25 Marzo, 17 Aprile 2025

**CAGLIARI** - *Docente: Toschei*  
06 Marzo, 03 Aprile 2025

**TRIESTE** - *Docenti: Faviere, Riso*  
11 Marzo, 10 Aprile 2025

## Redazione Atti di Gara

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

*Docente: Miniero*

**TRIESTE**, 19 Dicembre

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

*Docente: Faviere*

**WEBINAR**, 17 Febbraio 2025

Laboratorio: la redazione degli accordi quadro

*Docente: Faviere*

**WEBINAR**, 24 Febbraio 2025

## RUP: Funzioni e Responsabilità

La rendicontazione ReGiS

*Docente: Giofrè*

**WEBINAR**, 27 e 29 Gennaio 2025

**PROGRAMMAZIONE 2025 IN FASE DI DEFINIZIONE**  
Visita [mediaconsult.it](http://mediaconsult.it) per il calendario aggiornato



# Ecco il calendario formativo dei prossimi mesi

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

## Fase di Esecuzione

**Laboratorio: la fase esecutiva e la gestione delle modifiche contrattuali**

*Docente: Fasano*

WEBINAR, 07 Marzo 2025

**Laboratorio: l'esecuzione negli appalti di servizi e forniture**

*Docente: Faviere*

WEBINAR, 14 Marzo 2025

**Laboratorio: L'accordo bonario e la gestione delle riserve**

*Docente: Fasano*

WEBINAR, 28 Marzo 2025

## Adempimenti e MePA

**Gli adempimenti obbligatori pre e post gara**

*Docente: Rizzi*

WEBINAR, III edizione, 13 e 20 Dicembre

**Focus sui requisiti generali dei diversi tipi di operatore economico e sui relativi procedimenti**

Cons. Marcello Faviere

WEBINAR, 27 Gennaio 2025

**Corso pratico sul monitoraggio delle opere pubbliche**

Avv. Giuseppe Croce

WEBINAR, 31 Gennaio 2025

## Project Management

**Corso base + avanzato di Project Management**

*Docenti: D'Orazi, Tramontana,*

WEBINAR, 14 incontri (64 ore) - dal 25 Febbraio 2025

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

*Docente: Tramontana*

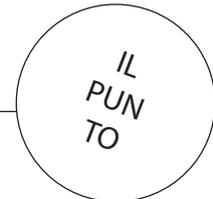
WEBINAR, 6 incontri (30 ore) - dal 25 Febbraio 2025

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

*Docente: Tramontana*

WEBINAR, 8 incontri (34 ore) - dal 28 Marzo 2025

# Equo compenso nel settore delle pubbliche commesse: legittimazione ad agire degli enti esponenziali ‘territoriali’ e ribassabilità (o meno) dei ‘costi’ professionali (in vista del ‘correttivo’)



di Antonio Ragazzo

## Premessa

Il D. lgs. n. 36/2023 (d’ora in avanti “Codice”) prescrive all’ art. 41, co. 15 che all’ “allegato I.13 sono stabilite le modalità di determinazione dei corrispettivi per le fasi progettuali da porre a base degli affidamenti dei servizi di ingegneria e architettura”.

Detti corrispettivi, secondo il dato di legge, sono commisurati al livello qualitativo delle prestazioni e delle attività indicate, svolte dai professionisti in favore della Pubblica Amministrazione: e, per quanto rileva in particolare in questa sede, essi “sono utilizzati dalle stazioni appaltanti e dagli enti concedenti ai fini dell’individuazione dell’importo da porre a base di gara”.

A sua volta, il richiamato allegato I.13 rimanda espressamente, poi, per la loro specifica determinazione, al decreto del Ministro della giustizia 17 giugno 2016, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana n. 174 del 27 luglio 2016 (di seguito “decreto ministeriale”) ed in particolare al quadro tariffario della tabella Z-2 ivi indicata.

In tale contesto, come ampiamente noto, sin dalle prime applicazioni della disciplina, si è posta all’attenzione degli interpreti e degli operatori la questione circa la ribassabilità dei valori così individuati in fase di gara e, più latamente, la questione relativa alla compatibilità

della disciplina prevista in materia di ‘equo compenso’ – di cui alla L. n. 49/2023 – con quella di recepimento delle direttive comunitarie in materia di commesse pubbliche, da ultimo confluita nel nuovo Codice.

Il fervente dibattito che ne è sorto ha visto contrapporsi almeno due opposte linee interpretative che, ancora di recente, hanno impegnato la giurisprudenza amministrativa.

Di ciò si cercherà di dare conto nel proseguo del presente contributo, soffermando l’attenzione su un interessante pronunciamento del Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa – Sezione Autonoma di Bolzano<sup>1</sup>, che, oltre a prendere posizione sul punto e a proporre un’utile ricognizione degli argomenti spesi dalle due diverse impostazioni di fondo, si confronta anche col tema – tutt’altro che secondario – relativo alla legittimazione degli Organi professionali territoriali ad impugnare quelle clausole della lex specialis eventualmente ritenute in contrasto col dato normativo in punto di ‘equo compenso’.

Tali riflessioni assumono ancora più interesse se confrontate con la proposta di ‘correttivo’ al Codice approvato dall’Esecutivo che, recentissimamente, sembrano<sup>2</sup> segnare una direzione chiara, in linea, nei suoi tratti essenziali, con una soluzione mediana rispetto alla decisione assunta dal Tribunale bolzanino.

1. T.R.G.A., sez. aut. Bolzano, 9.10.2024, n. 231.

2. In attesa della sua definitiva adozione.

### 1. La tesi favorevole all'applicazione della L. n. 49/2023 (anche) al settore delle commesse pubbliche

Nell'ambito di una procedura di gara sopra soglia per l'affidamento dei servizi di progettazione, direzione lavori e coordinamento della sicurezza in fase esecutiva per la costruzione di un plesso ospedaliero, nella sentenza poc'anzi richiamata, il giudice amministrativo, come detto, si è pronunciato sulla possibilità di sottoporre (o meno) a ribasso i 'compensi' professionali, quale corrispettivo dovuto per l'adempimento delle particolari prestazioni dovute.

L'occasione portata alla attenzione del giudice, a fronte di un'impugnativa promossa da vari Ordini professionali avverso gli atti di gara, si è rivelata quindi particolarmente utile per (ri)proporre uno spaccato completo (ed esaustivo) circa lo stato dell'arte degli argomenti spesi dalla più avvertita giurisprudenza amministrativa che, nel corso di questi mesi, si è imbattuta in tale criticità.

Così, nel 'far proprie' le riflessioni sostenute da altre significative decisioni<sup>3</sup>, è stato anzitutto oggetto di analisi il primo dei due (citati) orientamenti che, da far suo, patrocina la piena complementarietà della normativa prevista dal Codice con quella di cui alla L. n. 49/2023, e che afferma, pertanto, la piena "operatività delle previsioni dettate dalla prima anche nel campo dell'evidenza pubblica".

Le stesse riflessioni, a differenza di quelle vaticinate dal secondo orientamento – che pure saranno oggetto d'analisi nel prossimo paragrafo – devono esser parse più persuasive al giudice bolzanino che, nel caso di specie, le ha assunte a fondamento della propria decisione, dichiarando l'illegittimità delle clausole che consentivano il ribasso di tutte le voci del corrispettivo (indistintamente) e disposto per quanto di competenza in favore dei ricorrenti.

Ad ogni modo, e venendo al cuore della questione, secondo questa impostazione i ribassi offerti in fase di gara da parte degli operatori economici incontrano necessariamente un limite alla luce della normativa dettata dalla L. n. 49/2023.

L'assunto da cui muove questo approccio valorizza la previsione contenuta nell'art. 8 del Codice, nella parte in cui prevede espressamente, in via generale e quindi anche per le pubbliche amministrazioni, "di garantire [...] l'applicazione del principio dell'equo compenso" nel campo delle commesse pubbliche.

La lettura piana del dato testuale non lascerebbe adito a dubbi e confermerebbe, in questa direzione, la tesi di quanti sostengono che, nel remunerare le prestazioni rese dai professionisti in favore delle Pubbliche Amministrazioni, il limite minimo del valore costituente l'"equo compenso" non possa essere affatto oggetto di sconto in gara.

Argomentare diversamente, del resto, renderebbe "privo di reale efficacia" l'intendimento veicolato proprio per il tramite dell'art. 8 a tutela dei professionisti impegnati nell'esecuzione degli accordi stretti con l'Amministrazione, poiché "i rapporti contrattuali tra i professionisti e la Pubblica Amministrazione nel mercato del lavoro attuale [rappresentano] una percentuale preponderante del totale dei rapporti contrattuali conclusi per le prestazioni di tale tipologia".

Non scardina l'impostazione proposta, tra l'altro, l'assunto contrario di quanti vedrebbero "una compromissione della libera contrattazione, del confronto competitivo tra operatori economici e dei principi comunitari in materia di libertà di circolazione, di stabilimento e di prestazione di servizi" nella asserita impossibilità di porre a ribasso i prezzi tabellari del decreto ministeriale.

Ed infatti, come diffusamente si legge in sentenza "il compenso del professionista costitui[sce] soltanto una delle componenti del "prezzo" determinato

---

3. In sentenza si riporta la parte motiva di T.A.R. Calabria, sez. Reggio Calabria, 25.07.2024, n. 483 che, a sua volta, rimanda a T.A.R. Veneto, sez. III, 03.04.2024, n. 632; T.A.R. Lazio, sez. V-ter, 30.04.2024, n. 8580.

dall'Amministrazione come importo a base di gara" poiché ad esso si affiancano altre voci, quali quelle "relative in particolare alle "spese ed oneri accessori"".

Da ciò si ricava, allora, che la sola voce del "compenso", nella valutazione complessiva del "prezzo" posto a base di gara, assume rilevanza ai fini della notazione di "equo compenso" ai sensi della L. n. 49/2023 e, ancora, che resta salva la possibilità per l'operatore economico "di formulare la propria offerta economica ribassando le voci [ad esso] estranee [...] [del]le spese e [del]gli oneri accessori".

In tal modo, in risposta alle osservazioni di segno contrario, verrebbero quindi ampiamente garantiti i principi presidiati dal Codice, insieme all'operatività del criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa nella logica di 'premiare' i ribassi più 'importanti' sul piano economico (anche se solo per una parte del prezzo).

Lungi dal produrre effetti anticoncorrenziali o in contrasto con la disciplina dell'Unione Europea, in particolare, tale conclusione tutela i professionisti "a prescindere dalla loro nazionalità" e consente loro, al contrario, "di conseguire un corrispettivo equo e proporzionato anche da un contraente forte quale è la Pubblica Amministrazione e anche in misura superiore a quella che sarebbero stati disposti ad accettare per conseguire l'appalto".

In più, si osserva, per quegli operatori capaci in ragione della propria organizzazione di proporre ribassi sulla componente delle spese e degli accessori, la corretta dinamica competitiva viene comunque garantita dal "dovere dell'Amministrazione di sottoporre a controllo di anomalia [...] [le] offerte non serie o che, per la consistenza del ribasso offerto su componenti accessorie del prezzo, potranno apparire in buona sostanza abusive, ossia volte ad ottenere un vantaggio indebito traslando su voci accessorie il ribasso economico che, in mancanza della legge n. 49/2023, sarebbe stato offerto sui compensi".

## 2. La tesi contraria all'applicazione (del limite) del compenso 'equo' alla materia degli appalti pubblici.

Pur aderendo alla tesi che sostiene la non ribassabilità del corrispettivo professionale, e prima di addivenire alla propria determinazione, come anticipato, il Tribunale bolzanino non manca di riportare quella giurisprudenza<sup>4</sup> che in più di un'occasione ha invece sostenuto, con altre argomentazioni, la perfetta impermeabilità del sistema degli appalti pubblici alla novità introdotta con la più volte menzionata L. n. 49/2023.

Si è detto, al riguardo, in risposta all'altro orientamento, che "la predicata eterointegrazione della disciplina di gara con quella sull'equo compenso professionale sconterebbe [...] i limiti intrinseci ed estrinseci di compatibilità o sovrapposibilità dei due impianti normativi (d.lgs. 36/2023 e l. n. 49/2023), che incidono [invece] su campi di materie e rispondono a finalità tra loro non perfettamente coincidenti ed omogenee".

In questa prospettiva, infatti, sarebbe inconcepibile l'idea di non consentire in sede di offerta un ribasso sulla componente del corrispettivo, nei contratti aventi ad oggetto servizi di ingegneria ed architettura, senza frustrare allo stesso tempo "la sostanza proconcorrenziale di derivazione euro-unitaria" che permea l'intero impianto del Codice.

Ciò vale, a maggior ragione, se si considera pure che il Codice dei contratti pubblici appresta validi strumenti volti proprio ad evitare che eccessivi ribassi finiscano per svilire il lavoro (ed il ruolo) del professionista, al contempo consentendo all' Amministrazione, però, nell'ottica del pubblico interesse, di affidare le commesse a prezzi comunque più convenienti e competitivi.

Ci si riferisce, in particolare, a tutti quegli "specifici meccanismi volti a scongiurare la presentazione di offerte eccessivamente basse e, quindi, non sostenibili": quali, "la disciplina sull'anomalia dell'offerta, la possibilità di prevedere un'appropriata ponderazione

4. Per tutte, T.A.R. Campania, Salerno, sez. II, 16.07.2024, n. 1494.

tra punteggio qualitativo ed economico, la possibilità di utilizzare formule per il punteggio economico che disincentivino eccessivi ribassi”.

A questi argomenti, per così dire di sistema, se ne affianca poi un altro di diretta derivazione ‘positiva’.

Il Codice, invero, prevede espressamente all’art. 227 che “ogni intervento normativo incidente sulle disposizioni del codice e dei suoi allegati, o sulle materie dagli stessi disciplinate, è attuato mediante esplicita modifica, integrazione, deroga o sospensione delle specifiche disposizioni in essi contenute”.

La L. n. 49/2023, entrata in vigore il 20 maggio 2023 e, quindi, dopo la data di entrata in vigore dello stesso Codice, “non risulta [però] aver derogato espressamente allo stesso”.

Secondo la tesi in argomento, allora, da tale stato di cose, si desumerebbe “un indice testuale particolarmente pregnante nel senso della relativa inapplicabilità [della stessa legge] al settore degli appalti pubblici”.

Ad ulteriore conferma della bontà della propria tesi, questa lettura reca con sé anche almeno altri due ordini di argomentazioni di cui occorre dare conto, in chiusura.

E così, in linea con l’incedere che valorizza il dato testuale ex art. 227, si sottolinea anzitutto – nella medesima ottica di valutazione del dato positivo/testuale delle disposizioni a vario titolo interessate dalla questione de qua – che la legge n. 49/2023 sarebbe applicabile ai soli rapporti professionali aventi ad oggetto “prestazioni d’opera intellettuale di cui all’art. 2230 (contratto d’opera caratterizzato dall’elemento personale nell’ambito di un lavoro autonomo)” e, più in generale, “a tutti quei rapporti contrattuali caratterizzati dalla posizione dominante del committente, in cui è necessario ripristinare l’equilibrio sinallagmatico”: pertanto, in considerazione di tale assunto, la stessa legge sull’equo compenso pare non poter trovare affatto applicazione nel diverso campo degli appalti pubblici là dove, i contratti aventi

ad oggetto la prestazioni di servizi di ingegneria e architettura sarebbero “normalmente [e di contro] riconducibili ai [diversi] contratti di appalto ex art. 1655 c.c., con cui una parte assume l’organizzazione dei mezzi necessari e la gestione a proprio rischio”.

A questo si aggiunge, in aperta antitesi con l’orientamento supra riportato dell’opposta tesi, che la sola concorrenza sul prezzo rapportata ad “ogni sua componente” – e, quindi, non solo al valore del “corrispettivo”- costituisce il dato realmente insormontabile per garantire “il corretto dispiegarsi delle dinamiche concorrenziali della gare pubbliche”; dacché, in caso contrario, e tra l’altro, “l’eventuale limitazione alle sole spese generali o all’elemento qualitativo rischierebbe di introdurre di fatto una barriera all’ingresso per gli operatori, più giovani, meno strutturati e di minore esperienze”.

### **3. La legittimazione (anche) degli Enti esponenziali territoriali ad impugnare clausole asseritamente escludenti in punto di equo compenso.**

Strettamente correlata alla questione della ribassabilità (o meno) del corrispettivo professionale è la diversa, e preliminare, valutazione in ordine alla effettiva legittimazione ad agire dei soggetti interessati a contestare l’eventuale documentazione di gara – come nel caso affrontato dal giudice nella sentenza qui in commento – che dovesse effettivamente consentire la possibilità di applicare uno sconto a tale voce economica.

Non residuano dubbi circa la generale possibilità degli Ordini professionali di ricorrere avverso la documentazione di gara, se ritenuta immediatamente lesiva dell’interesse ‘istituzionalizzato’ di cui l’Ordine stesso si fa portatore.

Al riguardo, la giurisprudenza amministrativa ha affermato, infatti, che “gli ordini professionali sono legittimati ad agire per la tutela di posizioni soggettive proprie o di interessi unitari della collettività da loro istituzionalmente espressa”<sup>5</sup>.

5. Per tutte, Cons. St., Ad. Plen., 03.06.2011, n. 10.

Tanto vale, anche per quelle peculiare ipotesi in cui l'interesse proprio della categoria si dimostri contrario rispetto a quello dei singoli professionisti che ne facciano parte: difatti, è sempre bene tener presente che è proprio la stessa 'istituzionalizzazione' del primo, e la sua naturale collocazione in capo all'ente esponenziale, a farne ontologicamente cosa distinta rispetto ai vari interessi puntuali che, in ipotesi, dovessero palesarsi nella situazione considerata.

Inoltre, come per la questione affrontata dal Tribunale Regionale qui d'interesse, "[in considerazione] di ordini professionali individuati su base territoriale, [si rammenta che] la legittimazione al ricorso va [anche] ricondotta all'ambito territoriale nel quale il provvedimento impugnato è destinato a produrre effetti" ----6----

Ciò detto, nella panoramica della L. n. 49/2023, quest'ultima acquisizione potrebbe apparire contraddetta dal disposto di cui all'art. 5, co. 4, della stessa legge, in forza del quale "i Consigli nazionali degli ordini o collegi professionali sono legittimati ad adire l'autorità giudiziaria competente qualora ravvisino violazioni delle disposizioni vigenti in materia di equo compenso".

Dalla lettura della disposizione, infatti, pare evincersi che solo i soggetti di caratura 'nazionale' possano dirsi legittimati ad agire giudizialmente per la tutela delle prerogative dei professionisti variamente rappresentati dai propri 'ordini o collegi'.

Tale lettura – ed in questo la pronuncia in commento propone un'interessante innovazione – è tuttavia smentita nella misura in cui, lo stesso giudicante, in aderenza con quanto sostenuto dalle difese di parte ricorrente, ha definitivamente chiosato nel senso che "la tutela di cui all'art. 5, comma 4, de[bba] intendersi quale tutela aggiuntiva [ch]e non può, in mancanza di un'esplicita previsione normativa, intendersi come derogatoria del potere degli Ordini professionali

territoriali di impugnare avanti al Giudice Amministrativo clausole di un bando di gara, lesive della disciplina in materia di equo compenso".

Resta interessante, da ultimo, anche il passaggio successivo in cui si chiarisce che è inibita ai singoli partecipanti all'Ordine di impugnare la documentazione di gara; e ciò, in coerenza con quanto detto sin ora, per la semplice constatazione che – al netto di clausole immediatamente escludenti, che ne limitino la partecipazione 'in partenza' – difetta in capo al singolo quella lesione diretta, concreta ed attuale che ne giustifica (erebbe) l'azione avanti al giudice, e che si paleserebbe (erebbe) – invece – solo a seguito dell'adozione di un provvedimento puntuale che, di quella stessa documentazione, è invece la naturale conseguenza.

**4. La soluzione adottata dallo schema preliminare di 'correttivo' in materia di equo compenso.**

Al netto delle osservazioni in punto di legittimazione ad agire degli Organi territoriali di cui si è appena detto, valevoli in linea generale in considerazione delle peculiarità proprie della materia amministrativa, è appena il caso di evidenziare, come anticipato in premessa, che gli orientamenti espressi dalla giurisprudenza sulla compatibilità tra la disciplina dell' 'equo compenso' e quella dei contratti pubblici paiono, oggi, destinate ad essere superate tenuto conto delle novità introdotte dallo schema preliminare – già approvato - di decreto c.d. 'correttivo' al Codice.

Nondimeno, come detto, le riflessioni proposte in questo primo anno di vigenza del Codice continuano a rivestire carattere dirimente, almeno, si intende, al fine di comprendere le ragioni che si pongono alla base della (futura) scelta normativa.

La soluzione all'annosa questione, difatti, si pone in una linea mediana tra i due orientamenti considerati in

6. Tra alter, cfr. Cons. St. Sez. V., 28.03.2017, n. 1418.

questa sede e, tra l'altro, ovvia all'inconveniente – di cui si è detto – scaturente dalla lettura dell'art. 227 del Codice, nella misura in cui concepisce un intervento espresso e puntuale che modifichi la disciplina originaria del D. lgs. n. 36/2023.

In questo senso, pertanto, e più in particolare, va' letta in prospettiva l'intenzione di introdurre due meccanismi per garantire i principi dell'equo compenso al settore dei contratti pubblici.

Due meccanismi, quelli indicati dall'art. 9 del 'correttivo' di modifica all' art. 41 del Codice<sup>7</sup>, tali che per gli affidamenti diretti, sia garantito un minimo dell'80% del corrispettivo previsto, al netto del ribasso che diventa (ora) però espressamente possibile; là dove, invece, per le procedure di gara in generale, l'equo compenso viene tutelato mediante la previsione di meccanismi di calmierazione del peso dei ribassi che possono essere formulati, anche in questo caso, sul 35% del corrispettivo (solo) per un valore percentuale previamente definito dalla legge<sup>8</sup>.

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

7. Si rimanda a "Schema di Decreto Legislativo recante "Disposizioni integrative e correttive al Decreto Legislativo 31 marzo 2023, n. 36"", reperibile *online*, ed in particolare all'art. 9, co.1, lett. h).

8. Per cui si rimanda direttamente a: <https://www.mit.gov.it/comunicazione/news/cdm-ok-allaggiornamento-del-codice-dei-contratti-pubblici>.

# Selezione degli operatori da invitare nelle procedure negoziate

IL  
PUN  
TO

di Andrea Nanni

## 1. Considerazioni introduttive: Il divieto di sorteggio nel D.lgs. n. 36/2023

Il nuovo Codice dei contratti pubblici ha introdotto all'art. 50, comma 2 il divieto di sorteggio per la selezione degli operatori da invitare alle procedure negoziate:

**“ Per la selezione degli operatori da invitare alle procedure negoziate, le stazioni appaltanti non possono utilizzare il sorteggio o altro metodo di estrazione casuale dei nominativi, se non in presenza di situazioni particolari e specificamente motivate, nei casi in cui non risulti praticabile nessun altro metodo di selezione degli operatori ”**

L'Allegato II.1 disciplina gli elenchi degli operatori economici e le indagini di mercato per gli affidamenti di contratti di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea.

Gli operatori da invitare per le procedure negoziate devono essere scelti tramite elenchi di operatori o tramite opportune indagini di mercato.

La stazione appaltante può dotarsi di un apposito regolamento per la disciplina delle indagini di mercato, per le modalità di costituzione e revisione dell'elenco degli operatori economici e per il dettaglio dei criteri di scelta dei soggetti da invitare a presentare offerta a seguito di indagine di mercato.

Secondo l'art. 2, comma 3 dell'Allegato II.1 l'avviso di indagine di mercato deve indicare:

*“il valore dell'affidamento, gli elementi essenziali del contratto, i requisiti di idoneità professionale, i requisiti minimi di capacità economica e finanziaria e le capacità tecniche e professionali richieste ai fini della partecipazione, il numero minimo ed eventualmente massimo di operatori che saranno invitati alla procedura, i criteri di selezione degli operatori economici, le modalità per comunicare con la stazione appaltante. Nel caso in cui sia previsto un numero massimo di operatori da invitare, l'avviso di avvio dell'indagine di mercato indica anche i criteri utilizzati per la scelta degli operatori. Tali criteri devono essere oggettivi, coerenti con l'oggetto e la finalità dell'affidamento e con i principi di concorrenza, non discriminazione, proporzionalità e trasparenza. Il sorteggio o altri metodi di estrazione casuale dei nominativi sono consentiti solo in casi eccezionali in cui il ricorso ai criteri di cui al terzo periodo è impossibile o comporta per la stazione appaltante oneri assolutamente incompatibili con il celere svolgimento della procedura; tali circostanze devono essere esplicitate nella determina a contrarre (o in atto equivalente) e nell'avviso di avvio dell'indagine di mercato”.*

Il concetto viene ribadito all'art. 3, comma 4 dello stesso Allegato, laddove viene previsto che:

**“La scelta degli operatori da invitare alla procedura negoziata deve essere effettuata secondo criteri oggettivi, coerenti con l’oggetto e la finalità dell’affidamento e con i principi di concorrenza, non discriminazione, proporzionalità e trasparenza. Il sorteggio o altri metodi di estrazione casuale dei nominativi sono consentiti solo in casi eccezionali in cui il ricorso ai criteri di cui al primo periodo è impossibile o comporta per la stazione appaltante oneri assolutamente incompatibili con il celere svolgimento della procedura. I criteri di selezione degli operatori da invitare alla procedura negoziata sono indicati nella determina a contrarre o in altro atto equivalente”.**

È evidente la volontà del legislatore di rendere oggettiva la scelta degli operatori da invitare sulla base di criteri ispirati ai principi contenuti nell'art. 3 del Codice<sup>1</sup> e lasciando il sorteggio a casi residuali individuati e motivati in base alla necessità di assecondare il principio del risultato.

## 2. La situazione previgente

Il D.lgs. n. 50/2016 non prevedeva un divieto del sorteggio per la selezione degli operatori da invitare e sulla questione si era pronunciata anche l'ANAC nella delibera n. 827/2019, in risposta a un'istanza di precontenzioso, ritenendo non applicabile la selezione basata sul criterio cronologico e proponendo proprio il sorteggio come alternativa, a condizione che fosse reso noto nell'avviso a manifestare interesse: *“... le richiamate Linee guida n. 4 ribadiscono che le procedure sotto soglia devono essere condotte nel rispetto dei principi di cui all'art. 30 del Codice dei contratti, declinando in particolare il principio della libera concorrenza quale effettiva contendibilità degli affidamenti da parte dei soggetti potenzialmente interessati e il principio di pubblicità e trasparenza quale conoscibilità della procedura di gara e facilità*

*di accesso alle informazioni. Le medesime Linee guida suggeriscono, ove non siano stati previsti criteri oggettivi per la selezione dei fornitori e risulti idoneo a partecipare alla procedura un numero di operatori economici superiore a quello predeterminato, di ricorrere al sistema del sorteggio, a condizione che ciò sia stato debitamente reso noto nell'avviso a manifestare interesse”.*

Si veda in tal senso anche il parere del MIT n. 698 del 23/07/2020 che prevedeva, nel rispetto della sopracitata delibera ANAC, l'uso del sorteggio: *“...in conformità ai più recenti orientamenti giurisprudenziali nonché dell'Autorità nazionale anticorruzione, si ritiene preferibile ricorrere al sistema del sorteggio, ove non siano stati previsti altri criteri oggettivi per la selezione dei fornitori, a condizione che ciò sia stato debitamente reso noto nell'avviso a manifestare interesse”.*

## 3. La situazione attuale: mancata applicazione del divieto di sorteggio, pareri MIT e sentenza del TAR Sicilia

È parso evidente fin da subito che il divieto di sorteggio sia stato aggirato dalle varie stazioni appaltanti (quasi tutte) in nome di casi eccezionali declinati tramite il ricorso a motivazioni basate sull'impossibilità di vagliare le varie richieste di invito pervenute per ragioni di celerità della procedura e di carenza di personale.

Il Servizio di supporto giuridico del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti è intervenuto in più occasioni sulla tematica, sollecitato dalle stazioni appaltanti con riguardo al possibile utilizzo del sorteggio con il nuovo Codice appalti. Si vedano, in particolare, i quesiti 2143 del 17/07/2023 (*“...si rileva che anche in caso di utilizzo di elenchi MEPA occorre individuare i criteri oggettivi per la selezione delle imprese, ed il ricorso al sorteggio non è più consentito se non in presenza di situazioni particolari e specificamente motivate”*), il 2294 del 26/02/2024

---

1. Il principio di accesso al mercato: “Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti favoriscono, secondo le modalità indicate dal codice, l'accesso al mercato degli operatori economici nel rispetto dei principi di concorrenza, di imparzialità, di non discriminazione, di pubblicità e trasparenza, di proporzionalità”.

*“...la s.a. potrà valutare e, quindi, motivare adeguatamente e in termini puntuali nella determina, la eventuale extrema ratio di ricorrere al sorteggio in presenza di un preciso dato oggettivo, che giustifichi il ricorso a tale rimedio semplificato e che denoti l'impossibilità di utilizzare altri metodi”) e il 2597 del 03/06/2024 in merito all'utilizzo del criterio dell'ordine cronologico di arrivo delle richieste di invito (“...i criteri per la scelta degli OE da invitare devono essere oggettivi, coerenti con l'oggetto e la finalità dell'affidamento e con i principi di concorrenza, non discriminazione, proporzionalità e trasparenza. Il criterio prospettato nel quesito non soddisfa le predette condizioni e appare piuttosto assimilabile ad una metodologia di selezione casuale”).*

La stessa relazione illustrativa la Codice è stata molto chiara sul punto specificando che *“...si è ritenuto di prevedere espressamente nel codice il divieto del sorteggio, costituente uno dei criteri della legge delega”*.

Giova citare anche la sentenza n. 1634 del 15 maggio 2024 del TAR Sicilia, Sezione Prima, che ha, tra l'altro, censurato il ricorso al sorteggio da parte di una stazione appaltante in violazione dell'art. 50, comma 2 del Codice. La sentenza dispone che le stazioni appaltanti *“...al fine di selezionare gli operatori da invitare alle procedure negoziate non possono di regola utilizzare il sorteggio, in quanto il limitato ricorso a tale metodo – costituente uno dei criteri della legge delega (cfr. art. 1, co. 2, lett. e), l. n. 78/2022) – è, in effetti ormai ritenuto dalla norma un metodo di carattere eccezionale...conseguentemente, le predette devono prevedere già nella determinazione a contrarre specifici criteri oggettivi, coerenti con l'oggetto e la finalità dell'affidamento e con i principi di concorrenza, non discriminazione, proporzionalità e trasparenza”*.

Il sorteggio può essere utilizzato *“solo in casi eccezionali in cui il ricorso ai criteri è impossibile o comporta per la stazione appaltante oneri assolutamente incompatibili con il celere svolgimento della procedura”*.

#### 4. L'intervento dell'ANAC

L'ANAC è intervenuta sull'argomento con il Comunicato del Presidente del 5 giugno 2024

“Indicazioni in merito ai criteri di selezione degli operatori economici da invitare alle procedure negoziate”.

L'Autorità ha richiamato l'attenzione sul divieto di sorteggio sancito dall'art. 50, comma 2 nonché dall'art. 2, comma 3 e dall'art. 3, comma 4 dell'Allegato II.1 e ha evidenziato come la determina a contrarre debba contenere i criteri per l'individuazione degli operatori da invitare.

L'ANAC ha poi sottolineato come l'Allegato II.1 preveda criteri di selezione *“...oggettivi, coerenti con l'oggetto e la finalità dell'affidamento e con i principi di concorrenza, non discriminazione, proporzionalità e trasparenza”* e ha sottolineato il parallelo tra quanto contenuto nel Codice e quanto previsto dalle Linee Guida n. 4 nelle quali si prevedeva che *“...Nell'avviso pubblico di avvio dell'indagine di mercato ovvero di costituzione dell'elenco, la stazione appaltante indica i criteri di selezione, che devono essere oggettivi, coerenti con l'oggetto e la finalità dell'affidamento, e nel rispetto dei principi di concorrenza, non discriminazione, proporzionalità e trasparenza”*.

Nel comunicato viene poi evidenziato un passaggio della Relazione illustrativa al Codice secondo il quale *“...dal novero degli operatori da considerare tra quelli che hanno presentato manifestazione d'interesse, devono essere esclusi quelli che non hanno dichiarato il possesso dei requisiti richiesti dalla stazione appaltante e, in applicazione del principio di rotazione, l'affidatario uscente”*.

Prima di proporre alcuni esempi di criteri di selezione il Comunicato ha escluso l'ammissibilità di criteri basati sull'elemento della territorialità (*“...in quanto si tratterebbe di requisiti discriminatori, censurati dalla giurisprudenza”*) e sull'ordine cronologico di arrivo delle manifestazioni di interesse (*“...in quanto di fatto equiparato all'estrazione a sorte”*), come già affermato nel parere reso in funzione consultiva n. 11 del 28 febbraio 2024.

L'Autorità richiede quindi l'utilizzo di criteri da intendersi quali requisiti ulteriori e non coincidenti con i requisiti di partecipazione e, sottolineando l'importanza del rispetto del principio di rotazione, mette in guardia dal fatto che la redazione di un'unica graduatoria, selezionando esclusivamente i primi soggetti posizionati *“...di fatto comporta le selezioni ed il conseguente invito degli operatori più*

grandi in termini di organizzazione e/o fatturato e/o esperienza". Viene quindi proposta, in aderenza al principio di massima partecipazione di cui all'art. 10, comma 3, del Codice, la possibilità di selezionare i candidati in parte tra i valori più alti della graduatoria, in parte tra quelli intermedi ed in parte tra quelli più bassi.

### 5. Possibili criteri di selezione

L'ultima parte del Comunicato prevede l'elenco di alcuni possibili criteri di selezione.

Si richiama, per principio, l'Allegato L del D.P.R. 207/2010 riferito alla redazione di una graduatoria per l'affidamento di servizi di ingegneria e architettura elencando i seguenti criteri:

- *fatturato globale per servizi di ingegneria e architettura riferibile agli ultimi cinque esercizi antecedenti la pubblicazione del bando;*
- *importo dei lavori svolti nel corso degli ultimi dieci anni ed appartenenti ad ognuna delle classi e categorie dei lavori cui si riferiscono i servizi da affidare;*
- *numero medio annuo del personale tecnico dipendente del candidato.*

L'Allegato L prevedeva poi la formazione di una graduatoria tramite somma dei punteggi calcolati mediante interpolazione lineare per ciascuno degli elementi indicati.

Per i lavori, in analogia ai criteri previsti dall'Allegato L, vengono proposti i seguenti criteri:

- *importo complessivo dei lavori eseguiti regolarmente e con buon esito nell'ultimo triennio (o quinquennio) antecedente la pubblicazione dell'avviso e relativi alla categoria prevalente indicata dalla stazione appaltante, da dimostrarsi con i CEL;*
- *numero di personale dipendente al momento della manifestazione di interesse;*
- *(per i lavori di importo superiore a euro 1.000.000,00) possesso di determinate certificazioni - UNI EN ISO 14001:2015, ISO 45001:2018 e altre certificazioni specifiche in relazione alla tipologia dei lavori.*

Per i servizi e forniture, invece, i seguenti:

- *fatturato globale riferito all'ultimo triennio (o quinquennio) antecedente la pubblicazione dell'avviso;*
- *importo complessivo dei servizi analoghi regolarmente svolti nello stesso arco temporale;*
- *numero di personale dipendente al momento di presentazione della manifestazione di interesse;*
- *possesso di specifica/he certificazione/i pertinente/i l'oggetto dell'affidamento.*

L'Autorità auspica, poi, in caso di parità di punteggio tra diversi candidati l'invito da parte della stazione appaltante di tutti i candidati aventi punteggio utile ai fini dell'invito.

Infine, l'ANAC propone alcune indicazioni operative per le stazioni appaltanti. Viene sottolineata la necessità di dotarsi di un regolamento per la disciplina delle modalità di espletamento delle indagini di mercato, per le modalità di costituzione degli elenchi di operatori economici e per il dettaglio dei criteri di scelta dei soggetti invitati a presentare offerta; gli elenchi dovranno, inoltre essere aggiornati tempestivamente al fine di garantire il rispetto del principio di rotazione.

Viene richiesto alle stazioni appaltanti di indicare nella determina a contrarre i criteri di selezione e di utilizzare le graduatorie predisposte in modo da garantire il rispetto del criterio della massima partecipazione al fine di garantire l'accesso di micro, piccole e medie imprese.

### 6. Conclusioni

Non c'è dubbio che la previsione dell'art. 50, comma 2 abbia portato diverse difficoltà alle varie stazioni appaltanti e peraltro, neanche nel correttivo è presente una reintroduzione del sorteggio.

Gli interventi dell'ANAC e del MIT hanno rimarcato l'impossibilità di utilizzo del sorteggio come metodo di selezione degli operatori, proponendo anche criteri oggettivi su cui basare la scelta.

Resta un elemento di forte criticità dato dalla trasformazione della fase di selezione in una sorta di gara senza commissione e senza particolari

regole e resta la difficoltà per stazioni appaltanti non particolarmente attrezzate di analizzare decine di richieste di invito corredate dai vari allegati a comprova dei requisiti richiesti, con la necessità di verbalizzare minuziosamente la procedura di attribuzione dei punteggi e di creazione della graduatoria.

Particolare criticità sembra portare l'invito di ANAC a selezionare i candidati in parte tra i valori più alti della graduatoria, in parte tra quelli intermedi ed in parte tra quelli più bassi per garantire la massima partecipazione.

E se il sorteggio fosse il minore dei mali?

# La Corte di Giustizia sulla riduzione della originaria compagine del RTI all'atto dell'estensione della validità temporale della offerta nel vigore del d.lgs. n. 163/2006.

di Adriana Presti

IL  
PUN  
TO

## Premessa

Con l'Ordinanza del 16 giugno 2023 n. 5949, la V Sezione del Consiglio di Stato ha chiesto alla Corte di giustizia dell'UE di pronunciarsi sulle seguenti questioni pregiudiziali:

1. «se la direttiva 2004/18/CE, gli artt. 16 e 52 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, i principi di proporzionalità, concorrenza, libertà di stabilimento e libera prestazione di servizi di cui agli articoli gli artt. 49, 50, 54 e 56 del TFUE, ostino a norme interne (artt. 11 comma 6, 37 commi 8,9,10,18 e 19, 38, comma 1, lett. f) del d.lgs. n. 163 del 2006) che escludono, in caso di scadenza del termine di validità dell'offerta originariamente presentata da un Raggruppamento temporaneo di imprese costituendo, la possibilità di ridurre, all'atto dell'estensione della validità temporale della medesima offerta, la originaria compagine del raggruppamento; in particolare, se tali disposizioni nazionali siano compatibili con

i principi generali del diritto dell'Unione europea di libera iniziativa economica ed effetto utile, nonché con l'articolo 16 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea».

2. «se la direttiva 2004/18/CE, gli artt. 16, 49, 50 e 52 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, l'art. 4, Protocollo 7, della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo – CEDU, l'art. 6 del TUE, i principi di proporzionalità, concorrenza, libertà di stabilimento e libera prestazione di servizi di cui agli articoli gli artt. 49, 50, 54 e 56 del TFUE, ostino a norme interne (artt. 38, comma 1, lett. f), 48 e 75 del d.lgs. n. 163 del 2006) che prevedano l'applicazione della sanzione d'incameramento della cauzione provvisoria, quale conseguenza automatica dell'esclusione di un operatore economico da una procedura di affidamento di un contratto pubblico di servizi, altresì a prescindere dalla circostanza che lo stesso sia o meno risultato aggiudicatario dell'affidamento medesimo».

La Corte di Giustizia, con la sentenza del 26 settembre 2024, in risposta alle questioni pregiudiziali anzidette, ha enunciato i seguenti principi:

1. l'articolo 47, § 3, e l'articolo 48, § 4, della direttiva 2004/18/CE, in combinato disposto con il principio generale di proporzionalità, devono essere interpretati nel senso che essi ostano a una normativa nazionale che esclude la possibilità, per i componenti originari di un raggruppamento temporaneo di imprese offerente, di recedere da tale raggruppamento, qualora il termine di validità dell'offerta presentata da detto raggruppamento giunga a scadenza e l'amministrazione aggiudicatrice chieda l'estensione della validità delle offerte che le sono state presentate, purché sia dimostrato, da un lato, che i restanti componenti dello stesso raggruppamento soddisfano i requisiti definiti dall'amministrazione aggiudicatrice e, dall'altro, che la continuazione della loro partecipazione alla procedura di aggiudicazione di cui trattasi non comporta un deterioramento della situazione degli altri offerenti sotto il profilo della concorrenza.
2. I principi di proporzionalità e di parità di trattamento, nonché l'obbligo di trasparenza, quali enunciati all'articolo 2 e al considerando 2 della direttiva 2004/18, devono essere interpretati nel senso che essi ostano a una normativa nazionale che prevede l'incameramento automatico della cauzione provvisoria costituita da un offerente a seguito dell'esclusione di quest'ultimo da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico di servizi, anche qualora il servizio di cui trattasi non gli sia stato aggiudicato.

Prima di passare in rassegna le ragioni poste alla base della decisione della CGUE è necessaria una breve ricostruzione della questione in fatto ed in diritto.

### **1. I fatti della controversia**

Con bando di gara risalente al 2015 veniva indetta, ai sensi del d.lgs. n. 163 del 2006 e s.m.i., una procedura aperta volta all'affidamento della fornitura dei servizi di illuminazione e dei servizi connessi ed opzionali, suddivisa in lotti geografici.

Nell'originario termine di presentazione delle offerte, un RTI, composto dalla capogruppo mandataria e da tre imprese mandanti, presentava offerta in relazione a 4 dei 12 lotti in palio.

Pur dovendo concludersi la procedura gara nel termine di un anno, la stessa subiva svariate proroghe che comportavano, di volta in volta, la necessità di reiterate conferme delle offerte nel frattempo scadute e l'estensione delle garanzie provvisorie relative ai lotti di gara oggetto di offerta.

In occasione della settima richiesta di conferma delle offerte, tutti i componenti dell'originario RTI concorrente, rappresentavano alla stazione appaltante l'intenzione da parte della sola capogruppo mandataria e di una delle tre mandanti di confermare le offerte e la contestuale indisponibilità delle altre due mandanti di provvedervi, stante la imprevista e imprevedibile durata pluriennale delle operazioni propedeutiche all'affidamento della gara in oggetto, l'incertezza sui tempi ancora necessari alla conclusione della gara e sopravvenute necessità aziendali.

La stazione appaltante accettava le appendici delle cauzioni provvisorie prodotte dal (ridotto) RTI, senza sollevare nessuna obiezione in ordine alla nuova configurazione dell'RTI ed alla conferma dell'offerta da parte di quest'ultimo nella configurazione soggettiva residua.

Solo a seguito, dell'ottava richiesta di estensione di validità delle offerte, la stazione appaltante, dopo aver avviato un procedimento volto a valutare il possesso del requisito di moralità di cui all'art. 38, comma 1, lett. f) del d. lgs. n. 163 del 2006, escludeva il Raggruppamento ed escludeva automaticamente le polizze

provvisorie prestate per i lotti oggetto di offerta, ritenendo che la mancata conferma delle offerte configurasse un "recesso" abusivo dall'RTI volto ad evitare un provvedimento di esclusione, stante il difetto di moralità nel frattempo accertato dalla amministrazione.

Avverso il provvedimento di esclusione e l'incameramento delle cauzioni, insorgevano alcuni componenti del RTI.

Con la sentenza n. 4487/2021 il TAR Lazio rigettava il ricorso, ritenendo che non sussistessero gli estremi per sollevare questione di legittimità costituzionale o di compatibilità euro-unitaria degli articoli 11 e 37 del d.lgs. 163/2006, non ravvisando alcuna antinomia tra la disciplina nazionale e quella contenuta nella direttiva 2004/18, *ratione temporis* vigente, la quale non prevedeva l'obbligo per il legislatore di introdurre, nella situazione innanzi descritta, la possibilità di ridurre la originaria compagine del raggruppamento.

Il fulcro motivazionale della decisione di primo grado ruotava attorno alla impossibilità di conferma parziale, ovvero da parte di solo alcuni componenti del RTI, dell'offerta presentata, all'atto della scadenza del termine di vincolatività della stessa, e alla non ammissibilità dell'esercizio del diritto del recesso da un RTI nel vigore della disciplina del d.lgs. 163 del 2006 ed in ogni caso nel carattere elusivo del recesso esercitato dalle due mandanti del RTI.

Nella specie non ricorreva – secondo il primo giudice – nemmeno l'ipotesi del recesso c.d. in riduzione ammessa dalla giurisprudenza, in quanto il recesso era stato ritenuto elusivo della verifica sull'affidabilità del concorrente originario mandatario, ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. f), d.lgs. n. 163 del 2006.

Avverso tale decisione veniva proposto appello dinanzi al Consiglio di Stato.

## 2. La normativa applicabile e l'ordinanza di rimessione

In ordine alla fattispecie testé descritta viene in rilievo il combinato disposto degli artt. 11 comma 6, 37 commi 8, 9, 10, 18 e 19 e 38 comma 1 lett. f) del D.lgs. 163/2006.

È allora utile rammentare che:

- l'art. 11, comma 6, dispone(va) che: "Ciascun concorrente non può presentare più di un'offerta. L'offerta è vincolante per il periodo indicato nel bando o nell'invito e, in caso di mancata indicazione, per centottanta giorni dalla scadenza del termine per la sua presentazione. La stazione appaltante può chiedere agli offerenti il differimento di detto termine";
- l'art 37, ai commi 8, 9, 10, 18 e 19, a sua volta, prevede(va) che: "8. È consentita la presentazione di offerte da parte dei soggetti di cui all'articolo 34, comma 1, lettere d) ed e), anche se non ancora costituiti. In tal caso l'offerta deve essere sottoscritta da tutti gli operatori economici che costituiranno i raggruppamenti temporanei o i consorzi ordinari di concorrenti e contenere l'impegno che, in caso di aggiudicazione della gara, gli stessi operatori conferiranno mandato collettivo speciale con rappresentanza ad uno di essi, da indicare in sede di offerta e qualificata come mandatario, il quale stipulerà il contratto in nome e per conto proprio e dei mandanti. 9. È vietata l'associazione in partecipazione. Salvo quanto disposto ai commi 18 e 19, è vietata qualsiasi modificazione alla composizione dei raggruppamenti temporanei e dei consorzi ordinari di concorrenti rispetto a quella risultante dall'impegno presentato in sede di offerta. 10. L'inosservanza dei divieti di cui al precedente comma comporta l'annullamento dell'aggiudicazione o la nullità del contratto, nonché l'esclusione dei concorrenti riuniti in raggruppamento o consorzio ordinario di concorrenti, concomitanti o successivi alle procedure di affidamento relative al medesimo

appalto. [...]. 18. In caso di fallimento del mandatario ovvero, qualora si tratti di imprenditore individuale, in caso di morte, interdizione, inabilitazione o fallimento del medesimo ovvero nei casi previsti dalla normativa antimafia, la stazione appaltante può proseguire il rapporto di appalto con altro operatore economico che sia costituito mandatario nei modi previsti dal presente codice purché abbia i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire; non sussistendo tali condizioni la stazione appaltante può recedere dall'appalto. 19. In caso di fallimento di uno dei mandanti ovvero, qualora si tratti di imprenditore individuale, in caso di morte, interdizione, inabilitazione o fallimento del medesimo ovvero nei casi previsti dalla normativa antimafia, il mandatario, ove non indichi altro operatore economico subentrante che sia in possesso dei prescritti requisiti di idoneità, è tenuto alla esecuzione, direttamente o a mezzo degli altri mandanti, purché questi abbiano i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire”.

- Infine, ai sensi dell’art. 38, comma 1, lett. f): “1. sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti: [...] f) che, secondo motivata valutazione della stazione appaltante, hanno commesso grave negligenza o malafede nell’esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara; o che hanno commesso un errore grave nell’esercizio della loro attività professionale, accertato con qualsiasi mezzo di prova da parte della stazione appaltante”.

Alla luce della normativa appena descritta e della sua interpretazione giurisprudenziale, secondo il Consiglio di Stato, il recesso nella fattispecie sarebbe stato da intendersi illegittimo per un duplice ordine di ragioni, ciascuno dei quali in grado di sorreggere autonomamente il provvedimento di esclusione:

- a) perché violativo del principio di immutabilità in corso di gara del RTI, avuto riguardo alla parificazione della mancata conferma dell’offerta – all’atto della scadenza - da parte del singolo operatore economico aderente al RTI al recesso dal medesimo;
- b) perché avente carattere elusivo dei controlli sull’affidabilità professionale ai sensi dell’art. 38, comma 1, lett. f), dell’operatore economico recedente.

Il Consiglio di Stato ha tuttavia ravvisato la necessità di disporre rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE, ai sensi dell’art. 267 TFUE, al fine **di far accertare la compatibilità** con i principi europei di libera circolazione e libertà di stabilimento **di un sistema che equipari la mancata conferma dell’offerta** da parte di una delle imprese del costituendo RTI, all’atto della scadenza della sua vincolatività, **al recesso dal RTI**, rendendo pertanto vincolata l’esclusione del raggruppamento per violazione del divieto di modifica soggettiva del RTI. E posta tale equiparazione ed a prescindere dal divieto innanzi indicato, **sanzioni in ogni caso con l’esclusione del raggruppamento la mancata conferma dell’offerta** – id est il recesso – operata dall’operatore economico con finalità elusive del controllo ex art. 38 comma 1 lett. f) d.lgs. 163/2006.

E ciò perché il costringere i componenti del RTI a rimanere vincolati all’offerta presentata per un periodo indefinito di tempo, anche in caso di plurime scadenze della sua vincolatività, in presenza di gare complesse, il cui svolgimento richieda anche svariati anni – con la sola possibilità di non conferma dell’offerta da parte di tutti gli originari componenti del RTI – appare violativo del principio della libertà di impresa di cui all’art. 16 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea.

Il suddetto articolo 16 codifica in termini positivi gli approdi giurisprudenziali della Corte di giustizia che hanno riconosciuto la **libertà di esercitare un’attività economica o commerciale** (cfr. sentenze del 14 maggio 1974, causa 4-73, Nold, e del 27 settembre

1979, causa 230/78, SpA Eridania) e la **libertà contrattuale** (cfr., tra l'altro, sentenze Sukkerfabriken Nykøbing, causa 151/78; del 5 ottobre 1999, causa C-240/97, Spagna/Commissione) e sull'articolo 119, paragrafi 1 e 3 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea che riconosce la **libera concorrenza**.

È vero che questo diritto si esercita nel rispetto del diritto dell'Unione e delle legislazioni nazionali e che può essere sottoposto alle limitazioni previste all'articolo 52, paragrafo 1 della Carta. Ma per altro verso, **il divieto di svincolo dall'offerta**, giunta alla sua ulteriore scadenza, da parte del singolo componente del RTI - soprattutto in relazione a gare che si protraggano per un lungo periodo di tempo - pena l'esclusione del RTI nel suo complesso, quale evincibile dalla equiparazione fra mancata conferma dell'offerta da parte del singolo operatore aderente al RTI e recesso dal RTI, derivante dall'applicazione delle norme innanzi indicate, non appare misura proporzionale rispetto all'esigenza di garanzia della serietà dell'offerta presentata e della sua imputabilità al RTI quale parte plurisoggettiva, laddove gli operatori economici che hanno confermato l'offerta siano di per sé in possesso della totalità dei requisiti di partecipazione.

Difatti, conformemente al principio di proporzionalità, che costituisce un principio generale del diritto dell'Unione europea, **le misure adottate dagli Stati membri non devono infatti andare al di là di quanto è necessario per raggiungere tale obiettivo** (v., in tal senso, sentenze della Corte 28 febbraio 2018, cause riunite MA.T.I. SUD SpA C-523/16 e C-536/16, del 16 dicembre 2008, Michaniki, C-213/07, punti 48 e 61; del 19 maggio 2009, Assitur, C-538/07, punti 21 e 23; del 23 dicembre 2009, Serrantoni e -OMISSIS- stabile edili, C-376/08, punto 33, nonché del 22 ottobre 2015, Impresa Edilux e SICEF, C-425/14, punto 29).

Il Collegio ha dunque osservato che una volta operata l'equiparazione fra mancata conferma dell'offerta da parte del singolo operatore economico aderente al RTI e recesso dal raggruppamento, l'esclusione diventa in ogni caso vincolata, laddove ritenuta elusiva del

controllo sull'affidabilità morale, ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. f) del Codice, dell'operatore che viene meno per effetto del recesso; per contro, nell'ipotesi in cui fosse ammessa la non conferma dell'offerta da parte di tale operatore, non potendo più considerarsi lo stesso come componente del RTI partecipante alla gara, alcun controllo successivo dovrebbe essere operato su detta affidabilità professionale.

“ **Il divieto di svincolo dall'offerta è misura proporzionale rispetto all'esigenza di garanzia della serietà dell'offerta presentata e della sua imputabilità al RTI quale parte plurisoggettiva, laddove gli operatori economici che hanno confermato l'offerta siano di per sé in possesso – anche in assenza dell'operatore che si sia svincolato dall'offerta – della totalità dei requisiti di partecipazione, senza la possibilità di ammettere a tal fine integrazioni di sorta?** ”

### 3. La pronuncia della CGUE

La Corte di giustizia, chiamata a pronunciarsi sulla questione in esame, ha anzitutto chiarito che né l'articolo 47, § 3, né l'articolo 48, § 4, della direttiva 2004/18 contengono norme riguardanti specificamente le modifiche sopraggiunte in ordine alla composizione di un raggruppamento di operatori economici offerente, con la conseguenza che la disciplina di una tale situazione rientra nella competenza degli Stati membri.

Nel caso di specie, dall'articolo 37, commi 9, 10, 18 e 19 risulta che, salvo in caso di fallimento del capogruppo o di un componente di un raggruppamento temporaneo di imprese, qualsiasi modifica riguardante l'originaria composizione di tale raggruppamento era vietata, pena l'esclusione di tutti i componenti del raggruppamento dalla procedura di aggiudicazione di appalto pubblico.

Senonché il divieto di modificare la composizione di un raggruppamento temporaneo di imprese deve tuttavia essere valutato alla luce dei principi generali del diritto dell'Unione, segnatamente del principio di parità di trattamento, dell'obbligo di trasparenza che deriva da quest'ultimo e del principio di proporzionalità. Quest'ultimo principio, ricordato al considerando 2 della direttiva 2004/18, richiede che le norme stabilite dagli Stati membri o dalle amministrazioni aggiudicatrici nell'ambito dell'attuazione delle disposizioni di detta direttiva non vadano oltre quanto è necessario per conseguire gli obiettivi previsti dalla medesima direttiva.

Il principio di parità di trattamento accorda agli offerenti le stesse possibilità nella formulazione dei termini delle loro offerte, il che implica che tali offerte siano soggette alle medesime condizioni per tutti gli offerenti. L'obbligo di trasparenza, che ne costituisce il corollario, ha come scopo quello di eliminare i rischi di favoritismo e di arbitrio da parte dell'amministrazione aggiudicatrice.

Tale obbligo implica che tutte le condizioni e le modalità della procedura di aggiudicazione siano formulate in maniera chiara, precisa e univoca nel bando di gara o nel capitolato d'oneri, così da permettere, da un lato, a tutti gli offerenti ragionevolmente informati e normalmente diligenti di comprenderne l'esatta portata e di interpretarle allo stesso modo e, dall'altro, all'amministrazione aggiudicatrice di essere in grado di verificare effettivamente se le offerte degli offerenti rispondano ai criteri che disciplinano l'appalto in questione (v., in tal senso, sentenze del 6 novembre 2014, Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, punto 44 e del 2 giugno 2016, Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, punto 36).

I principi di trasparenza e di parità di trattamento che disciplinano tutte le procedure di aggiudicazione di appalti pubblici richiedono che le condizioni sostanziali e procedurali relative alla partecipazione ad un appalto siano chiaramente definite in anticipo e rese pubbliche, in particolare gli obblighi a carico degli offerenti, affinché questi ultimi possano

conoscere esattamente i vincoli procedurali ed essere assicurati del fatto che gli stessi requisiti valgono per tutti i concorrenti.

Al riguardo, il punto 21 dell'allegato VII A della direttiva 2004/18 prevede che il «[p]eriodo di tempo durante il quale l'offerente è vincolato alla propria offerta (procedure aperte)» costituisca parte integrante delle informazioni che devono figurare nei bandi di gara.

Sulla base di tali premesse la Corte ha dunque osservato che l'articolo 47, § 3, e l'articolo 48, § 4, della direttiva 2004/18 devono essere interpretati nel senso che i componenti di un raggruppamento temporaneo di imprese **possono**, senza violare il principio della parità di trattamento, **recedere da quest'ultimo**, purché sia dimostrato, da un lato, che i restanti componenti di tale raggruppamento soddisfano le condizioni di partecipazione alla procedura di aggiudicazione di appalto pubblico definite dall'amministrazione aggiudicatrice e, dall'altro, che la continuazione della loro partecipazione a tale procedura non comporta un deterioramento della situazione degli altri offerenti sotto il profilo della concorrenza (CGUE sentenza del 24 maggio 2016, MT Højgaard e Züblin, C-396/14, EU:C:2016:347, punti 44 e 48).

Pertanto, l'articolo 37, commi 9, 10, 18 e 19 del d.lgs. n. 163 del 2006 viola manifestamente il principio di proporzionalità nella misura in cui impone rigorosamente il mantenimento dell'identità giuridica e materiale di un raggruppamento temporaneo di imprese. Secondo la Corte, ciò vale a maggior ragione in quanto nessuna deroga è prevista nell'ipotesi in cui l'amministrazione aggiudicatrice chieda, a più riprese, il differimento della data di validità delle offerte.

Orbene, un tale differimento richiede che tutti i componenti di un raggruppamento temporaneo di imprese, da un lato, immobilizzino talune risorse, tanto in termini di personale quanto di materiali, nella prospettiva di un'eventuale aggiudicazione dell'appalto di cui trattasi e, dall'altro, di prorogare la cauzione provvisoria costituita, il che può rappresentare un onere rilevante, in particolare per una PMI.

“ **L’articolo 37, commi 9, 10, 18 e 19 del d.lgs. n. 163 del 2006, imponendo rigorosamente il mantenimento dell’identità giuridica e materiale di un raggruppamento temporaneo di imprese, viola manifestamente il principio di proporzionalità. Il che vale a maggior ragione in quanto nessuna deroga è prevista nell’ipotesi in cui l’amministrazione aggiudicatrice chieda, a più riprese, il differimento della data di validità delle offerte** ”

Infine, in ordine alla contestazione elevata alle due società che hanno rifiutato di rinnovare la loro offerta di aver cercato di eludere il controllo del rispetto dei criteri di selezione e, pertanto, di sottrarsi a un’esclusione dalla procedura di aggiudicazione dell’appalto di cui trattasi nei procedimenti principali, la Corte ha aggiunto che, se è vero che l’amministrazione aggiudicatrice può, in qualsiasi momento, verificare l’affidabilità dei componenti di un raggruppamento temporaneo di imprese e, a questo proposito, assicurarsi che questi ultimi non siano interessati da una delle cause di esclusione da una procedura di aggiudicazione di appalto elencate all’articolo 45 della direttiva 2004/18, essa è tuttavia tenuta a garantire, nell’ambito di tale valutazione, il rispetto del principio di proporzionalità.

Pertanto, nell’applicare motivi facoltativi di esclusione da una procedura di aggiudicazione di appalto pubblico, un’amministrazione aggiudicatrice deve prestare un’attenzione ancora maggiore a tale principio qualora l’esclusione prevista dalla normativa nazionale colpisca l’intero raggruppamento di operatori economici non per una violazione imputabile all’insieme dei suoi componenti, bensì per una violazione commessa soltanto da uno o più di essi e senza che il capogruppo di tale raggruppamento abbia disposto di un qualsivoglia potere di controllo nei confronti

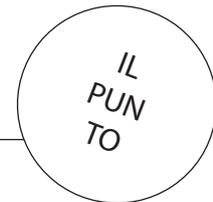
dell’operatore economico o degli operatori economici con cui esso intendeva costituire un tale raggruppamento (v., per analogia, sentenze del 30 gennaio 2020, Tim, C-395/18, EU:C:2020:58, punto 48, e del 7 settembre 2021, Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras, C-927/19, EU:C:2021:700, punto 156).

Il principio di proporzionalità impone, infatti, all’amministrazione aggiudicatrice di effettuare una valutazione specifica e concreta dell’atteggiamento del soggetto interessato. A tale titolo, l’amministrazione aggiudicatrice deve tener conto dei mezzi di cui l’offerente disponeva per verificare l’esistenza di una violazione in relazione al soggetto sulle cui capacità intendeva fare affidamento.

In tali circostanze, l’articolo 47, § 3, e l’articolo 48, § 4, della direttiva 2004/18, in combinato disposto con il principio generale di proporzionalità, devono essere interpretati nel senso che essi ostano a una normativa nazionale che esclude la possibilità, per i componenti originari di un raggruppamento temporaneo di imprese offerente, di recedere da tale raggruppamento, qualora il termine di validità dell’offerta presentata da detto raggruppamento giunga a scadenza e l’amministrazione aggiudicatrice chieda l’estensione della validità delle offerte che le sono state presentate, purché sia dimostrato, da un lato, che i restanti componenti dello stesso raggruppamento soddisfano i requisiti definiti dall’amministrazione aggiudicatrice e, dall’altro, che la continuazione della loro partecipazione alla procedura di aggiudicazione di cui trattasi non comporta un deterioramento della situazione degli altri offerenti sotto il profilo della concorrenza.

# Legge 14 novembre 2024 n.166: concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali per l'esercizio di attività turistico-ricreative e sportive - nuove disposizioni per affidamento con procedure di evidenza pubblica - proroghe al 30 settembre 2027

di Domenico Vitale



## Premessa

Con la pubblicazione in Gazzetta in data 15 novembre 2024, è entrata in vigore la Legge n.166/2024, di conversione del D.L. 16 settembre 2024 n.131: sono state introdotte sostanziali ed importanti novità per la regolamentazione delle concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali per l'esercizio di attività turistico-ricreative e sportive.

Le disposizioni riguardano le modalità di effettuazione delle procedure di gara ad evidenza pubblica per gli affidamenti e la proroga delle concessioni in corso fino al 30 settembre 2027. Proroga quest'ultima contestata da più parti.

Con la Legge n. 166/2024, cd. "salva infrazioni", si è cercato di dare una risposta definitiva alla procedura di infrazione riguardante il quadro normativo che disciplina le autorizzazioni per l'utilizzo di beni demaniali marittimi, lacuali

e fluviali per attività turistiche e ricreative; procedura avviata dalla Commissione Europea con la lettera di costituzione in mora il 3 dicembre 2020; dopo la risposta delle Autorità italiane, è stato emesso un parere motivato il 16 novembre 2023 prot. n. INFR(2020)4118 C(2023)7231, al quale ha fatto seguito la risposta italiana del 16 gennaio 2024, che non ha prodotto un positivo risultato.

La Commissione UE ritiene che, mantenendo proroghe indiscriminate ed ex lege delle attuali "concessioni balneari", l'Italia sia venuta meno agli obblighi dell'articolo 12 della Direttiva 2006/123/CE (cosiddetta direttiva Bolkestein), che prevede l'applicazione di procedure di selezione qualora il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili; violazione della Direttiva, anche, per le continue determinazioni di rinnovo automatico (da ultimo al 31 dicembre 2024).

### 1. Le decisioni del Giudice comunitario e del Giudice Amministrativo.

Numerose sono le pronunce, sia della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (sentenza del 14 luglio 2016 in cause riunite C-458/14 e C-67/15), che del Giudice amministrativo, a partire dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (sentenze nn.17 e 18 del 9 novembre 2021); successivamente sono intervenute numerose altre decisioni: da ultimo per il Giudice di appello: Settima Sezione 17 maggio 2022 n.3899, 20 maggio 2024 nn.4480 e 4481.

Si segnalano, altresì, le recentissime decisioni del Tar Lazio, sezione Latina, 8 e 14 novembre 2024 (nn.713 e 728), intervenute, anche, in vigenza del D.L. 16 settembre 2024 n.131 con le quali è stato affermato:

- tutte le proroghe delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative - anche quelle in favore di concessionari che avessero ottenuto il titolo in ragione di una precedente procedura selettiva laddove il rapporto abbia esaurito la propria efficacia per la scadenza del relativo termine di durata - sono illegittime e devono essere disapplicate dalle amministrazioni ad ogni livello, anche comunale, imponendosi, anche in tal caso, l'indizione di una trasparente, imparziale e non discriminatoria procedura selettiva;
- l'art. 12, paragrafi 1 e 2, della Dir. 2006/123/CE impone agli Stati membri l'obbligo di applicare una procedura di selezione imparziale e trasparente tra i candidati potenziali e vieta loro di rinnovare automaticamente un'autorizzazione rilasciata per una determinata attività, in termini incondizionati e sufficientemente precisi;
- ogni questione sulla scarsità delle risorse e sugli eventuali criteri fissati per accertare tale scarsità non può costituire ragione per determinare la non applicabilità della Dir. 2006/123/CE nelle more della fissazione dei menzionati criteri;
- devono essere disapplicate perché contrastanti con l'art. 12 della Dir.

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 e in particolare:

- a. le disposizioni di proroga previste in via generalizzata e automatica, e ormai abrogate dall'art. 3, comma 5, della l. n. 118 del 2002 (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 l. n. 14 del 2023, che ha introdotto il comma 4-bis all'art. 4 della l. n. 118 del 2022.

I giudici amministrativi hanno, così, affermato, con orientamento assolutamente pacifico, che:

- la disapplicazione della proroga si impone prima e a prescindere dall'esame della questione della scarsità delle risorse, in quanto, anche qualora si dimostrasse che in alcuni casi specifici non vi sia scarsità di risorse naturali, le suddette disposizioni, essendo di natura generale e assoluta, paralizzano senza giustificazione alcuna l'applicazione della Dir. 2003/126/CE e precludono in assoluto lo svolgimento delle gare;
- l'applicabilità dell'art. 12 della Dir. 2006/123/CE è piena, diretta, incondizionata e non è né può essere subordinata dal legislatore in nessun modo alla mappatura, in sede nazionale, della "scarsità" della risorsa o a qualsiasi riordino, pur atteso, dell'intera materia, pena il frontale contrasto di questa subordinazione con il diritto dell'Unione e la conseguente disapplicazione delle norme che ciò prevedano;

- anche nelle eccezionali ipotesi di risorsa non scarsa e di contestuale assenza dell'interesse transfrontaliero certo, da provarsi in modo rigoroso, il diritto nazionale impone in ogni caso di procedere con procedura selettiva comparativa ispirata ai fondamentali principi di imparzialità, trasparenza e concorrenza e preclude l'affidamento o la proroga della concessione in via diretta ai concessionari uscenti.

## **2. Le decisioni dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato**

Pur in presenza del sopravvenuto D.L. 16 settembre 2024 n.131, in G.U. n.217/2024, l'Agcom ha continuato a contestare la legittimità dei provvedimenti di proroga delle concessioni balneari, adottati da diversi Comuni.

Da ultimo in Bollettino 7 ottobre 2024 n.39, l'Autorità con la delibera: "attività di segnalazione e consultiva A.S. 2036 - Comune di Minori (Sa) - proroga delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative", ha deciso di proporre ricorso avverso gli atti recanti la proroga nonostante l'avvenuta indizione di una procedura di gara per l'assegnazione di tre concessioni demaniali, con approvazione del relativo bando di gara, senza indicare la tempistica di svolgimento di tale procedura.

L'Autorità, inoltre, ha contestato le previsioni del bando ed, in particolare, i criteri di valutazione delle offerte, in quanto il criterio premiale basato sulla valorizzazione dell'esperienza professionale sarebbe suscettibile di creare ingiustificate restrizioni all'accesso al mercato e discriminazioni tra operatori economici e non vi sarebbe una adeguata pubblicità del bando; come tale, il bando risulterebbe non conforme con le norme poste a tutela della concorrenza e del mercato nella misura in cui non è idoneo a garantire il rispetto dei principi di imparzialità, trasparenza, non discriminazione.

Gli atti contestati risulterebbero, così, in contrasto con i principi concorrenziali nella misura in cui impediscono il confronto competitivo che dovrebbe essere garantito in sede di affidamento

dei servizi incidenti su risorse demaniali di carattere scarso, in un contesto di mercato nel quale le dinamiche concorrenziali sono già particolarmente affievolite a causa della lunga durata delle concessioni attualmente in essere.

In particolare, i provvedimenti comunali in questione risulterebbero in contrasto con l'art.49 del Trattato (T.F.U.E.), in quanto limitano ingiustificatamente la libertà di stabilimento e la libera circolazione dei servizi nel mercato interno, nonché con le disposizioni normative euro-unitarie in materia di affidamenti pubblici, con particolare riferimento all'articolo 12 della Direttiva 2006/123/CE (c.d. Direttiva Servizi).

L'Autorità, dopo la contestazione con "parere motivato" della violazione delle norme a tutela della concorrenza e del mercato, ha deliberato, così, di impugnare gli atti contestati 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 2022 n.201, convertito, con modificazioni, dalla L. 22 dicembre 2011, n. 214.

Impugnativa che potrebbe trovare favorevole accoglimento per le sopra richiamate decisioni del G.A.

## **3. Le disposizioni introdotte dalla Legge n.166 del 2024**

A far data 15 novembre 2024 è intervenuta la Legge n.166/2024, di conversione del D.L. n.131/2024, con il dichiarato scopo di dare ottemperanza alle contestazioni mosse con la procedura di infrazione n. 2020/4118.

In primo luogo, è stata disposta la proroga al 30 settembre 2027 delle concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali per l'esercizio delle attività turistico ricreative e sportive e di quelle gestite dalle società e associazioni sportive iscritte nel registro del CONI e da enti del Terzo settore, per consentire ai comuni e a tutti gli enti concedenti di avviare le procedure di affidamento e di individuare il nuovo concessionario.

Obbligo di indizione delle gare fissato al 30

giugno 2027, con applicazione delle regole per la gestione dei bandi e delle procedure di affidamento contenute nel nuovo testo normativo; è stato, altresì, previsto che le concessioni e i rapporti di gestione affidati e rinnovati mediante procedura selettiva, continuano ad essere efficaci sino al termine previsto dal relativo titolo.

Secondo l'originario testo della Legge n.118/2022, se il titolo scadeva prima del 31 dicembre 2023, la concessione continuava ad avere efficacia fino a tale data; termine prima prorogato dall'art. 12, comma 6-sexies, L. 14/2023 al 31 dicembre 2024 ed oggi fissato al 30 settembre 2027.

In questo caso, la norma affida all'ente concedente il compito di individuare, con un proprio atto, le concessioni e i rapporti affidati e rinnovati mediante procedura di gara.

Proprio sulla proroga, a mio avviso, permangono le criticità e le violazioni delle disposizioni comunitarie, di continuo rilevate dalla Giurisprudenza amministrativa.

Altra sostanziale novità introdotta dalla Legge n.166/2024, è l'obbligo di indizione delle procedure di affidamento delle concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali per finalità turistico-ricreative e sportive che dovranno essere espletate entro il 30 giugno 2027, prevedendo altresì i criteri di indennizzo per i concessionari uscenti, nonché la disciplina per la definizione e l'aggiornamento delle misure unitarie dei canoni demaniali.

Pertanto, continuano ad avere efficacia fino al 30 settembre 2027 le seguenti concessioni:

- le concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali per l'esercizio delle attività turistico-ricreative e sportive di cui all'art.1, comma 1, del decreto-legge 5 ottobre 1993, n. 400, cioè quelle rilasciate per servizi pubblici e per servizi e attività portuali e produttive, e quelle rilasciate per le seguenti attività:
  - a. gestione di stabilimenti balneari;
  - b. esercizi di ristorazione e somministrazione di bevande, cibi precotti e generi di

- monopolio;
- c. noleggio di imbarcazioni e natanti in genere;
- d. gestione di strutture ricettive e attività ricreative e sportive;
- e. esercizi commerciali;
- f. servizi di altra natura e conduzione di strutture ad uso abitativo, compatibilmente con le esigenze di utilizzazione di cui alle precedenti categorie di utilizzazione.

- le concessioni gestite dalle società e associazioni sportive iscritte al Registro nazionale delle attività sportive dilettantistiche (di cui al decreto legislativo 28 febbraio 2021, n. 39);
- le concessioni gestite dagli enti del Terzo settore di cui all'articolo 4, comma 1, del codice del Terzo settore (decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117);
- i rapporti aventi ad oggetto la gestione di strutture turistico-ricreative e sportive in aree ricadenti nel demanio marittimo per effetto di provvedimenti successivi all'inizio dell'utilizzazione.

La proroga viene disposta al fine di consentire l'ordinata programmazione delle procedure di affidamento, che vengono definite dall'articolo 4 della legge n.118 del 2022 (come modificato dalla Legge n.166/2024), e il loro svolgimento nel rispetto del diritto dell'Unione europea.

Il differimento si applica, come già previsto dalla legge n.118/2022, a tutte le concessioni in essere alla data di entrata in vigore della legge 118/2022, 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.

La citata Legge n.166/2024, di conversione del D.L. n.131/2024, prevede, inoltre, che gli effetti del differimento non possono pregiudicare la validità delle procedure selettive già svolte, anteriormente al 30 settembre 2027, nonché la decorrenza del relativo rapporto concessorio; in tal caso occorre l'adozione di un'apposita

deliberazione nel rispetto, limitatamente alle procedure avviate successivamente all'entrata in vigore del D.L. n.131/20024, delle nuove modalità e dei criteri previsti dall'articolo 4 legge 5 agosto 2022, n.118, che viene integralmente sostituito dalla Legge n.166 citata.

#### **4. Novità anche per le nuove procedure di affidamento che dovranno essere indette entro il 30 giugno 2027**

L'art. 4 della legge sulla concorrenza n.118/2021 (il quale recava la delega, mai esercitata, per il riordino delle disposizioni relative alle concessioni in questione), è stato integralmente trascritto, definendo nuove procedure per l'affidamento delle concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali per l'esercizio delle attività turistico ricreative e sportive.

Le nuove disposizioni si applicano alle procedure di affidamento delle concessioni avviate successivamente all'entrata in vigore del d.l. n.131/2024 e ai relativi atti concessori (comma 13 del nuovo articolo 4) che dovranno svolgersi nel rispetto del diritto dell'Unione europea e dei principi di libertà di stabilimento, di pubblicità, di trasparenza, di massima partecipazione, di non discriminazione e di parità di trattamento, anche al fine di agevolare la partecipazione delle microimprese, delle piccole imprese e delle imprese giovanili.

Le concessioni interessate sono le seguenti: a) gestione di stabilimenti balneari; b) esercizi di ristorazione e somministrazione di bevande, cibi precotti e generi di monopolio; c) noleggio di imbarcazioni e natanti in genere; d) gestione di strutture ricettive ed attività ricreative e sportive; e) esercizi commerciali; f) servizi di altra natura e conduzione di strutture ad uso abitativo, compatibilmente con le esigenze di utilizzazione di cui alle precedenti categorie di utilizzazione.

In sede di conversione del D.L. n. 131/2024, è stato introdotto all'art. 4 un nuovo comma 1- bis, che **esclude** dall'ambito di applicazione della disciplina dettata dal suddetto articolo gli usi del demanio marittimo, lacuale e fluviale

relativi allo svolgimento delle attività di cui all'art.7, comma 1, lettera b), del decreto legislativo 28 febbraio 2021, n. 36; vale a dire esclusione per le attività di organizzazione e gestione di attività sportive dilettantistiche, da svolgersi in via stabile e principale, ivi comprese la formazione, la didattica, la preparazione e l'assistenza all'attività sportiva dilettantistica.

La deroga opera a condizione che le suddette attività siano svolte da: federazioni sportive, discipline sportive associate ed enti di promozione sportiva, anche paraolimpici, associazioni e società sportive dilettantistiche costituite ai sensi dell'articolo 2, comma 1, del medesimo decreto legislativo n. 36 del 2021, e iscritte al Registro nazionale delle attività sportive dilettantistiche di cui al decreto legislativo 28 febbraio 2021, n. 39, che perseguono esclusivamente finalità sociali, ricreative e di promozione del benessere psicofisico.

Tale deroga è stata giustificata dal fatto che detti usi del demanio marittimo, lacuale e fluviale possono essere considerati come attività non economiche in base al diritto dell'Unione europea e riguarda enti che operano in assenza di fini di lucro.

Ultima breve annotazione riguarda la disposizione introdotta con la Legge di conversione, secondo cui i titolari delle concessioni demaniali marittime per l'esercizio delle attività turistico ricreative e dei punti di approdo con finalità turistico ricreative in cui sono installati manufatti amovibili di cui alla lettera e.5) del comma 1, dell'articolo 3, del Testo Unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia (D.P.R. 6 giugno 2001 n.380), possono, in vigenza del titolo concessorio e ferma restando la corresponsione del relativo canone, fino alla data di aggiudicazione delle procedure selettive avviate, **mantenere installati** i predetti manufatti anche nel periodo di sospensione stagionale dell'esercizio delle attività turistico ricreative; vengono fatti salvi eventuali provvedimenti di demolizione che siano stati adottati prima della data di entrata in vigore della Legge n.166/2024.

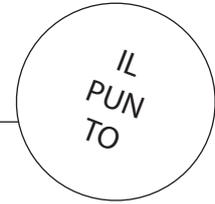
Come evidenziato da un breve disamina delle disposizioni ultime citate, non può non evidenziarsi in primo luogo la criticità della proroga automatica al 30 settembre 2027 delle concessioni in atto, tenuto conto della costante giurisprudenza amministrativa intervenuta al riguardo con la disapplicazione delle stesse; per quanto concerne, poi, le disposizioni riguardanti le modalità di effettuazione delle procedure di gara ad evidenza pubblica per gli affidamenti le stesse sono evidentemente improntate ad una tutela degli operatori già titolari di concessioni; per la concreta indizione delle gare occorre, poi, attendere il decreto del Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti, insieme al Ministro dell'Economia e delle Finanze, che dovrà essere adottato entro il 31 marzo 2025 che dovrà definire dei criteri uniformi per la quantificazione dell'indennizzo che il concessionario subentrante dovrà riconoscere al concessionario uscente.

L'indennizzo deve coprire gli investimenti non ammortizzati alla fine della concessione, compresi quelli derivanti da eventi calamitosi o obblighi di legge, e garantire una remunerazione equa sugli investimenti effettuati negli ultimi cinque anni.

Come si vede la strada è ancora lunga ed impervia per una definitiva regolamentazione del settore.

# Il regime della qualificazione delle stazioni appaltanti nel nuovo codice

di Barbara Carducci



La recente Circolare del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti n. 279 del 18 novembre 2024 pubblicata il 21 novembre scorso offre l'occasione per una ricostruzione sistematica delle norme previste in materia di qualificazione delle stazioni appaltanti, tema assolutamente centrale e pervasivo nel nuovo Codice dei contratti e, di certo, tra i più sentiti della riforma.

L'obiettivo della Circolare dichiarato dal Ministero, in aderenza ad una delle milestone del PNRR (M1C1-73 bis) è quello di *"fornire orientamenti per sistematizzare le attuali norme applicabili, spiegare che la qualificazione anche per le aggiudicazioni al di sotto delle soglie è ancora possibile e auspicabile e incentivare il ricorso a centrali di committenza (qualificate), qualora la qualificazione non ci sia o non sia possibile (art. 62, comma 6, lettera a) del d.lgs. 36/2023"*.

L'istituto della qualificazione, per la verità, era già stato introdotto dal d.lgs. n. 50/2016 ma, in mancanza del d.P.C.M. contemplato dall'art. 38, comma 2, del medesimo decreto, lo stesso non aveva mai trovato attuazione presumibilmente nella consapevolezza da parte del Legislatore che l'entrata a regime di tale sistema avrebbe

comportato, soprattutto per le stazioni appaltanti più piccole e meno strutturate, una vera e propria rivoluzione in grado di rallentare fortemente il mercato degli appalti pubblici.

E ancora oggi, a distanza di oltre un anno da quando è divenuto efficace il nuovo Codice dei Contratti, sono ancora molte le stazioni appaltanti impossibilitate a comprovare il possesso dei requisiti minimi per la qualificazione (n. 1.716 secondo la circolare del Ministero), soprattutto per quanto concerne i livelli di valore più elevato (tra i soggetti ad oggi qualificati in via ordinaria o per riserva, pari a 4.391, figurano solo 694 stazioni appaltanti per la fascia di lavori L1 e 788 per la fascia di servizi/forniture SF1).

È pur vero che l'obiettivo dichiarato dal Legislatore nella legge delega n. 78/2022 era quello di procedere ad una ridefinizione e rafforzamento della disciplina in materia di qualificazione delle stazioni appaltanti *"al fine di conseguire la loro riduzione numerica, nonché l'accorpamento e la riorganizzazione delle stesse"* ma presumibilmente l'entrata a regime del sistema ha consentito di sperimentare che l'auspicata riduzione rischia, almeno in questo momento storico, di ostacolare gli investimenti pubblici più che di favorire l'economia.

Nella consapevolezza che la qualificazione costituisce un processo in divenire che richiede ancora tempo, la circolare del Ministero offre allora lo spunto per una ricostruzione sistematica dell'istituto *de iure condito* con l'obiettivo di facilitare la lettura delle norme a favore soprattutto di quelle stazioni appaltanti che non sono, o non sono ancora, nella possibilità di qualificarsi.

A tale iniziativa si associa quella adottata dal Governo sul piano legislativo sempre in aderenza agli impegni assunti in sede di PNRR (milestone M1C1-73 ter): l'approvazione dello schema di Correttivo al Codice approvato dal Consiglio dei Ministri il 21 ottobre scorso e già bollinato che, attraverso l'introduzione di incentivi alla qualificazione e professionalizzazione delle stazioni appaltanti contiene una serie di misure finalizzate proprio ad agevolare il percorso di qualificazione delle stazioni appaltanti ancora prive dei requisiti minimi.

Queste ultime, al momento, possono forse solo contare sullo strumento della qualificazione con riserva ex art. 63, comma 13, per ambire a tale qualificazione.

Nel rinviare agli artt. 62 e 63 del Codice e all'Allegato II.4 per quanto attiene ai requisiti di qualificazione, cerchiamo allora di capire meglio come funziona il sistema di qualificazione, quali prerogative permangono in capo alle stazioni appaltanti non qualificate e quali strumenti le stesse hanno a disposizione per i 2 ambiti di riferimento:

- progettazione e affidamento;
- gestione del contratto.

### **1. I soggetti esenti dall'obbligo di qualificazione**

Va preliminarmente rilevato che l'obbligo della qualificazione non riguarda tutti i soggetti pubblici.

Ai sensi dell'art. 2, comma 2 dell'All. II.4 e come anche chiarito dall'ANAC nelle proprie FAQ pubblicate sul sito dell'Autorità e nel comunicato del Presidente dell'Autorità del 17

maggio 2023, sono espressamente esclusi dalla qualificazione gli "Enti aggiudicatori" che non sono amministrazioni aggiudicatrici, ossia:

- le imprese pubbliche, ovvero qualsiasi impresa, operante nei settori speciali, su cui le amministrazioni aggiudicatrici possono esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante perché ne sono proprietarie, vi hanno una partecipazione finanziaria, o in virtù di norme che disciplinano le imprese in questione;
- i soggetti privati titolari di diritti speciali e/o esclusivi, ossia i soggetti privati e/o partecipati senza forme di controllo pubblico nel senso indicato dal legislatore (cfr. art. 2, comma 1, lett. b) del d.lgs. 175/2016), operanti nei settori speciali.

Rientrano invece nell'ambito della qualificazione le società *in house* operanti nei settori speciali in quanto rientranti nella definizione di "amministrazioni aggiudicatrici".

Sono poi sottratti all'applicazione del sistema della qualificazione:

- i soggetti privati tenuti solo in parte alla disciplina codicistica sugli appalti come, ad esempio, i titolari di permesso di costruire o di un altro titolo abilitativo, che assumono in via diretta l'esecuzione delle opere di urbanizzazione a scomputo totale o parziale del contributo previsto per il rilascio del permesso (cfr. art. 13, comma 7, e all. I.12 del d.lgs 36/2023);
- i commissari straordinari già abilitati per legge ad operare con funzioni di stazione appaltante;
- le stazioni appaltanti, comunque denominate, della Presidenza della Repubblica, del Senato, della Camera dei Deputati e della Corte Costituzionale, pur tenute all'obbligo di adeguare i propri ordinamenti ai principi e criteri previsti dal Codice.

## 2. I soggetti qualificati di diritto

L'art. 63, comma 4, individua poi alcuni soggetti qualificati "di diritto" e dunque esenti dall'obbligo di comprovare il possesso dei requisiti richiesti per la qualificazione.

Tali sono il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, compresi i Provveditorati interregionali per le opere pubbliche, Consip S.p.a., Invitalia - Agenzia nazionale per l'attrazione degli investimenti e lo sviluppo d'impresa S.p.a., Difesa servizi S.p.A., l'Agenzia del demanio, i soggetti aggregatori di cui all'articolo 9 del d.l. 24 aprile 2014, n. 66, convertito, con modificazioni, dalla l. 23 giugno 2014, n. 89, Sport e salute S.p.a.

Eventuali ulteriori iscrizioni di diritto possono essere disposte con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, sentita l'ANAC, previa intesa in sede della Conferenza unificata.

## 3. I soggetti qualificati con riserva

Il codice contempla due ipotesi ben distinte di "qualificazione con riserva" da parte della Stazioni Appaltanti che non abbiano ancora conseguito il possesso dei requisiti di legge:

- la qualificazione con riserva ai sensi dell'art. 63, comma 8, del Codice per province e città metropolitane, comuni capoluogo di provincia e delle regioni, e stazioni appaltanti delle unioni di comuni costituite nelle forme previste dall'ordinamento. Tale possibilità di qualificazione, invero, è scaduta l'1 luglio 2024. Conseguentemente, a decorrere da tale data, gli stessi soggetti hanno la possibilità di conseguire la qualificazione solo "a regime", dimostrando la sussistenza dei requisiti richiesti dalla legge per le relative fasce di riferimento;
- la qualificazione con riserva ai sensi dell'art. 63, comma 13, tuttora vigente. Tale norma prevede che "L'ANAC può stabilire ulteriori casi in cui può essere disposta la qualificazione con riserva, finalizzata a consentire alla stazione appaltante e alla centrale di committenza, anche per le attività

*ausiliarie, di acquisire la capacità tecnica ed organizzativa richiesta".* La suddetta modalità di qualificazione è finalizzata a consentire alle stazioni appaltanti che non abbiano ancora conseguito i requisiti per la qualificazione di svolgere comunque le relative funzioni in fase di affidamento entro un determinato periodo di tempo, individuato dall'ANAC; alla scadenza del quale occorrerà dimostrare di aver raggiunto i requisiti di legge.

Si tratta di un istituto di grande rilevanza poiché, al momento, costituisce forse l'unica porta di accesso alla qualificazione per tutti quei soggetti che, sebbene privi dei requisiti, sono in grado di comprovare tramite gli strumenti programmatori e di pianificazione la possibilità di gestire procedure di affidamento tali da conseguire l'obiettivo della qualifica a breve termine.

La limitazione è stata colta anche dal Ministero che, proprio al fine di consentire una maggiore apertura nei confronti delle Stazioni Appaltanti prive dei requisiti di qualificazione, ha rappresentato la possibilità, in prospettiva, di valorizzare in sede di attribuzione dei punteggi, ed in particolare di quello "esperienziale", non solo le gare al di sopra delle soglie minime di qualificazione ma anche quelle comprese in una forcella al di sotto di dette soglie. In questo modo l'esperienza di una amministrazione verrebbe esaltata anche basandosi su gare che, seppure di importo modesto, potrebbero essere numerose a garanzia di una effettiva capacità da parte della stazione appaltante.

## 4. La qualificazione per progettazione e affidamento

Occorre innanzitutto rammentare che le fasce minime di qualificazione non corrispondono in alcun modo ai valori delle soglie comunitarie (che per l'anno in corso, nei settori ordinari, sono pari a 221 mila euro per servizi e forniture e 5.538 milioni di euro per lavori).

Ed infatti l'obbligo della qualificazione scatta ben al di sotto di tali soglie e, specificamente,

sopra i 140 mila euro per servizi e forniture (corrispondente all'importo massimo entro il quale si può procedere con affidamenti diretti a norma dell'art. 50, comma 1, lett. a) e b) del Codice) e sopra i 500 mila euro per lavori.

In particolare, le fasce di riferimento per la qualificazione sono così articolate:

#### Servizi e Forniture

- a) qualificazione di primo livello (SF3) per importi fino a 750.000 euro;
- b) qualificazione di secondo livello (SF2) per importi fino a 5.000.000 di euro;
- c) qualificazione di terzo livello (SF1) senza limiti di importo.

#### Lavori

- a) qualificazione di primo livello (L3) per importi fino a 1.000.000 di euro;
- b) qualificazione di secondo livello (L2) per importi fino alle soglie di rilevanza europea;
- c) qualificazione di terzo livello (L1) senza limiti di importo.

Sebbene fino all'importo di 140 mila euro per servizi/forniture e di 500 mila euro per lavori non sia necessaria la qualificazione a norma degli artt. 62 e 63 del Codice, resta in ogni caso fermo, per le stazioni appaltanti che debbano procedere ad affidamenti di contratti l'obbligo di utilizzare una piattaforma di approvvigionamento digitale "certificata" a norma degli artt. 25 e 26 del d. lgs. 36/2023, eventualmente anche avvalendosi di una piattaforma resa disponibile da soggetti terzi (come, ad esempio, quella del MEPA) laddove le stesse ne fossero sprovviste.

Al di sopra delle soglie per le quali è richiesta la qualificazione, il Legislatore (art. 62, comma 1 del Codice) ha comunque previsto che le stazioni appaltanti non qualificate possano procedere ad affidamenti attraverso l'effettuazione di ordini a valere su strumenti di acquisto messi a disposizione:

- dalle centrali di committenza qualificate (queste ultime, a differenza delle stazioni appaltanti, hanno lo scopo di gestire la procedura di affidamento per conto di queste ultime con l'obiettivo di ottimizzare i processi, ottenere

migliori condizioni economiche e ridurre i costi);  
- dai soggetti aggregatori di cui all'art. 9 del d.l. 24 aprile 2014 n. 66, convertito in l. 23 giugno 2014, n. 89 (legge di stabilità 2015) iscritti in apposito elenco ANAC (i soggetti aggregatori costituiscono una particolare tipologia di centrale di committenza che opera su scala nazionale o regionale, per l'acquisizione di beni e servizi considerati strategici o ad alta rilevanza economica per la Pubblica Amministrazione. Dei soggetti aggregatori fanno parte di diritto Consip S.p.A. e una Centrale di Committenza per ciascuna Regione).

### 5. La qualificazione per la gestione del contratto

Tale ambito di qualificazione è destinato a subire rilevanti modifiche in sede di Correttivo.

Allo stato, ancora fino al 31 dicembre di quest'anno:

- le stazioni appaltanti non qualificate per progettazione e affidamenti potranno gestire contratti pubblici purché dotate di un RUP e iscritte all'AUSA;
- le stazioni appaltanti e le centrali di committenza qualificate per la progettazione e per l'affidamento sono considerate qualificate anche per i livelli superiori a quelli di qualifica.

Dopo il 31 dicembre 2024 l'attuale Codice prevede che:

- le stazioni appaltanti e le centrali di committenza non qualificate per progettazione e affidamento possano gestire contratti pubblici solo se, in relazione ai contratti eseguiti nel quinquennio precedente la domanda di qualificazione, possano dimostrare i seguenti requisiti:
  - a) presenza nella struttura organizzativa di dipendenti aventi specifiche competenze in materia di contratti pubblici e di sistemi digitali;
  - b) sistema di formazione e aggiornamento del personale;
  - c) contratti eseguiti nel quinquennio precedente la domanda di qualificazione;
  - d) rispetto dei tempi previsti per i pagamenti di imprese e fornitori;

- e) assolvimento degli obblighi di comunicazione dei dati sui contratti pubblici che alimentano le banche dati detenute o gestite dall'ANAC;
- f) assolvimento degli obblighi di cui agli artt. 1 e 2 del decreto legislativo 29 dicembre 2011, n. 229;
- le stazioni appaltanti e le centrali di committenza qualificate per la progettazione e per l'affidamento possano considerarsi qualificate anche per i livelli superiori a quelli di qualifica se siano in grado di comprovare i seguenti requisiti:
  - a) rispetto dei tempi previsti per i pagamenti di imprese e fornitori;
  - b) assolvimento degli obblighi di comunicazione dei dati sui contratti pubblici che alimentano le banche dati detenute o gestite dall'ANAC;
  - c) assolvimento degli obblighi di cui agli artt. 1 e 2 del decreto legislativo 29 dicembre 2011, n. 229 circa gli obblighi di monitoraggio degli appalti pubblici;

Come detto, lo schema di Correttivo al Codice dovrebbe introdurre alcune novità per tale ambito.

In particolare, la nuova formulazione dell'art. 8 dell'allegato II.4 prevede ora che a decorrere dal 1° gennaio 2025:

- le stazioni appaltanti non qualificate potranno accedere alla qualificazione sulla base dei seguenti requisiti:
  - a) siano iscritte all'AUSA;
  - b) possano avvalersi di un RUP;
  - c) possano dichiarare il rispetto della normativa sui pagamenti delle P.A,
  - d) siano in regola con l'assolvimento degli obblighi di comunicazione delle schede SIMOG;
  - e) abbiano svolto corsi di formazione che, in tema di lavori, devono riguardare anche il BIM;
- le stazioni appaltanti e le centrali di committenza qualificate per la progettazione e l'affidamento di lavori, di servizi e forniture o di entrambe le tipologie contrattuali sono qualificate anche per

- l'esecuzione rispettivamente di lavori, di servizi e forniture o di entrambe le tipologie contrattuali per i corrispondenti livelli di qualifica;
- le stazioni appaltanti e le centrali di committenza qualificate per la progettazione e per l'affidamento di lavori, di servizi e forniture possano eseguire il contratto per i livelli superiori a quelli di qualifica sulla base dei seguenti requisiti:
  - a) rispetto dei tempi previsti per i pagamenti di imprese e fornitori;
  - b) assolvimento degli obblighi di comunicazione dei dati sui contratti pubblici che alimentano le banche dati detenute o gestite dall'ANAC;
  - c) partecipazione al sistema di formazione e aggiornamento del personale

Tali requisiti sono poi modulati in modo diverso a seconda dell'ambito e del livello di qualificazione che si vuole conseguire nelle tabelle D) ed E) del nuovo Allegato.

## 6. Le novità contenute nello schema correttivo

Come già accennato, lo schema di Correttivo al Codice approvato il 21 ottobre scorso ha la finalità di facilitare la qualificazione per le stazioni appaltanti prive dei requisiti di legge.

Il Governo, a tale scopo, ha previsto l'adozione di una serie di misure volte, da un lato, ad agevolare l'ingresso al sistema di qualificazione e, dall'altro, ad incentivare il ricorso ai soggetti aggregatori per le stazioni appaltanti impossibilitate ad accedervi. Tali misure prevedono, in particolare:

- l'introduzione di ulteriori requisiti per il computo dei punteggi di qualificazione,
- incentivi per le stazioni appaltanti non qualificate per affidamenti anche al di sotto delle soglie obbligatorie di qualificazione;
- l'istituzione, presso l'ANAC, di un Tavolo di coordinamento dei soggetti aggregatori, allo scopo di monitorare l'attività di questi ultimi individuando degli ambiti ove si registra uno scostamento tra la domanda e l'offerta di attività di committenza e promuovendo la specializzazione dei soggetti aggregatori;

- la possibilità di prevedere che le stazioni appaltanti non qualificate possono ricorrere a stazioni appaltanti o centrali di committenza qualificate anche al di sotto della soglia di 500 mila euro per i lavori e 140 mila euro per servizi e forniture;
- l'obbligo di qualificazione per la progettazione, l'affidamento e l'esecuzione di contratti di partenariato pubblico e privato solo al di sopra delle soglie minime di qualificazione.

Il Correttivo interviene anche per dirimere *la querelle* originatasi dall'adozione dei Regolamenti SNA adottati in tema di formazione valida ai fini dell'attribuzione di punteggio per la qualificazione delle stazioni appaltanti.

Sul tema si rammenta che l'art. 63, comma 10 del Codice ha espressamente limitato la possibilità di erogare corsi di formazione validi a fini di qualificazione delle stazioni appaltanti ai soggetti privati aventi scopo di lucro, devolvendo alla SNA anche il compito di individuare, da un lato, i requisiti dei soggetti erogatori dei corsi e, dall'altro, le modalità di accreditamento.

Relativamente ai requisiti per l'accreditamento, la SNA, avvalendosi di un Gruppo di Lavoro costituito con ANAC e Ministero Infrastrutture e Trasporti (decreto n. 115 dell'8 giugno 2023) ha adottato apposito Regolamento (decreto 13 febbraio n. 22) nel quale sono stati declinati i requisiti "soggettivi" che devono essere posseduti dagli enti erogatori, e quelli "oggettivi" relativi alle attività formative di cui, nel decreto, sono specificate finalità, modalità e durata.

Relativamente alle modalità di accreditamento, la SNA ha inoltre adottato il decreto 24 ottobre 2024, n. 176 che, in attuazione del citato art. 63, comma 10, oltre a ribadire la possibilità di erogare corsi di formazione utili ai fini della qualificazione delle stazioni appaltanti ai soli soggetti pubblici o a quelli privati *no profit*, ha previsto un *iter* procedurale di accreditamento articolato, che richiede non meno di 90 giorni dalla presentazione della relativa istanza, la quale deve essere valutata da apposita Commissione (entro 60 giorni) oltreché dal Presidente della SNA (entro 30 giorni).

Per entrambi i Regolamenti sono stati sollevati dubbi di legittimità soprattutto da parte degli operatori del settore che, oltre a mettere in discussione l'efficacia di tali atti, ritenuti preclusivi della concorrenza e quindi violativi delle norme comunitarie di riferimento e di quelle costituzionali, hanno anche evidenziato un vizio di eccesso di delega, atteso che la legge delega n. 78/2024 che ha individuato i principi direttivi del nuovo Codice, non ha mai dettato alcuna limitazione soggettiva circa la tipologia dei soggetti che si possono accreditare né tantomeno ha espressamente devoluto alla SNA il compito di individuare i requisiti degli enti di formazione e dei corsi da prendere a riferimento ai fini della qualificazione.

La bozza di Correttivo approvata lo scorso 21 ottobre mira ora ad ampliare l'ambito di soggetti accreditabili e apporta anche un'altra importante modifica: elide il riferimento al fatto che i requisiti di accreditamento possano essere individuati dalla SNA.

Tutto ciò allo scopo di "*ampliare il novero dei soggetti accreditabili ... non solo al fine di aprire il mercato, ma anche con l'obiettivo di rendere maggiormente accessibile e realizzabile (anche mediante il riconoscimento dei relativi crediti formativi, già largamente in uso nella prassi amministrativa) il sistema di formazione del personale e quindi di professionalizzazione delle stazioni appaltanti*" (cfr. Relazione illustrativa del Correttivo).

Nelle more che tali modifiche possano trovare attuazione, trova comunque applicazione la disposizione transitoria di cui all'art. 8 del decreto SNA n. 176/2024 a mente del quale, in fase di prima applicazione, "*permane la validità della formazione realizzata ed autocertificata in base ai criteri di cui alle Linee Guida ANAC sulla qualificazione delle stazioni appaltanti (delibera n. 141/2022 e Delibera n. 441/2022 e specifiche FAQ pubblicate sul sito ANAC di cui ai nn.21-24) nel biennio di qualificazione 2023/2024, nonché di quella avviata, nel rispetto delle suddette Linee Guida, anche successivamente alla pubblicazione del decreto n. 22 del 13 febbraio 2024, purché effettivamente erogata entro il 31 dicembre 2024*".

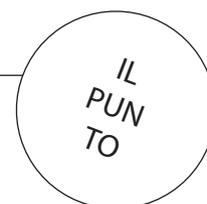
Quindi, fino al 31 dicembre 2024, ai fini della qualificazione delle stazioni appaltanti, resta valida anche la formazione resa da soggetti diversi da quelli pubblici o "no profit" purché svolta in conformità alle Linee guida ANAC oggetto delle delibere nn. 141 e 441 del 2022 adottate in attuazione del d. lgs. n. 50/2016 e alle FAQ di riferimento pubblicate sul sito.

Dopo tale data si auspica che entri subito in vigore il Correttivo, poiché altrimenti la disposizione transitoria perderebbe di efficacia rischiando di travolgere comunque i Regolamenti SNA al momento in vigore per le ragioni sopra evidenziate.

Anche dopo l'entrata in vigore del Correttivo però, se la formulazione del testo non subirà modifiche, potrebbero porsi ulteriori problemi applicativi. Ed infatti, a partire dal 1° gennaio 2025 non è chiaro quali tipologie di corsi potranno prendersi a riferimento da parte dell'ANAC ai fini della qualificazione delle stazioni appaltanti atteso che lo schema di Correttivo nulla prevede al riguardo, né tantomeno sarà ancora possibile applicare le Linee guida ANAC richiamate dalla citata disposizione transitoria del decreto SNA n. 176/2024.

# Bozza di decreto correttivo al Codice dei Contratti: le possibili modifiche al Collegio Consultivo Tecnico. Organo direttivo o strumento alternativo per risolvere possibili contenziosi?

di Giuseppe Totino



## Premessa

Come noto, il D.Lgs. 36/2023 ha consolidato l'istituto del Collegio Consultivo Tecnico come organo deputato di risoluzione di dispute e controversie che possono insorgere durante l'esecuzione dell'appalto, annoverandolo come strumento permanente e alternativo ai più conosciuti dell'accordo bonario e della transazione.

Il nuovo Codice dei Contratti posiziona, in effetti, la normativa relativa al CCT accanto a quegli strumenti più "usitati", conferendo rango di *alternative dispute resolution*, cui le parti contrattuali dell'appalto possono far ricorso in corso d'opera per dirimere insorgende questioni che possano ledere i diritti soggettivi dei privati coinvolti ovvero l'interesse pubblico sotteso all'opera pubblica affidata, in luogo di altri consessi o strumenti, di regola, chiamati a risolvere le controversie ad appalto concluso.

Eccezion fatta per l'estensione dell'applicazione dell'istituto in parola anche agli appalti di servizi e forniture di importo superiore ad 1 milione di euro, la disciplina recata in tema di Collegio Consultivo Tecnico del Codice dei Contratti oggi vigente, invero, non si discostava di molto da quanto era stato previsto dall'articolo 6 della L. 120/2020, legge istitutiva di tale organo collegiale, completata nella sua normativa di dettaglio dalle Linee Guida approvate dal Ministro delle infrastrutture e della mobilità sostenibili 17 gennaio 2022, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana n. 55 del 7 marzo 2022.

La bozza *bollinata* di correttivo al Codice lascia invece apprezzare un desiderio di cesura rispetto all'origini dell'istituto, provando a delineare un organo dotato di competenze ben determinate e con un ruolo centrale per la vita di un appalto pubblico, cui far obbligatorio riferimento non solo per porre componimento su una *res litigiosa*, ma quale organo cui devolvere anche questioni più legate alla fase esecutiva in senso stretto.

“ **Lo scopo delle modifiche siano tese a prevenire o ridurre alcune incertezze applicative relative al perimetro della sua attività, nonché sui relativi presupposti di istituzione, attivazione e modalità operative.** ”

A tal riguardo le relazioni di accompagnamento (una illustrativa e una tecnica) alla bozza di correttivo sottolineano come lo scopo delle modifiche siano tese a prevenire o ridurre alcune incertezze applicative relative al perimetro della sua attività, nonché sui relativi presupposti di istituzione, attivazione e modalità operative.

Si apprende dalla succitata relazione illustrativa che per risolvere le criticità evidenziate e proporre soluzioni concrete alle stazioni appaltanti e agli operatori economici, è stato costituito un gruppo di lavoro presso

il Ministero delle infrastrutture e trasporti, coadiuvato dal Consiglio superiore dei lavori pubblici, dove era già operante l'Osservatorio sull'attività dei CCT.

Cionondimeno, numerosi sono i rilievi che la Commissione speciale presso il Consiglio di Stato nell'adunanza del 27 novembre 2024, Affare n. 1427/2024, ha avuto modo di evidenziare e di alcuni dei quali si darà contezza nel prosieguo.

Il presente contributo mira, quindi, a rappresentare, senza pretesa di esaustività, alcune delle più rilevanti novità che la bozza di correttivo ha mostrato di voler apportare sull'istituto, portando all'attenzione del lettore una serie di interrogativi e dubbi interpretativi che sembrano emergere dalla prima lettura del testo.

## 2. Il Quadro normativo: le principali novità

### 2.1 Ambito di operatività

La prima novità di rilievo è un ripensamento. Con il Codice oggi vigente, si era ritenuto di estendere l'obbligatorietà della costituzione dei CCT per gli appalti di servizi e forniture di importo superiore al milione di euro, circostanza che aveva portato con sé alcuni dubbi ermeneutici che chi scrive aveva sollevato su questa Rivista Anno XIII, Numero 8 (Novembre 2023).

La bozza di correttivo bollinato ha invece fatto parzialmente marcia indietro, derubricando l'obbligo a facoltà per tale categoria di appalti.

La relazione di accompagnamento precisa infatti che la bozza di correttivo apporta modifiche al comma 1, dell'articolo 215 del Codice intese a circoscrivere l'operatività dei collegi consultivi tecnici, chiarendo che essi debbano essere obbligatoriamente istituiti solo per i lavori diretti alla realizzazione delle opere pubbliche, incluse quelle realizzate tramite contratti di concessione o di partenariato pubblico privato, di importo pari o superiore alle soglie di rilevanza europea, escludendone, pertanto, l'istituzione obbligatoria per tutti i contratti di forniture e servizi, in relazione ai quali,

**“ La bozza di correttivo apporta modifiche al comma 1, dell'articolo 215 del Codice intese a circoscrivere l'operatività dei collegi consultivi tecnici, chiarendo che essi debbano essere obbligatoriamente istituiti solo per i lavori diretti alla realizzazione delle opere pubbliche, incluse quelle realizzate tramite contratti di concessione o di partenariato pubblico privato, di importo pari o superiore alle soglie di rilevanza europea, escludendone, pertanto, l'istituzione obbligatoria per tutti i contratti di forniture e servizi. ”**

l'eventuale attivazione viene rimessa alla esclusiva volontà delle parti.

Si chiarisce, inoltre, in coerenza con quanto previsto (anche) dall'articolo 1 dell'Allegato V.2, che l'istituto in esame trova applicazione sia nei contratti di appalto che in quelli di concessione, con ciò colmando una lacuna normativa che alcune stazioni appaltanti più accorte avevano già colmato in via di prassi.

A tale ultimo riguardo, coerentemente con la succitata prassi invalsa, il parere rilasciato con rilievi dalla Commissione speciale del Consiglio di Stato sulla bozza di correttivo nell'Adunanza del 27 novembre 2024, Affare n. 1427/2024, ha bollato come superflua tale precisazione fino a suggerirne l'espunzione<sup>1</sup>.

Meno superflua è invece la precisazione relativa all'estensione dell'applicabilità del CCT anche gli appalti rientranti nei settori speciali, sebbene sul punto

1. Vedasi pagina n. 56, del Parere rilasciato dalla commissione speciale presso il Consiglio di Stato nell'adunanza del 27 novembre 2024, Affare n. 1427/2024.

il Consiglio di Stato abbia voluto rimarcare che, anche per tali appalti, l'interpretazione teleologica aveva già soccorso.

## 2.2 Il ricorso obbligatorio al CCT

In linea generale, come fatto cenno nelle premesse, la bozza di correttivo sembrerebbe far emergere la volontà del legislatore di voler allontanarsi dalle prime impostazioni che avevano informato il CCT come un organo attivato *on demand* per la risoluzione di insorgende controversie nate in corso di esecuzione di contratto tra stazione appaltante e appaltatore, ma quale organo, per certi versi, di carattere direttivo.

Tale nuova veste di organo consultivo o addirittura direttivo si apprezza se si pone riguardo alle ipotesi di devoluzione obbligatorie di questioni nascenti fisiologicamente in corso d'opera.

Tale preoccupazione risulta essere espressa dalla Commissione speciale del Consiglio di Stato laddove viene stigmatizzata la natura *"giustiziale"* dell'organo, coerentemente con la legge delega che aveva dato indirizzo al legislatore delegato di normare in tema di *"estensione e rafforzamento dei metodi di risoluzione delle controversie alternativi al rimedio giurisdizionale, anche in materia di esecuzione del contratto"* (articolo 1, comma 2, lettera *ll*), della legge n. 78 del 2022).

Infatti, la bozza di correttivo amplia le ipotesi in cui risulta obbligatorio passare da una valutazione da esprimersi come parere o determinazione del CCT, annoverando tra tali ipotesi:

- l'apposizione di riserve da parte dell'appaltatore;
- la proposta di modifica contrattuale;
- la sospensione, ipotesi già originariamente prevista e confermata;
- ogni altra disputa;
- la risoluzione del contratto.

Una tale profondità di ambiti di competenza lascia aperti, per vero, alcuni quesiti in ordine al margine di discrezionalità amministrativa del RUP e di altri attori coinvolti dalla legge nella gestione di un contratto pubblico che di fatto vengono a ridursi, soprattutto allorché le parti del contratto abbiano deciso di conferire valore di lodo alle decisioni assunte dal CCT stesso.

**Profondità di ambiti di competenza lascia aperti, per vero, alcuni quesiti in merito ai rapporti tra gli attori coinvolti in un appalto pubblico.**

In tema di riserve, ad esempio, il collaudatore, di concerto col Direttore dei lavori, era stato ritenuto da sempre l'organo deputato ad esprimersi su tali pretese.

L'obbligatorietà della loro devoluzione al vaglio del CCT spoglia di fatto il collaudatore di una prerogativa assai rilevante, la cui competenza, rimasta immutata nella legge, rischia di atteggiarsi a mera reportistica della valutazione del CCT in merito.

A tal riguardo appare opportuno segnalare, dal punto di vista metodologico, quanto previsto sul tema delle riserve dalla nuova bozza dell'Allegato V.2 all'articolo 4, comma 1, ultimo periodo, secondo cui *"(s) e l'appaltatore, al fine di non incorrere in decadenze, iscriva riserve senza formulare anche il relativo quesito al CCT, il quesito deve essere formulato dal responsabile del procedimento se la riserva è tale da incidere sulla regolare esecuzione dei lavori"*.

Tale precisazione, lascia quindi intendere che, qualora l'appaltatore non intenda devolvere la decisione sulle riserve iscritte al CCT, il RUP è tenuto ad attivarlo solo se la riserva è *"tale da incidere sulla regolare esecuzione dei lavori"*. Solo in tal caso, si riespanderebbe integralmente la competenza del collaudatore.

Così come il collaudatore, sembra essere spogliato il RUP dalla valutazione di opportunità, interesse pubblico ovvero necessità di procedere con una variante in corso d'opera, proposta dal direttore dei lavori.

Il RUP, infatti, ai sensi di legge (i.e. articolo 8, comma 1, lett. I), dell'allegato I.2), *"autorizza le modifiche dei contratti di appalto in corso di esecuzione anche su proposta del direttore dei lavori"*.

In che termini, quindi, il CCT potrà addentrarsi nella valutazione opportunità tecnica di procedere o meno con una variante? Potrà, poi, esprimersi

sull'inquadramento giuridico della variante, compito del RUP, oppure esclusivamente sugli aspetti tecnici di variante, per come espressi nella proposta/perizia del direttore dei lavori?

E, ancora, in che termini il CCT potrà indirizzare il RUP nella decisione di circa una disputa sorta tra le parti del contratto? A tal riguardo, infatti, la norma appare talmente ampia da poter abbracciare ogni questione che possa insorgere in corso di esecuzione, cui sembrerebbe sia connesso l'obbligo di andare e bussare al CCT per ottenere un parere purchessia.

Sul punto la commissione speciale del Consiglio di Stato indica almeno di etichettare come "tecnica" la natura della disputa che deve comportare la chiamata in causa obbligatoria del CCT, così espungendo, almeno, dal novero delle questioni che possono essere devolute quelle di natura più strettamente legate al corretto adempimento delle prestazioni contrattuali.

### 2.3 I compensi ed i suoi limiti

L'impostazione originaria secondo cui i compensi spettanti ai membri del CCT si articolano secondo una parte fissa ed una variabile, proporzionata al valore dell'opera e alla complessità delle decisioni assunte, non è stata intaccata. Peraltro, tale principio era già previsto dalla normativa precedente al Codice.

La bozza di correttivo introita all'interno della nuova versione dell'Allegato V.2 quanto era già stato stabilito nelle linee guida vigenti: che l'importo complessivo spettante ai componenti del CCT non può superare la tre volte la parte fissa.

In particolare, viene sancito direttamente nel *corpus* normativo codicistico il diritto dei componenti del Collegio consultivo tecnico a ricevere un compenso, senza vincolo di solidarietà, a carico delle parti proporzionato al valore dell'opera, al numero, alla qualità e alla tempestività delle determinazioni assunte e che ad esso non è possibile rinunciare, indipendentemente dal rapporto intercorrente tra ciascun componente e le parti contrattuali ed è sottoposto esclusivamente ai limiti previsti dalla legge.

Viene poi spiegato che la parte fissa del compenso del Collegio non può superare gli importi definiti dall'articolo 6, comma 7-bis, del decreto-legge 16

**“ La bozza di correttivo introita all'interno della nuova versione dell'Allegato V.2 quanto era già stato stabilito nelle linee guida vigenti: che l'importo complessivo spettante ai componenti del CCT non può superare la tre volte la parte fissa. ”**

luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 settembre 2020, n. 120 e, in ogni caso, la parte fissa del compenso del collegio non può superare:

- a) in caso di collegio consultivo tecnico composto da tre componenti, l'importo pari allo 0,02 per cento per la parte del valore dell'appalto eccedente 1000 milioni di euro;
- b) in caso di collegio consultivo tecnico composto da cinque componenti, l'importo pari allo 0,03 per cento per la parte del valore dell'appalto eccedente 1000 milioni di euro».

Tra le principali novità in tema di compensi è che i componenti avranno inoltre diritto ad un rimborso delle spese a carattere non remunerativo.

Il Collegio potrà essere poi coadiuvato da una segreteria tecnico amministrativa il cui compenso è a carico del Collegio stesso, norma originariamente prevista dalle Linee guida e oggi, pertanto, introitata nel testo normativo.

La bozza di correttivo a tal riguardo dispone che con apposite linee guida adottate con decreto del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, previo parere conforme del Consiglio superiore dei lavori pubblici, saranno definiti:

- i parametri per la determinazione dei compensi;
- delle spese non aventi valore remunerativo;

le quali componenti del compenso dovranno essere rapportati al valore del contratto e alla complessità dell'opera, nonché all'esito e alla durata dell'impegno richiesto e al numero e alla qualità delle determinazioni assunte, prevedendone l'erogazione secondo un principio di gradualità.

Le medesime linee guida definiscono anche i parametri per la determinazione del compenso della segreteria tecnico amministrativa.

Al di là del fatto che il Consiglio di Stato definisce, probabilmente a ragione, come “ossimorico” il concetto di stesso di “rimborso non remunerativo”, in quanto ogni erogazione di denaro ha carattere remunerativo, semmai il legislatore sembra alludere più correttamente al carattere non professionale di questa porzione di compenso, la stessa Commissione Speciale ha sottolineato come *“la definizione di tali compensi e spese non dovrebbe essere demandata alle linee guida ministeriali, ma dovrebbe trovare disciplina nel Codice, in modo da renderne nota l’entità in modo trasparente e stabile pur se soggetta a regolamento di delegificazione”*.

La norma poi chiude stabilendo che nelle more dell’adozione del decreto di cui al primo periodo, continuano ad applicarsi, per la parte relativa alla determinazione dei compensi, le linee guida approvate con decreto del Ministro e delle infrastrutture e delle mobilità sostenibili 17 gennaio 2022 pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 55 del 7 marzo 2022.

Viene quindi precisato che le *vecchie* Linee Guida trovano applicazione *ultrattiva* solo con riferimento ai compensi.

#### **2.4 I requisiti dei componenti del CCT ed il momento della sua istituzione**

Sotto il profilo dei requisiti richiesti, il legislatore ha inteso mostrarsi invece più *leggero*.

Da un lato, coerentemente con la tecnica legislativa utilizzata, il legislatore ha introitato nell’Allegato competente, la parte relativa alla disciplina dei requisiti minimi, spogliando di fatto le linee guida di questo onere normativo, d’altro canto ha modificato alcuni dei limiti minimi di accesso.

Con particolare riferimento ai componenti semplici, infatti, il legislatore ha inteso ampliare la platea dei soggetti che possono ricoprire il ruolo essendo oggi possibile espletare tale funzione comprovando esclusivamente 5 anni di esperienza (anziché 10 anni) e per i dipendenti pubblici, è stato espunto il presupposto dell’apicalità del funzionario, che di fatto costringeva le pubbliche amministrazioni a

rivolgersi sempre all’esterno, essendo sufficiente che il funzionario dimostri esperienza almeno quinquennale nell’ambito degli appalti.

A tal riguardo il Consiglio di Stato suggerisce la possibilità di ulteriormente allargare la platea dei soggetti che possono ricoprire tale ruolo sostituendo il nuovo riferimento all’esperienza e qualificazione professionale dei componenti *“alla tipologia dell’opera”*, con la formula attualmente prevista: *“comprovata esperienza nel settore degli appalti, delle concessioni e degli investimenti pubblici, anche in relazione allo specifico oggetto del contratto”*.

Novità di rilievo si riscontra in merito, poi, alla modalità di incarico dei membri del Collegio che – in continuità con quanto precedentemente previsto – *“si intende istituito al momento dell’accettazione dell’incarico da parte del presidente”*, ma – aggiunge il legislatore – *“senza che vi sia la necessità di ulteriori formalizzazioni degli incarichi rispetto all’atto di nomina dei membri del collegio”*.

Tale disposizione lascia intendere che alcun incarico debba essere conferito formalmente ai membri, dal momento che la legge tutto dispone, e che la stazione appaltante dovrà limitarsi a procedere alla nomina formale dei componenti, ivi incluso quelle di parte privata, attraverso idoneo provvedimento amministrativo.

### **3. Conclusioni**

Gli interrogativi provocatoriamente posti da chi scrive nel presente contributo sono tesi, più che altro, ad evidenziare alcune delle perplessità operative che gli operatori del diritto saranno chiamati a fronteggiare prossimamente, allorquando i CCT dovranno confrontarsi, in totale indipendenza di giudizio e valutazione, sulle questioni “obbligatorie” sopra enumerate che inevitabilmente, in via mediata, toccheranno il tema del corretto bilanciamento del proprio ruolo rispetto agli attori “storici” coinvolti in un appalto pubblico.

Il rischio è che il CCT si travesta da strumento consultivo o, nel peggiore dei casi, di indirizzo, esautorando il RUP o gli altri attori del processo di un appalto pubblico, con la conseguenza che gli stessi siano trasformati in meri esecutori di indirizzi assunti

**Il rischio è che il CCT si travesta da strumento consultivo o di indirizzo, esautorando il RUP o gli altri attori del processo di un appalto pubblico, col rischio che gli stessi siano trasformati in meri esecutori di indirizzi assunti aliunde**

*aliunde*: cioè, da un organo terzo e supervisore, che obbligatoriamente dovrà esprimersi su una serie di questioni sempre più legate alla stretta fisiologia dell'esecuzione di un contratto pubblico piuttosto che connesse, invece, ad una effettiva controversia insorta tra le parti del contratto pubblico.

Il Consiglio di Stato stigmatizza questa preoccupazione anche facendo riferimento a quanto previsto dall'articolo 4, dell'Allegato V.2 secondo cui al comma 3, è previsto che al CCT sia attribuito anche il compito di "svolgere riunioni periodiche per monitorare l'andamento dei lavori e a formulare, ove ritenuto opportuno, osservazioni alle parti", chiedendo l'espunzione di tale compito in quanto "tale prescrizione appare distonica rispetto alla funzione di carattere decisorio dell'organo e rischia di snaturarne la natura giustiziale".

E' auspicabile, pertanto, che il Ministero competente proceda a valutare attentamente ogni suggerimento proveniente dal Consiglio di Stato – che non ha di certo celato il proprio disappunto allorché il Governo non ha ritenuto di avvalersi del suo supporto redazionale e consultivo per la stesura preliminare del decreto correttivo - onde garantire che gli interventi normativi proposti dal Governo siano sufficientemente consistenti con il tessuto normativo vigente, il cui testo, era stato in prima battuta redatto dallo stesso Consiglio di Stato.

Tanto più quanto sopra appare atto necessitato se si pone riguardo alla criticità segnalata dallo stesso Alto Consesso consultivo, laddove ha sottolineato come si sia ritenuto "non inopportuno segnalare il rischio, potenzialmente rilevante ai fini di un eventuale sindacato di legittimità formale, in ordine al rispetto della legge di delegazione, e relativo alla circostanza che la redazione del Codice, e la sua integrazione e correzione, siano state, in concreto, operate, in parte, seguendo procedure sostanzialmente diverse".

In attesa delle considerazioni che saranno recate nel Parere altrettanto obbligatorio della Conferenza Unificata Stato-Regioni, che, in vero, sarebbe dovuto intervenire prima di quello del Consiglio di Stato, sarà interessate verificare con quale profondità il Governo intenda raccogliere i suggerimenti indicati.

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

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



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



# Pareri & Sentenze

PARERI  
E SEN-  
TENZE

## **TAR Lazio, Sez. II, 02/12/2024, n. 21577**

*Sull'interpretazione dell'art. 100 del d.lgs. 36/2023 in ordine alla discrezionalità nella determinazione dei requisiti speciali*

"... si osserva che, il co. 12 dell'art.100, nel limitare la discrezionalità delle stazioni appaltanti, non si riferisce ai requisiti fissati dai singoli, specifici commi dell'articolo in questione (ossia alle disposizioni di dettaglio), bensì a quelli del "presente articolo". Ove tale inciso fosse inteso nel senso che le stazioni appaltanti possano richiedere solo i requisiti contemplati al co. 11 dell'art. 100, ne deriverebbe una seria compromissione della potestà discrezionale affermata al co. 3 dell'art. 10, dal momento che, in pratica, per servizi e forniture (nelle more dell'adozione del regolamento) si potrebbe prevedere solo l'aver eseguito contratti analoghi nel precedente triennio (ad esclusione, ad esempio, dei contratti per servizi identici). Si tratterebbe, in definitiva, di un regime di sostanziale, rigida tassatività (anche) dei requisiti speciali.

Ora, fermo restando che, in ogni caso, non è prevista la sanzione della nullità (il che inficia in radice la possibilità di disapplicazione della *lex specialis* che fosse eventualmente difforme), si ritiene maggiormente aderente alla *ratio legis*, ed all'affermazione di principio contenuta al co. 3 dell'art. 10, che il co. 12 dell'art. 100 vada interpretato come riferito, esclusivamente, ai macro-requisiti di cui al co. 1 dell'art. 100, con esclusione, quindi, della (sola) possibilità di prevedere requisiti speciali diversi da quelli di idoneità professionale, capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale. L'opposta interpretazione finirebbe per restringere, immotivatamente, la discrezionalità delle stazioni appaltanti, togliendo a quest'ultima il potere di calibrare, in concreto, i requisiti di capacità/idoneità degli operatori economici, facendo (in tale ipotesi) dubitare della compatibilità (costituzionale ed eurounitaria) della disposizione sia con il principio di ragionevolezza che con l'art. 58 della Direttiva 2014/24/UE, che assegna alla stazione appaltante il potere di individuare i requisiti speciali, ai sensi del par. 5 ("Le amministrazioni aggiudicatrici indicano le condizioni di partecipazione richieste, che possono essere espresse come livelli minimi di capacità, congiuntamente agli idonei mezzi di prova, nel bando di gara o nell'invito a confermare interesse")."

**TAR Piemonte, Torino, Sez. I, 28/11/2024, n. 1249**

*La verifica della dichiarazione di equivalenza delle tutele dei diversi CCNL non necessita di un rinforzato onere motivazionale*

“...la giurisprudenza ha chiarito che il giudizio di “non anomalia” delle offerte “...non postula un rinforzato onere motivazionale, essendo piuttosto richiesta una motivazione più approfondita soltanto là dove l’amministrazione ritenga di non condividere le giustificazioni prodotte dall’impresa (che, in tal modo, viene esclusa dalla gara); nella diversa ipotesi, che qui viene in rilievo, di giudizio positivo dell’offerta sospettata di anomalia, spetta piuttosto a colui che contesta il giudizio di congruità dell’offerta l’onere di dimostrarne l’irragionevolezza o l’erroneità (ex plurimis, di recente, Cons. Stato, sez. III, sentenza n. 163 del 2024; questa Sezione V, sentenze n. 4966 del 2022 e n. 7717 del 2021). Ne deriva che, a fronte di un’articolata contestazione sul giudizio di non anomalia dell’offerta, avanzata in sede giurisdizionale dall’operatore economico che se ne assuma lesa, ben rientra nell’esercizio del diritto di difesa della controparte allegare tutti gli elementi, anche di natura squisitamente tecnica, che possono convincere il giudice in ordine alla correttezza della valutazione di congruità, specialmente laddove, nella sede procedimentale (come plasticamente accaduto nel caso di specie), quegli elementi siano rimasti assorbiti da una (comunque, legittima) valutazione sommaria compiuta dall’amministrazione.

Non si tratta, in altri termini, di integrare in sede giurisdizionale la motivazione del giudizio di congruità (operazione che non sarebbe consentita all’amministrazione), ma si tratta, piuttosto, di replicare alle contrarie allegazioni della controparte, necessariamente impingenti nel merito della valutazione di congruità” (Cons. di Stato, sent. n. 5639/2024).

Applicando analogicamente tali principi alla verifica della dichiarazione di equivalenza delle tutele dei diversi CCNL (la quale, come si è detto, si deve svolgere con le modalità previste per la verifica dell’anomalia dell’offerta), non si può ritenere di per sé illegittima l’aggiudicazione per la mancata esplicitazione delle ragioni che hanno portato la stazione appaltante ad avallare la suddetta dichiarazione resa dall’aggiudicatario, fermo restando l’obbligo della prima, a tutela dei lavoratori, di effettuare tale verifica.”

**TAR Puglia, Sez. I, 18/11/2024, n. 1193**

*Accesso agli atti e know how aziendale nel d.lgs. 36/2023*

“La Sezione ha ripetutamente affermato (v. i propri precedenti n.1896/2021; n.1803/2022; n.588 e 718/2023; nonché 679/2024, tutti inappellati) che il richiamo al know how aziendale, in assenza di motivata dimostrazione della segretezza commerciale non è sufficiente a sottrarre l’offerta tecnica all’accesso.

Le affermazioni di principio sin qui elaborate dalla Sezione non sono in alcun modo scalfite dall’introduzione del d.lgs n.36/2023 i cui artt. 35 e 36 si pongono in linea di continuità con il precedente art. 53 d.lgs. 50/2016 ed anzi spostano verso la maggiore ostensibilità il punto di equilibrio tra le contrapposte esigenze di segretezza commerciale e trasparenza (si veda –a titolo di esempio- l’art. 35 co 4 lett. a), laddove si prevede la possibilità di esclusione dell’accesso e non più tout court la sua esclusione).”

**Consiglio di Stato, Sez. III, 12/11/2024, n. 9084**

*Consentito il divieto del ribasso dei costi della manodopera se previsto nella lex specialis*

“È pertanto evidente che quand’anche il ribasso dei costi relativi alla manodopera fosse consentito dalle norme primarie, l’esplicita ed inequivoca previsione di segno contrario portata dalla – non impugnata – lex specialis non consentiva la presentazione di un’offerta riportante un simile ribasso.

Il parametro normativo invocato – per dedurre l’illegittimità e la non ammissibilità dell’offerta “omissis” – dalla ricorrente in primo grado, pienamente valido ed efficace, era dunque costituito anzitutto dal citato art. 3 del Disciplinare: rispetto al quale la sentenza gravata non risulta essersi pronunciata. Tale parametro è espressivo della volontà della stazione appaltante di connotare la specifica disciplina della gara nel senso di escludere dalla dinamica dei ribassi la componente relativa al costo della manodopera.

Conseguentemente, l’offerta “omissis” andava esclusa perché non conforme, sul punto, alla lex specialis.”

**TAR Milano, 11/11/2024, n. 3127**

*Vi è la possibilità per l’operatore di proporre un ribasso che coinvolga anche il costo della manodopera. “L’operatore non solo potrà formulare un ribasso che coinvolge anche il costo della manodopera, ma potrà anche dimostrare che tale ribasso è derivante “da una più efficiente organizzazione aziendale” o “da sgravi contributivi che non comportano penalizzazioni per la manodopera”, secondo il tradizionale orientamento della giurisprudenza in linea l’art. 41 della Costituzione.”*

“Come ha evidenziato la giurisprudenza, l’art. 41 comma 14, d.lgs. 36/2023, ha significativamente operato una netta “inversione di rotta” rispetto al d.lgs. n. 50/2016 il cui art. 97, comma 6, non imponeva il divieto di ribasso sui costi di manodopera (Consiglio di Stato, Sez. V, 9.6.2023, n. 5665).

Ne consegue che la disciplina che stabilisce l’obbligatorietà dello scorporo dei costi di manodopera dall’importo assoggettato al ribasso ha natura innovativa. Ciò comporta che, contrariamente a quanto asserito dalla difesa comunale, non hanno valenza dirimente le diverse considerazioni contenute nel parere MIT del 19.7.2023, n. 2154, nel parere precontenzioso ANAC n. 528 del 15.11.2023, nel parere MIT del 17.4.2024, n. 2505, in quanto tali amministrazioni non solo non hanno posto in risalto la natura innovativa della disposizione, ma richiamano sostanzialmente la disciplina contenuta nel bando tipo ANAC n. 1/2023 che è stato redatto sulla base della previgente disciplina (d.lgs. n. 50/2016).

Ciò non significa che è esclusa la possibilità per l’operatore di proporre un ribasso che coinvolga anche il costo della manodopera. L’operatore non solo potrà formulare un ribasso che coinvolge anche il costo della manodopera, ma potrà anche dimostrare che tale ribasso è derivante “da una più efficiente organizzazione aziendale” o “da sgravi contributivi che non comportano penalizzazioni per la manodopera”, secondo il tradizionale orientamento della giurisprudenza in linea l’art. 41 della Costituzione.”

**TAR Piemonte, Torino, Sez. II, 21/11/2024, n. 1206**

*Applicabilità ai contratti esclusi il rispetto dei c.d. "super principi" del risultato, della fiducia e dell'accesso al mercato*

" ... la natura "informale" della procedura selettiva in esame, sottolineata dall'Amministrazione resistente e dalla controinteressata, non esime dal rispetto dei c.d. superprincipi del risultato, della fiducia e dell'accesso al mercato di cui rispettivamente agli artt. 1, 2 e 3 del D. Lgs. 36/2023, applicabili anche ai contratti esclusi, a quelli attivi ed a quelli a titolo gratuito che offrono opportunità di guadagno economico anche indiretto (cui è riconducibile quello di cui qui si discute) in forza del richiamo contenuto nell'art. 13, commi 2 e 5, del predetto D. Lgs. 36/2023.

Ciò significa che, anche per i predetti contratti, il principio del risultato richiede che il suo perseguimento avvenga nel rispetto "dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza", il principio di reciproca fiducia presuppone che le parti confidino "nell'azione legittima, trasparente e corretta dell'amministrazione, dei suoi funzionari e degli operatori economici" ed infine il principio dell'accesso al mercato impone che siano comunque rispettati i "principi di concorrenza, di imparzialità, di non discriminazione, di pubblicità e trasparenza, di proporzionalità"

**Autorità Nazionale Anticorruzione**

**DELIBERA N. 421 del 18 settembre 2024**

**UPREC - PREC 234-2024-S**

*"Appalto pubblico – Servizi – Scelta del contraente – Bando di gara – Sopralluogo – Richiesta tardiva – Diniego – Legittimità."*

"Qualora la stazione appaltante, nell'esercizio della propria discrezionalità, abbia fissato un termine entro cui effettuare il sopralluogo e tale termine non appaia illogico o irragionevole, il diniego della richiesta di sopralluogo presentata tardivamente è legittimo e coerente con i principi di risultato, di tempestività e di semplificazione del procedimento, nonché con quelli di autoresponsabilità e diligenza professionale richiesti in capo agli operatori economici."

**Autorità Nazionale Anticorruzione****DELIBERA N. 435 del 30 settembre 2024  
UPREC-PRE-0212-2024-S-PREC**

*"Appalto pubblico – In generale – Principio del risultato – Principio della fiducia – Principio dell'accesso al mercato"*

"Il nuovo Codice dei contratti pubblici, operando una codificazione di taluni principi, mira a favorire una più ampia libertà di iniziativa e di autoresponsabilità delle stazioni appaltanti, valorizzandone autonomia e discrezionalità amministrativa e tecnica. Il Codice attribuisce dunque un particolare ruolo al principio del risultato, al correlato principio della fiducia e al nesso inscindibile con la concorrenza. In particolare, il principio del risultato costituisce criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale ed è legato da un nesso inscindibile con la concorrenza. L'amministrazione, pertanto, deve tendere al miglior risultato possibile, in difesa dell'interesse pubblico per il quale viene prevista una procedura di affidamento; il principio della fiducia porta invece a valorizzare l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici e afferma una regola chiara: ogni stazione appaltante ha la responsabilità delle gare e deve svolgerle non solo rispettando la legalità formale, ma tenendo sempre presente che ogni gara è funzionale a realizzare un'opera pubblica (o ad acquisire servizi e forniture) nel modo più rispondente agli interessi della collettività. Trattasi quindi di un principio che amplia i poteri valutativi e la discrezionalità della p.a., in chiave di funzionalizzazione verso il miglior risultato possibile; mentre la concorrenza opera in funzione del risultato rendendosi funzionale a conseguire il miglior risultato possibile nell'affidare ed eseguire i contratti e non si atteggia più come principio meramente formale e a sé stante."

**Autorità Nazionale Anticorruzione****DELIBERA N. 450 del 9 ottobre 2024  
UPREC/PRE/0224/2024/S/PREC**

*"La previsione nel bando di gara dell'attivazione della verifica dell'anomalia in relazione alle offerte che ottengano un punteggio superiore ai 4/5 del punteggio massimo conseguibile per l'offerta tecnica e per quella economica deve ritenersi ammissibile e compatibile con le nuove disposizioni codicistiche in materia di verifica di anomalia."*

"... RITENUTO, pertanto, che, in via generale, la scelta di sottoporre a verifica di anomalia le offerte che abbiano riportato un punteggio superiore ai 4/5 del punteggio massimo stabilito per l'offerta tecnica e per quella economica non appare contrastare né con le disposizioni del Codice né con quelle del Bando tipo approvato dall'Autorità; al contrario, risulta perfettamente aderente alle indicazioni fornite dal Consiglio di Stato nella relazione sullo schema di Codice dei Contratti, ovvero uno dei possibili criteri di individuazione delle offerte da sottoporre ad anomalia"

**Autorità Nazionale Anticorruzione**

**DELIBERA N. 452 del 9 ottobre 2024**

**UPREC-PRE-0261-2024-S-PREC**

*"Appalto pubblico – In generale – Offerta economica – Ribasso - Costi della manodopera"*

"I costi della manodopera, seppur quantificati e indicati separatamente negli atti di gara, rientrano nell'importo complessivo a base di gara, su cui applicare il ribasso offerto dal concorrente per definire l'importo contrattuale. I costi della manodopera non sono in assoluto insuscettibili di ribasso e l'eventuale divieto indicato nel bando va inteso come relativo. La conseguenza per l'operatore economico che applichi il ribasso anche ai costi della manodopera è, non l'esclusione dalla gara, ma l'assoggettamento della sua offerta alla verifica dell'anomalia."

# A Domanda Rispondiamo

A.  
D.  
R.**1**

**Come si qualificano i Consorzi stabili ex art. 65 comma 1 lett. d) del codice?**

L'art. 67, comma 2, lettere a) e b) indica che, per i consorzi stabili, in caso di appalti di servizi e forniture, i requisiti di capacità tecnica e finanziaria sono cumulati in capo al consorzio ancorché posseduti dalle singole imprese consorziate; in caso di appalti di lavori, detti requisiti sono posseduti e comprovati sulla base delle qualificazioni possedute dalle singole imprese consorziate. Il comma 3 del medesimo articolo, soltanto con riferimento alle autorizzazioni e agli altri titoli abilitativi, specifica che gli stessi sono posseduti dal consorzio esecutore in quanto condizioni necessarie per poter esercitare l'attività.

La giurisprudenza più recente ha chiarito che è consentito ai consorzi stabili di far ricorso in modo generalizzato al cd. "cumulo alla rinfusa" ai fini dell'affidamento di servizi e forniture, e dunque di poter ben integrare i requisiti previsti dalla lex specialis mediante quelli posseduti dalle proprie consorziate, a prescindere dal fatto che le stesse siano state designate o meno in gara come esecutrici del contratto.

Relativamente invece ai requisiti di carattere generale gli stessi devono essere posseduti e verificati in capo al consorzio, alle consorziate indicate quali esecutrici e alle consorziate che prestano i requisiti.

**2**

**In un appalto con corrispettivo a corpo è legittima la previsione di un computo metrico estimativo da allegare all'offerta economica a pena di esclusione?**

La giurisprudenza afferma che «negli appalti a corpo in cui la somma complessiva offerta copre l'esecuzione di tutte le prestazioni contrattuali, il computo metrico estimativo risulta irrilevante al fine di determinare il contenuto dell'offerta economica» (Cons. Stato, sez. V, 22/01/2024, n. 682).

Solo negli appalti aggiudicati «a corpo», e non in quelli a misura, elemento essenziale della proposta economica è il solo importo finale offerto, mentre il computo metrico estimativo ha un valore meramente indicativo delle voci di costo che hanno concorso a formare l'importo finale, di talché le indicazioni e il prezzo delle singole lavorazioni contenute nel computo metrico estimativo sono destinate a restare fuori dal contenuto essenziale dell'offerta e del contratto da stipulare. È, infatti, nell'appalto a misura che l'indicazione dei singoli prezzi delle lavorazioni nel computo metrico estimativo nell'offerta economica è funzionale a consentire l'analisi dei prezzi offerti» (T.A.R. Campania -Napoli-, sez. I, 21/10/2022, n. 6527).

Ne consegue che, anche nell'attuale codice, è priva di fondamento normativo, e pertanto illegittima, la previsione della lex specialis che, pur nell'appalto con prezzo a corpo, onera i concorrenti di produrre le analisi dei prezzi per le miglorie (Tar Campania, Napoli, Sez. I, 21/11/2024, n. 6402).

### 3

**In tema di accesso agli atti, qual' è il termine decadenziale entro il quale devono essere impugnate le decisioni assunte dall'Amministrazione in merito alle richieste di oscuramento?**

L'articolo 36 dispone che, contestualmente alla comunicazione digitale dell'aggiudicazione ai sensi dell'articolo 90, la stazione appaltante deve rendere disponibili, attraverso la piattaforma di approvvigionamento digitale dalla stessa utilizzata, tutti gli atti di gara, i dati e le informazioni afferenti all'offerta dell'operatore economico risultato aggiudicatario (comma 1), incluse le decisioni assunte in ordine alle richieste di oscuramento di parti dell'offerta, indicate dall'operatore economico ai sensi dell'articolo 35, comma 4, lettera a), ossia le parti contenenti segreti tecnici o commerciali (comma 3).

L'articolo 36, comma 4, dispone altresì che il ricorso avverso le decisioni della stazione appaltante, aventi ad oggetto l'accoglimento o il rigetto dell'oscuramento di parti delle offerte indicate dai concorrenti, devono essere impugnate "con ricorso notificato e depositato entro dieci giorni dalla comunicazione digitale della aggiudicazione".

La celerità e la concentrazione del rito si propongono di superare le criticità registrate nella vigenza del sistema antecedente, nel quale il dies a quo per la proposizione del ricorso per l'accesso (oggi fissato inderogabilmente nella comunicazione digitale dell'aggiudicazione) veniva variamente determinato sia in relazione alla presentazione delle istanze di accesso da parte degli operatori economici sia in relazione ai tempi e alle modalità di risposta della stazione appaltante, con conseguente dilatazione dei tempi per la definizione dei giudizi volti a contestare l'aggiudicazione.

Dall'articolo 36, commi 3 e 4, si evince chiaramente che tutte le decisioni sulle eventuali richieste di oscuramento, implicite od esplicite, devono essere impugnate entro il termine decadenziale di dieci giorni, decorrente

dalla comunicazione dell'aggiudicazione: è in quel momento, infatti, che i concorrenti sono messi nella condizione di comprendere quali atti la stazione appaltante ha inteso rendere noti e quali invece ha inteso sottrarre all'accesso o alla divulgazione.

### 4

**In una gara da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, è consentito alla commissione giudicatrice riesaminare e/o rivalutare i giudizi resi sulle offerte tecniche?**

Il divieto di rivalutare le offerte tecniche dopo aver conosciuto l'offerta economica è inviolabile, trattandosi dell'immediato corollario dei principi di legalità, buon andamento, imparzialità e par condicio. L'unica eccezione, deve ritenersi essere il solo caso della correzione di errore materiale o di calcolo o di annullamento della prima aggiudicazione ex art. 93, co. 6, d.lgs. 36/2023.

Fermo quanto sopra, la commissione di gara può riesaminare e/o rivalutare i giudizi resi sulle offerte tecniche fino a che non siano aperte e valutate le offerte economiche e purchè la commissione fornisca adeguata motivazione circa le ragioni che l'abbiano indotta a tale riesame e/o rivalutazione, anche al fine di garantire la trasparenza.

## 5

**Il gestore uscente di un servizio affidato ai sensi dell'art. 50 comma 1 lett. a/b, può risultare affidatario della medesima commessa, rispondendo in forma raggruppata all'eventuale invito?**

Sul punto si è espresso un recente parere del MIMS (n. 2966/2024) secondo il quale: "Il principio di rotazione, invero, è finalizzato ad evitare la formazione di rendite di posizione a favore dell'operatore economico uscente in violazione del principio di concorrenza.

Ad ogni modo, la stazione appaltante può derogare a tale principio in due casi: affidamenti il cui importo sia inferiore a euro 5.000,00; nonché, nei "casi motivati con riferimento alla struttura del mercato e alla effettiva assenza di alternative, nonché di accurata esecuzione del precedente contratto" (art. 49, co. 4, d.lgs. 36/2023), purché sussistano tutti e tre gli elementi menzionati (in questa direzione, si veda anche il precedente parere del MIT n. 2084/2024).

Tanto premesso, in relazione ai due quesiti posti, qualora non sussistano le condizioni sopra esposte per la deroga al principio di rotazione, e visto altresì che la stazione appaltante è tenuta all'applicazione del principio di rotazione in senso "sostanziale" e non meramente "formale", essa non potrà invitare l'o.e. uscente."

## 6

**L'obbligo di acquisizione del CIG si pone anche per gli affidamenti rivolti a società in house totalmente partecipate dalle PP.AA stesse?**

Il quesito si pone anche con riferimento all'art. 7 del D.Lgs. 36/2023 e alla determinazione ANAC n.4/2011, aggiornata con delibera n. 585 del 19 dicembre 2023, par. 2.5 "Tracciabilità tra soggetti pubblici" che esclude dall'ambito di applicazione della legge n. 136/2020 le movimentazioni di denaro in favore di soggetti giuridicamente distinti dalle pubbliche amministrazioni, ma sottoposti a controllo analogo (cd. affidamenti in house).

Relativamente al quesito posto al MIMS, si rileva che ANAC nella faq sulla digitalizzazione dei contratti pubblici ha fornito alcune specificazioni sugli obblighi comunicativi e di classificazione degli affidamenti effettuati dalle amministrazioni a soggetti partecipati in base all'articolo 7 del Dlgs 36/2023 e all'articolo 17 del Dlgs 201/2022. L'ANAC ha precisato (nella faq B.10) che gli affidamenti in house sono soggetti agli obblighi di comunicazione di varie tipologie di informazioni sulle procedure e sull'esecuzione previsti dall'articolo 23, comma 5 del Codice dei contratti pubblici, peraltro per espressa previsione contenuta nella stessa disposizione.

La risposta è affermativa, le amministrazioni devono acquisire il codice identificativo gara per gli affidamenti in house al fine di trasparenza.

# 7

## **L'utilizzo del criterio del prezzo più basso deve considerarsi escluso per tutti gli appalti di lavori sopra soglia?**

Il dato normativo di cui all'art. 108 comma 2 del d.lgs. 36/23 obbliga all'utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa nei seguenti casi:

- d) affidamenti in caso di dialogo competitivo e di partenariato per l'innovazione;
- e) affidamenti di appalto integrato;
- f) contratti relativi ai lavori caratterizzati da notevole contenuto tecnologico o con carattere innovativo.

Ad eccezione delle casistiche sopra riportate, di recente l'Anac, con un comunicato del Presidente del 20/11/2024 si è espressa favorevolmente sulla possibilità di ricorrere - fuori dai casi per i quali è comunque obbligatorio l'utilizzo dell'offerta economicamente più vantaggiosa - al criterio del minor prezzo ove gli aspetti qualitativi della commessa risultino esaustivamente assicurati da altre previsioni della lex specialis e dai documenti progettuali posti a base di gara.

Ciò, anche in virtù della deliberazione n. 174 del 9 agosto 2024 della Corte dei Conti (sezione regionale di controllo per la Liguria), secondo la quale il legislatore ha espressamente limitato l'utilizzo di criteri diversi da quello del miglior rapporto qualità/prezzo nei soli casi previsti dal comma 2 dell'articolo 108 del d.lgs. n. 36/2023.

# 8

## **In caso di annullamento delle operazioni di gara, al fine di ammettere concorrenti esclusi, quali gli effetti sulla procedura di gara in corso?**

Il Consiglio di Stato, con sentenza n. 3452, Sez. V, del 04.04.2023, ha stabilito che "costituisce principio consolidato del processo amministrativo in materia di appalti pubblici che in caso di annullamento giurisdizionale degli atti di gara, la procedura debba essere ripresa dall'ultimo degli atti non annullati, in quanto il vincolo derivante dalla statuizione di annullamento consiste nella riedizione della sola fase procedurale colpita dal dictum di illegittimità (cfr. già Cons. Stato, IV, 28 febbraio 2005, n. 692).

In particolare, quando vengono annullate le operazioni di gara, al fine di ammettere (o consentire l'ammissione di) concorrenti rimasti esclusi o, come nel caso di specie, impediti a partecipare, l'esigenza di tutela della segretezza delle offerte e della par condicio dei concorrenti impone di rinnovare l'intera procedura, quando le altre offerte siano state rese note e valutate secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (cfr., tra le altre, Cons. Stato, IV, 29 febbraio 2016, n. 824)."

# La Sentenza del Consiglio di Stato: un'analisi del limite dell'impossibilità di lettura della busta amministrativa e del soccorso istruttorio

IN  
PIL  
LOLE

La sentenza n. 8947 del 08.11.2024, emessa dalla V Sezione del Consiglio di Stato, si inserisce in un contesto giuridico di grande rilevanza in ambito amministrativo e nei procedimenti di gara. La questione affrontata riguarda un aspetto tecnico e sostanziale delle procedure di appalto, ossia l'impossibilità da parte della Stazione Appaltante di leggere i files contenuti nella busta amministrativa di un concorrente, a causa di una marcatura temporale che ne rendeva impossibile la lettura. La decisione del Consiglio di Stato si concentra sul concetto di "soccorso istruttorio" e sulle condizioni di applicabilità di tale istituto, delineando i limiti e le responsabilità dei concorrenti in relazione all'adeguatezza della documentazione presentata.

La decisione si articola principalmente su tre aspetti: l'impossibilità di lettura dei documenti, il principio di autoresponsabilità del concorrente, e i limiti del soccorso istruttorio.

Nel caso di specie, il comune di Francavilla Fontana aveva indetto una procedura di gara per l'affidamento di servizi relativi all'accoglienza di titolari di protezione internazionale.

Durante la fase di apertura delle buste amministrative, la Stazione Appaltante rilevava un problema tecnico legato all'illeggibilità della documentazione presentata dal Consorzio Hera Cooperativa Sociale, uno dei concorrenti. In particolare, il problema riguardava i files contenenti la documentazione amministrativa, che risultavano non leggibili nonostante vari tentativi di recupero da parte dei tecnici del Comune.

Di fronte all'impossibilità di leggere i documenti, il Comune incaricava un ingegnere informatico di tentare di risolvere la problematica. Tuttavia, nonostante i tentativi, il contenuto della busta amministrativa non poteva essere estratto.

A questo punto, la Stazione Appaltante decideva di escludere il Consorzio Hera dalla gara, ritenendo che non fosse applicabile l'istituto del soccorso istruttorio in quanto l'illeggibilità della documentazione era imputabile direttamente al concorrente.

Il Consorzio Hera impugnava l'esclusione davanti al TAR Lecce, sostenendo che l'ente avrebbe dovuto applicare il soccorso istruttorio. Tuttavia, il TAR respingeva la richiesta, affermando che l'illeggibilità della documentazione fosse una violazione essenziale, non sanabile attraverso il soccorso istruttorio, in quanto era impossibile identificare il contenuto dei documenti, e la compromissione dei files era attribuibile al comportamento del concorrente, che aveva violato la *lex specialis* della gara.

Il Consorzio Hera presentava appello alla decisione del TAR, contestando il rigetto della propria impugnativa e sostenendo due principali motivi di ricorso. In primo luogo, il Consorzio affermava che la Stazione Appaltante avrebbe dovuto applicare l'istituto del soccorso istruttorio, analogamente a quanto stabilito in un precedente caso del Consiglio di Stato (sentenza n. 1492 del 2023). In secondo luogo, veniva contestata la clausola della *lex specialis* di gara che escludeva la responsabilità dell'ente per i malfunzionamenti del sistema telematico.

Il Consorzio faceva leva sulla possibilità di applicare il soccorso istruttorio per correggere errori o vizi nella documentazione amministrativa che non pregiudicassero la sostanza dell'offerta.

Sosteneva che l'illeggibilità dei file non dovesse essere considerata una violazione essenziale, dato che sarebbe stato possibile, secondo il principio di buona fede, consentire la sanatoria del vizio attraverso un soccorso istruttorio.

Il secondo motivo di appello riguardava una clausola della *lex specialis* che prevedeva l'assenza di responsabilità della Stazione Appaltante in caso di malfunzionamento del sistema telematico. Il Consorzio sosteneva che tale clausola fosse contraria ai principi di trasparenza e imparzialità che devono guidare la procedura di gara.

Il Consiglio di Stato, nell'accogliere parzialmente il ricorso del Consorzio Hera, ha ribadito la centralità del principio di autoresponsabilità del concorrente, argomentando che il soccorso istruttorio non possa essere applicato in tutti i casi, ma solo in presenza di errori facilmente correggibili, che non compromettano in modo sostanziale la regolarità della documentazione.

Il Consiglio di Stato ha osservato che la *lex specialis* della gara prevedeva espressamente che la documentazione amministrativa non dovesse contenere alcuna marcatura temporale. Il concorrente, pur essendo stato espressamente avvertito della necessità di rispettare tale disposizione, aveva comunque apposto una marcatura temporale ai documenti, impedendo così la lettura della documentazione da parte della Stazione Appaltante. Tale violazione, pur non costituendo di per sé una falsificazione della documentazione, ha reso impossibile l'identificazione dei contenuti, impedendo l'applicazione del soccorso istruttorio.

Il principio di autoresponsabilità implica che ciascun concorrente è responsabile della correttezza e leggibilità della documentazione che presenta. Nel caso in cui un errore commesso dal concorrente non sia facilmente correggibile tramite soccorso istruttorio, l'esclusione dalla gara appare giustificata.

Questo principio assume un valore ancora maggiore quando si tratta di strumenti informatici, che offrono vantaggi in termini di velocità e precisione, ma pongono anche rischi per i concorrenti che non rispettano le specifiche tecniche della gara.

Nel caso in esame, l'illeggibilità dei file non è stata ritenuta una mera irregolarità formale, ma una violazione essenziale, in quanto l'integrità della documentazione amministrativa non era preservata e non era possibile ricostruirne il contenuto nemmeno con l'aiuto di tecnici. Di conseguenza, la Stazione Appaltante non era obbligata a intraprendere ulteriori azioni, come l'uso di software complessi per cercare di recuperare il contenuto dei documenti.

Il soccorso istruttorio è uno strumento che consente di correggere vizi formali in una

documentazione presentata dai concorrenti, ma non può essere utilizzato per correggere errori sostanziali che pregiudicano la regolarità dell'offerta. In particolare, il soccorso istruttorio non è applicabile per sanare vizi legati alla documentazione amministrativa che impediscono l'identificazione del contenuto o del soggetto responsabile. Il principio giuridico fondamentale è che il soccorso istruttorio non può trasformarsi in una produzione ex novo della documentazione.

Il Consiglio di Stato ha ribadito che il soccorso istruttorio è limitato a vizi di natura formale e che non può essere invocato per sanare irregolarità sostanziali o gravi che compromettano la documentazione. Nel caso di specie, l'illeggibilità del file non era una mera irregolarità formale, ma un vizio che precludeva l'identificazione del contenuto della documentazione amministrativa. Pertanto, l'esclusione del concorrente risultava legittima.

Nel corso dell'appello, il Consorzio Hera aveva anche sollevato il tema dell'assenza di responsabilità della Stazione Appaltante per malfunzionamenti del sistema telematico. Tuttavia, il Consiglio di Stato ha ritenuto inammissibile tale motivo, poiché la Stazione Appaltante non aveva fondato la sua decisione sull'esistenza di un malfunzionamento del sistema, ma sulla violazione della *lex specialis* riguardante la marcatura temporale.

In ogni caso, il motivo è stato considerato ipotetico e quindi non meritevole di considerazione. Dunque, la sentenza offre un'importante riflessione sulla funzione e sui limiti dell'istituto del soccorso istruttorio nelle gare pubbliche, evidenziando il principio di autoresponsabilità del concorrente.

Sebbene il soccorso istruttorio sia un mezzo per correggere errori formali, non può essere utilizzato per sanare irregolarità che precludano la possibilità di identificare il contenuto della documentazione amministrativa.

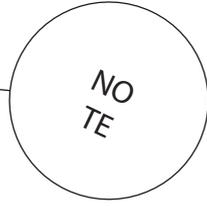
Il caso in esame solleva anche interrogativi sul corretto uso delle tecnologie informatiche nelle procedure di gara. Nonostante la

marcatura temporale possa apparire come un elemento di sicurezza per la documentazione, il suo uso errato ha avuto conseguenze gravi, sottolineando l'importanza di un'accurata lettura delle disposizioni della *lex specialis* da parte dei concorrenti.

Infine, la decisione pone in evidenza un aspetto fondamentale delle procedure di appalto: la necessità di chiarezza nelle indicazioni fornite dalla Stazione Appaltante, nonché di una corretta responsabilizzazione dei concorrenti nell'uso delle tecnologie e nel rispetto delle normative di gara.



A series of 20 horizontal dotted lines for writing notes.



A series of 20 horizontal dotted lines spanning the width of the page, intended for taking 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

**dicembre**  
**2024**

allegato alla Rivista mensile  
MediAppalti

## **sommario**

---

**Le polizze assicurative (del codice dei contratti) coprono  
(necessariamente) anche per danni erariali  
- Corte dei Conti, sez. regionale Lombardia n. 241/2024**

1. Premessa
2. L'istruttoria
3. L'orientamento delle sezioni
4. La posizione della sezione
5. La ratio della polizza
6. La risposta

**3**

---

**L'applicabilità dell'avanzo libero  
- Corte dei Conti, sezione regionale Lombardia, deliberazione n. 240/2024**

1. Premessa
2. L'istruttoria
3. Precedenti delle sezioni

**9**

---

**Indebita percezione di incentivi  
- Corte dei Conti, sezione giurisdizionale Abruzzo con la sentenza n. 111/2024**

1. Introduzione
2. Il caso
3. L'esigenza di terzietà

**12**

---

# **Le polizze assicurative (del codice dei contratti) coprono (necessariamente) anche per danni erariali**

---

## **1. Premessa**

Un Sindaco della regione Lombardia pone alla sezione un interessante quesito sulla corretta interpretazione delle varie disposizioni del codice dei contratti in tema di assicurazione obbligatoria dei dipendenti che si occupano di attività contrattuali (e segnatamente i compiti/attività declinati/e nell'allegato I.10 che contiene, come noto, l'elencazione tassativa delle sole funzioni incentivabili).

Come si legge nella deliberazione, ricostruita la normativa disciplinante la stipula, da parte delle stazioni appaltanti, di polizze assicurative finalizzate alla copertura dei rischi di natura professionale a favore di propri dipendenti coinvolti nella fase progettuale degli interventi pubblici, si chiede alla Corte "se l'assicurazione per le attività previste dal Codice dei Contratti (...) svolte dai dipendenti (...) - verifica del progetto e attività di progettazione - a carico dell'amministrazione non debba essere limitata alla colpa lieve ma debba [essere] estesa naturalmente alla colpa tout court (quindi, anche per colpa grave)".

Prospettando (l'ente) la propria interpretazione dell'apparato normativo vigente, esponendo che "appare ragionevole ritenere che l'assicurazione per le attività (...) sia (...) di verifica del progetto, sia (...) di progettazione (interna) non possa essere limitata solo all'ipotesi di colpa lieve in quanto (essa assicurazione) non sarebbe di alcuna utilità per il dipendente che ha eventualmente determinato l'evento dannoso, posto che non potrebbe essere chiamato nella suddetta circostanza a rispondere del danno: una siffatta copertura assicurativa sarebbe utile solo all'amministrazione che si vedrebbe rimborsata dall'assicurazione per il danno da sinistro dovuto a colpa lieve del dipendente".

E' bene annotare, fin dalla premessa, che la sezione ritiene che l'attuale (copiosa) normativa in tema di assicurazione si ponga in termini derogatori rispetto ai divieti tradizionali di assicurazione della responsabilità amministrativo/contabile (per danni erariali) visto, inoltre, che le stesse polizze, necessariamente vanno a tutelare i dipendenti interessati anche per questa tipologia di danno/responsabilità.

## 2. L'istruttoria

Prima di passare al merito del quesito, il collegio ricorda e sintetizza l'intera (copiosa) corpus di articoli del codice dei contratti che disciplinano la questione delle polizze assicurative.

Si rileva, quindi, che la norma di carattere generale è contenuta nell'art. 2, comma 4, del d.lgs. n. 36/2023, in base alla quale "le stazioni appaltanti e gli enti concedenti adottano azioni per la copertura assicurativa dei rischi per il personale".

Quindi:

- l'art. 45, comma 7, lett. c), del d.lgs. n. 36/2023, che indirizza la destinazione di una parte delle risorse pubbliche finalizzate alla corresponsione di incentivi tecnici, e poste a carico dei bilanci delle stazioni appaltanti (art. 45, comma 1), "in ogni caso (...) per la copertura degli oneri di assicurazione obbligatoria del personale";
- l'art. 42 (Verifica della progettazione) del d.lgs. 36/2023, che, al comma 5, rinvia all'allegato I.7 i contenuti e le modalità delle attività di verifica, nonché i soggetti che vi provvedono, prevedendo che gli oneri conseguenti all'accertamento della rispondenza agli elaborati progettuali siano ricompresi nelle risorse stanziare per la realizzazione delle opere;
- l'art. 5, comma 1, lett. e), n. 10) dell'Allegato I.7 al d.lgs. n. 36/2023 dispone che nel quadro economico dell'opera o del lavoro confluiscono, tra le somme a disposizione della stazione appaltante, le "spese di cui all'articolo 45 [Incentivi alle funzioni tecniche], commi 6 e 7, del codice" e tra queste gli oneri di assicurazione obbligatoria del personale;
- inoltre, con specifico riguardo al personale addetto alla verifica della progettazione – ossia l'attività "finalizzata ad accertare la conformità della soluzione progettuale prescelta alle specifiche disposizioni funzionali, prestazionali, normative e tecniche contenute negli elaborati progettuali" (art. 34 dell'Allegato I.7 al d.lgs. n. 36/2023) – l'art. 37, comma 3, del medesimo Allegato I.7 dispone che "il soggetto incaricato dell'attività di verifica è munito di adeguata polizza assicurativa per la copertura dei rischi legati alle attività professionali a norma dell'articolo 43" a norma è da leggersi in combinato disposto con l'art. 42 del medesimo Allegato I.7, il cui comma 2, terzo periodo, prevede che "nel caso in cui il soggetto incaricato della verifica sia dipendente della stazione appaltante esso risponde nei limiti della copertura assicurativa di cui all'articolo 37, salve la responsabilità disciplinare e per danno erariale secondo le norme vigenti";
- l'art. 43 dell'Allegato I.7 al d.lgs. n. 36/2023, indicante i requisiti minimi della polizza assicurativa professionale richiesta al soggetto incaricato dell'attività di verifica.

La sezione fa notare che l'esigenza delle polizze si fonda sostanzialmente sul principio di fiducia (art. 2) e sulle esigenze generali di tenere indenni i dipendenti che svolgono ruoli impicanti particolari e delicate responsabilità. Ciò risulta intimamente connesso anche con il principio di risultato.

Da notare, infatti, che l'assicurazione/la copertura assicurativa non è connessa alla necessità di

iscrizione in albi professionali “dei progettisti interni all’amministrazione, fermo restando in ogni caso il possesso di idonea competenza in materia, in base alle caratteristiche dell’oggetto della progettazione affinché venga garantita la qualità della stessa e l’abilitazione all’esercizio della professione, quest’ultima comunque funzionale alla sottoscrizione o alla verifica del progetto e alla correlata assunzione di responsabilità, secondo le previsioni dell’ordinamento professionale (così Anac, deliberazione n. 64 del 10 gennaio 2024)”.

Si crea un sistema di assicurazioni, quindi, che indirettamente – lascia palesare la sezione – copre anche la responsabilità erariale indirette anche a prescindere dal grado della colpa del dipendente (e quindi anche per colpa lieve).

### **3. L’orientamento delle sezioni**

Nella deliberazione si sintetizzano gli orientamenti di alcune sezioni – che la Corte non condivide – tendenti ad escludere la possibilità che le polizze in argomento possano anche coprire la responsabilità amministrativo/contabile (il danno erariale).

In delibera si richiamo infatti la “deliberazione SRC Piemonte n. 89/2023/PAR (...), secondo la quale “le polizze assicurative in questione non riguardano la copertura di rischi di danno connessi alla responsabilità amministrativo-contabile del personale pubblico”, poiché “rispetto a quest’ultima fattispecie vale “il divieto posto dall’art. 3, comma 59, della legge 24 dicembre 2007, n. 244 (Legge finanziaria 2008) che, oltre a sancire la nullità del contratto di assicurazione con il quale un ente pubblico assicura 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”, introduce una sanzione pecuniaria in caso di violazione della predetta norma”.

Lo spirito della norma che impedisce la stipula di assicurazione contro il danno erariale (cioè, contro il pregiudizio arrecato alla stessa amministrazione di appartenenza del dipendente), sarebbe “dettata, ancor prima che dalla necessità di evitare alla p.a. un danno erariale dipendente dalla sopportazione dei costi dei premi assicurativi, dal rischio della cosiddetta deresponsabilizzazione del personale pubblico e della classe politica dell’ente, tutelata nelle proprie illegittime o irragionevoli scelte gestionali dalla copertura delle polizze assicurative” (ancora SRC Piemonte n. 89/2023/PAR)“.

Alla luce di questo ragionamento – che la sezione però non condivide fornendo una lettura diversa e più ampia – le polizze risulterebbero circoscritte solamente alla responsabilità civile (in applicazione del classico principio secondo cui la P.A. non può “coprire” i danni erariali e ciò costituirebbe anche un disincentivo ad applicare correttamente le disposizioni, divieto, come noto, che riguarda non i dipendenti ma i politici ma che, nel caso di specie, l’orientamento riportato estende in via analogica.

#### **4. La posizione della sezione**

Con la deliberazione in commento, la sezione si allontana dalla lettura sopra prospettata come polizze ammesse per la sola fattispecie della responsabilità civile. Più in particolare, il collegio non condivide l'affermazione "in ordine al fatto che l'apparato normativo in commento non riguarderebbe anche - e sicuramente in via principale - l'assicurazione contro il danno erariale causato dal dipendente all'amministrazione nell'esercizio della propria attività professionale, bensì esclusivamente generiche ipotesi di "sinistro" cagionato a terzi".

Questo per due - sintetizzando - sostanziali motivazioni. Il primo motivo è che la normativa sopravvenuta (quella del codice dei contratti) si pone come normativa **"derogatoria del divieto di assicurazione stabilito dall'art. 3, comma 59, della legge 24 dicembre 2007, n. 244" (divieto di assicurare la responsabilità amministrativo/contabile che, come detto riguarda i politici).**

L'altra motivazione si ravvisa nel fatto che la responsabilità professionale - di cui si parla nel codice -  
-  
riguarda il riferimento alla sola assicurazione sulla responsabilità professionale e non tout court alla responsabilità civile da qui la considerazione della "conseguente pratica commerciale e la modulistica, da ritenersi ancora vigente, predisposta dal Ministero dello Sviluppo Economico con decreto 16 settembre 2022, n. 193, e recepita nel Regolamento contenente gli schemi tipo per le garanzie fideiussorie e le polizze assicurative (di cui agli articoli 24, 35, 93, 103 e 104 del precedente Codice dei contratti pubblici) e nei relativi allegati che definiscono la copertura assicurativa della responsabilità civile professionale del dipendente pubblico incaricato della progettazione di lavori "per i maggiori costi sostenuti dalla Stazione appaltante dei lavori in conseguenza di errori od omissioni non intenzionali del progetto posto a base di gara..., imputabili a colpa professionale dell'Assicurato" (art. 1, Allegato A, Sezione II - Coperture assicurative, Schema tipo 2.1 Copertura assicurativa della responsabilità civile professionale del dipendente pubblico incaricato della progettazione di lavori ai sensi del d.lgs. n. 50/2016, art. 24, comma 4)".

Questa tipologia di polizza - rimarca la sezione - copre un danno erariale. Mentre l'indicazione che segue (del regolamento che approva gli schemi delle polizze) individua l'oggetto della copertura assicurative

Nello stesso Regolamento, si ricorda nella deliberazione, l'art. 7, corrispondente allo Schema tipo 2.3 inerente alla copertura assicurativa per danni di esecuzione, responsabilità civile terzi e garanzia di manutenzione ai sensi dell'art. 103, comma 7, del d.lgs. n. 50/2016, individua, ma solo con riferimento alla garanzia di manutenzione, l'oggetto dell'assicurazione stabilendo che qualora sia previsto un periodo di garanzia di manutenzione, sono indennizzabili i danni materiali e diretti alle opere assicurate, nonché i danni a terzi verificatisi durante l'esecuzione delle opere stesse e dovuti a causa risalente al periodo di esecuzione oppure a fatto del contraente nello svolgimento delle operazioni di manutenzione"

## **5. La ratio della polizza**

La polizza/copertura - spiega la sezione - serve a "tenere indenne il dipendente assicurato di quanto questi sia tenuto a pagare, quale civilmente responsabile ai sensi di legge, a titolo di risarcimento del danno (capitale, interessi e spese) nei confronti dell'amministrazione di appartenenza; la polizza in questione copre, tuttavia, solo i rischi professionali derivanti dal contratto di prestazione d'opera disciplinato dall'art. 2236 c.c., che stabilisce che "se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d'opera non risponde dei danni, se non in caso di dolo o di colpa grave".

La seconda assicurazione è, invece, posta a carico dell'esecutore dei lavori, cioè di un soggetto estraneo alla stazione appaltante, ed è volta alla tutela, più ampia, per eventuali danni che possano essere causati all'opera e ad assicurare l'amministrazione contro la responsabilità civile per danni causati a terzi nel corso della realizzazione o della manutenzione.

Si configurano, quindi, anche le coperture per responsabilità per colpa lieve. Secondo la sezione è lo stesso legislatore che - in una prospettiva futura - tende a "guardare con favore all'assicurazione con oneri a carico dell'amministrazione **pubblica contro il danno erariale** - anche indiretto piuttosto che verso terzi- commesso con colpa grave, prevedendola nel già citato d.d.l. di riforma della Corte dei conti (art. 1, comma 1-novies), sia pure limitatamente ai soli dirigenti pubblici e, quindi, nei confronti di soggetti la cui attività professionale non implica affatto la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà nei termini di cui all'art. 2236 c.c., ma che comunque considera gravati - psicologicamente, più che concretamente - dal rischio derivante dall'espressione della volontà dell'amministrazione attraverso la firma di atti".

Si viene ad introdurre, quindi, una deroga al generale precetto che vieta la possibilità di assicurare la responsabilità contabile/amministrativa ex art. 28 della Costituzione. Tale tutela, si puntualizza in deliberazione rientra "tra le forme tipiche di incentivazione dell'attività svolta dal personale tecnico interno, allo stato attuale, non si estende alla responsabilità civile per danni a terzi se non per quanto attiene alle conseguenze risarcitorie del danno erariale indiretto ed al diritto di rivalsa dell'amministrazione pubblica sul proprio dipendente che l'ha determinato".

## **6. La risposta**

Si tratta, conclude la sezione, di una copertura di rischi professionali che si realizzano solo nelle ipotesi di colpa grave, ma l'assicurazione prevista dalle norme del d.lgs. n. 36/2023, oggetto del quesito del Comune "fornisce una protezione che comprende le condotte connotate da colpa lieve.

Rimane fermo che l'assicurazione, in ogni caso, dovrà tener conto dei rigorosi parametri stabiliti dalla legge e dai regolamenti sopra richiamati, restando naturalmente esclusa la copertura dei danni derivanti da fatti dolosi (art. 1900 c.c.).

Quest'ultima precisazione contribuisce a chiarire anche il richiamo dell'art. 42 dell'Allegato I.7, il cui comma 2, terzo periodo, prevede che "nel caso in cui il soggetto incaricato della verifica sia dipendente della stazione appaltante esso risponde nei limiti della copertura assicurativa di cui all'articolo 37, salve la responsabilità disciplinare e per danno erariale secondo le norme vigenti".

Tale norma, precisa infine la deliberazione, "non è da intendersi nel senso che il rischio coperto non è il danno arrecato all'amministrazione, bensì, all'opposto, che i limiti di copertura - analiticamente stabiliti nel dettaglio normativo - **possono risultare inferiori al danno erariale effettivamente prodotto**, rispetto al quale l'amministrazione dovrà agire nei confronti del dipendente secondo le regole della responsabilità amministrativa".

# **L'applicabilità dell'avanzo libero**

---

## **1. Il quesito**

Il quesito posto alla sezione lombarda risulta di particolare interesse anche per i RUP delle stazioni appaltanti visto che riguarda il concetto di spesa "non permanente" ed i limiti di utilizzo dell'avanzo libero (che nel rispetto di certe condizioni può essere utilizzato anche per le spese correnti oltre che per le spese di investimento).

Più nel dettaglio, il Sindaco istante chiede la definizione specifica del termine "spese correnti di carattere non permanente". In particolare, "l'interrogante chiede conferma della propria interpretazione dell'articolo 187, comma 2, lettera d, secondo la quale «può essere considerata una spesa corrente a carattere non permanente una qualsiasi spesa che non genera obbligazioni esigibili oltre 12 mesi dall'impegno». In alternativa, chiede di «definire cosa si intende [...] per "spesa a carattere permanente" [...] nella fattispecie dell'applicazione della quota libera dell'avanzo di amministrazione».

## **2. L'istruttoria**

Come anticipato la questione posta – non irrilevante – riguarda l'utilizzo dell'avanzo libero per spese correnti di carattere non permanente.

La sezione ricorda che – ai sensi dell'articolo 186 del decreto legislativo 267/2000 – l'avanzo di amministrazione "libero" può essere utilizzato con provvedimento di variazione di bilancio, per le finalità che il legislatore ha indicato in ordine di priorità, ovvero:

- a. per la copertura dei debiti fuori bilancio;
- b. per i provvedimenti necessari per la salvaguardia degli equilibri di bilancio di cui all'art. 193 ove non possa provvedersi con mezzi ordinari;
- c. per il finanziamento di spese di investimento;**
- d. per il finanziamento delle spese correnti a carattere non permanente;
- e. per l'estinzione anticipata dei prestiti [...]

Nella deliberazione si rammenta il carattere assolutamente tassativo delle finalità ed altrettanto vincolante è l'ordine che la disposizione sopra riportata indica chiaramente.

## **3. Precedenti delle sezioni**

Si rammenta che in alcuni casi le sezioni regionali si sono cimentate nella interpretazione del concetto di spesa non ricorrente. Ad esempio, la Sezione regionale di controllo per il Lazio (deliberazione n. 83/2019/PAR del 30 luglio 2019) ha ritenuto spesa corrente di carattere non permanente, ai fini della copertura con avanzo libero, la spesa derivante dall'assegnazione, da parte dell'autorità giudiziaria ordinaria, di alcuni minori a una casa-famiglia con spese a carico del comune. Ancora la Sezione regionale di controllo per la Basilicata in un caso relativo agli oneri connessi con progetti di inserimento lavorativo di persone in situazioni di disagio economico-sociale (deliberazione n. 35/2022/PAR del 26 luglio 2022).

Queste precisazioni limitano il concetto di spesa non permanente/non ricorrente (per la cui copertura, quindi, è legittimo l'utilizzo dell'avanzo libero) come spese caratterizzate dalla "estemporaneità e dell'assenza di continuità temporale, della sporadicità e dell'imprevedibilità, mentre la "permanenza" è riconnessa alla continuità e certezza nel tempo (deliberazione della Sezione regionale di controllo per il Lazio n. 83/2019/PAR)".

Solo il carattere estemporaneo e imprevedibile della spesa, ricorda il collegio, infatti, secondo la scelta legislativa della disposizione in esame, ne ammette la copertura con l'utilizzazione di una voce di entrata quale l'avanzo libero (cfr. punto 9.2.7 del principio contabile applicato concernente la contabilità finanziaria, allegato 4/2 al decreto legislativo 23 giugno 2011, n. 118).

In pratica non si pone una disponibilità valutativa da parte dell'amministrazione.

Al contrario, conclude la deliberazione, si deve ritenere che una spesa corrente sia a carattere permanente se continua, duratura e stabile, e che abbia, per contro, carattere non permanente se provvisoria e temporanea.

Inoltre, la Sezione, peraltro, non ritiene necessitata, alla luce dei principi contabili e delle citate deliberazioni delle Sezioni regionali di controllo per il Lazio e la Basilicata, la prospettata scadenza delle obbligazioni entro dodici mesi dall'assunzione dell'impegno di spesa. Il punto 9.2.3 del principio contabile applicato concernente la contabilità finanziaria, infatti, si esprime chiarendo che "Il risultato di amministrazione è applicabile solo al primo esercizio considerato nel bilancio di previsione, per finanziare le spese che si prevede di impegnare nel corso di tale esercizio imputate al medesimo esercizio e/o a quelli successivi [...] Nulla osta, dunque, come pure evidenziato dal parere della Sezione regionale di controllo per il Lazio, a che una spesa non permanente possa protrarsi, ed essere imputata nel rispetto del criterio dell'esigibilità, anche oltre il termine dell'esercizio in cui la si intende coprire con l'utilizzo dell'avanzo libero, fermi i rigorosi limiti della temporaneità e provvisorietà".

# Indebita percezione di incentivi

---

## 1. Introduzione

La sezione giurisdizionale Abruzzo con la sentenza n. 111/2024 viene investita di alcune questioni relative ad una non corretta erogazione di incentivi. Per ciò che in questa sede interessa trattare, appare opportuno mettere in evidenza, in particolare, il corretto comportamento dei responsabili ed in particolare del responsabile del servizio del personale/finanziario tenuto ad un controllo sulle erogazioni. Si anticipa che la sezione ricorda l'obbligo di rispettare il principio della terzietà per evitare incompatibilità (in pratica chi è interessato dall'incentivo deve rimettere il controllo ad altro soggetto).

## **2. Il caso**

Nella vicenda presa in esame viene in rilievo un non corretto *modus operandi* sulla liquidazione degli incentivi (il caso era relativo alla pregressa disciplina ma perfettamente adesiva a quella attuale declinata nell'articolo 45 del codice dei contratti) per assenza di gara in alcuni affidamenti (oggi problema superato con l'articolo 45), problemi di conflitto di interessi (spesso chi liquidava si trovava in posizione di conflitto senza assicurare la debita terzietà) ma, soprattutto, per una situazione di assenza di controlli nella fase della liquidazione (dell'adozione delle determinazioni).

In questo senso, come anticipato, anche il provvedimento in danno del responsabile dei servizi amministrativi che ha adottato una serie di determinazioni di liquidazione sulla base di atti (preordinati a tal scopo) da parte degli uffici interessati (nel caso di specie uffici tecnici) e per "autoliquidazione" di incentivi.

Il responsabile del personale (tenuto a controllo prima di dare il benestare sulla emissione dei mandati) non effettuava gli opportuni controlli/verifiche sulle relazioni dei RUP.

Più nel dettaglio la procura ha effettuato la chiamata in causa "nella qualità di responsabili dell'adozione dei provvedimenti di liquidazione dei compensi e incentivi di cui al citato art. 113, d.lgs. n. 50/2016 specificamente individuati nella citazione, per il mancato rispetto delle condizioni e dei presupposti cui la legge subordina la corresponsione degli emolumenti stessi".

In relazione a quanto occorre sottolineare che i vari RUP – in generale – hanno l'obbligo per consentire le ulteriori fasi e per giungere alla liquidazione di competenza di altri responsabili di servizio (in modo da assicurare la terzietà) di predisporre una specifica relazione sul lavoro svolto che, nel rispetto della disciplina adottata dall'ente (criteri di riparo degli incentivi) e di quanto previsto dal codice, faccia emergere le varie componenti e quindi il gruppo di lavoro impiegato, le funzioni tecniche svolte all'interno della stazione appaltante, il chiarimento sui soggetti interessati dall'incentivo che abbiamo, evidentemente, compiuto/svolto funzioni incentivate (oggi più chiaramente indicate nell'allegato I.10 che contiene la descrizione tassativa non estensibile in via analogica.

l'obbligatoria relazione tecnica, pertanto, conterrà i calcoli degli incentivi spettanti che deve essere oggetto di controllo (ordinariamente) da parte del responsabile del personale o dal responsabile del servizio amministrativo/finanziario (come nel caso trattato).

Il controllo, maggiormente invasivo sicuramente sotto l'egida del pregresso codice – come emerge dalla sentenza che prendeva le mosse da una contestazione, confermata, di erogazione di incentivi in modo indebito, per assenza di gara, mancati chiarimenti sulle funzioni svolte etc) – meno penetrante per il chiarimento fondamentale, ad esempio, intervenuto con l'articolo 45 (in specie la possibilità di erogare gli incentivi anche in assenza di procedura di gara e per le stesse concessioni), rappresenta pertanto un momento istruttorio che deve essere rispettato.

Il collegio, infatti, non ha ritenuto persuasive alcune affermazioni del responsabile del personale/finanziario interessato anche in relazione ad una affermata incompetenza ad innestarsi in atti altrui.

In questo senso, il soggetto interessato, evidenziava che "le pratiche in questione (da gli atti tecnici presupposti per poter erogare gli incentivi) erano di competenza dell'Area tecnica e rispetto ad esse si era limitato all'esecuzione dei mandati di pagamento e di quanto disposto (...), con un ruolo meramente ancillare rispetto ad esso, non essendo in possesso delle competenze di tale Area".

E neppure sono valse a determinare assenza di responsabilità l'affermazione di aver assunto l'incarico in parola da breve tempo.

In relazione a questa obiezione, sulla carenza di competenze specifiche sulla materia, il giudice puntualizza come ciò non possa costituire "una valida causa di esclusione della responsabilità. **L'aver assunto il ruolo di responsabile di un Servizio presso un Ente comunale implica**" – **prosegue la sentenza** – **"la necessità di essere in possesso delle competenze necessarie per svolgere quel ruolo e assumere le conseguenti decisioni"**.

### 3. L'esigenza di terzietà

La sezione, quindi, ribadisce l'obbligo del rispetto di una terzietà tra chi percepisce gli incentivi ed il soggetto tenuto al controllo.

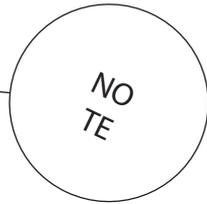
Secondo la sezione non è stato corretto affermare (nelle difese) che "A dispetto del formale *nomen iuris* (da determinazioni di liquidazione) adoperato negli atti amministrativi reputati irregolari, la reale essenza degli stessi era di atti non di liquidazione, bensì di ordinazione di pagamento, in conformità alle liquidazioni già effettuate dal responsabile dell'Area tecnica nelle determinazioni che la G.d.F. aveva individuato come antecedenti agli atti da lui firmati.

Quale emittente di atti di ordinazione, dunque, non aveva l'onere di verificare i presupposti legali degli atti liquidativi, avendo già provveduto a tale incumbente il responsabile dell'Area tecnica, quale naturale attributario del compito liquidativo".

La replica del giudice è che "L'asserita carenza di competenze specifiche sulla materia, dedotta dal (...) quale giustificazione del proprio operato, fino a configurarsi quale mero esecutore delle decisioni da altri assunte e quale mero ordinatore di spesa, **non può costituire una valida causa di esclusione della responsabilità**".

Da qui la condanna per danni erariali, anche del responsabile del servizio amministrativo "nella qualità di responsabili dell'adozione dei provvedimenti di liquidazione dei compensi e incentivi di cui al citato art. 113, d.lgs. n. 50/2016 specificamente individuati nella citazione, per il mancato rispetto delle condizioni e dei presupposti cui la legge subordina la corresponsione degli emolumenti stessi".





A series of 20 horizontal dotted lines for writing.