

Rivista mensile - Anno XV, Numero 2

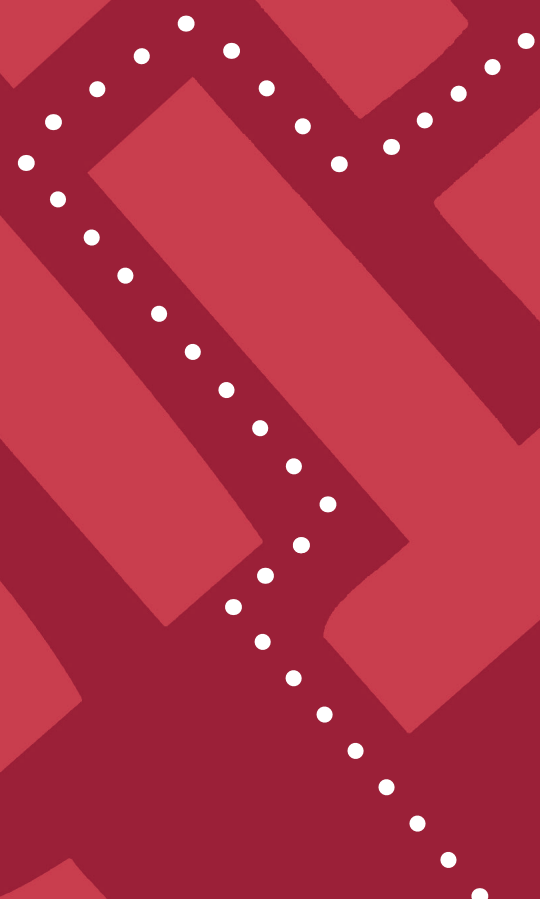
aprile
2025

MEDIA APPALTI

**Il cumulo alla rinfusa alla
luce del D.lgs. 209/2024**

**Le novità,
le semplificazioni
e le complessità della
fase di esecuzione
alla luce del
D.Lgs. n. 209/2024**

**Le modifiche alla
disciplina del subappalto
introdotte dal
D.lgs. 209/2024**



**“Guida
pratica
in materia di
appalti pubblici”**

Registrazione presso il
Tribunale di Trani il 03.02.2011
al numero 3/2011 del Registro
dei giornali e periodici.

Vietato riprodurre anche parzialmente
i contenuti degli articoli pubblicati
senza essere autorizzati dall'editore.

I contributi presenti costituiscono
espressione delle libere opinioni degli
autori, unici responsabili dei loro scritti,
configurandosi quali semplici analisi di studio
liberamente apprezzabili dai lettori.

Sono graditi contributi in materia di
contrattualistica pubblica da inserire nei
prossimi numeri della rivista Mediappalti.
Il materiale potrà essere inviato al seguente
indirizzo e-mail: redazione@mediappalti.it,
corredato da recapito e qualifica professionale



SGQ UNI EN ISO 9001:2015
Certificato n° 2634



approfondimento aggiornamento giurisprudenza informazione consulenza normativa



**Uno strumento utile
per muoversi
nel complesso
e delicato
mondo degli
appalti pubblici**

**aprile
2025**

Nove

Giulio non è una persona che patisce i crampi della gelosia. Ha sempre avuto poco dalla vita e le ha sempre e comunque detto "grazie". Giulio non vive nelle eleganti villette fuori città, ci passa ogni giorno davanti, le guarda con meraviglia e ammira chi se le è potute permettere.

Il suo datore di lavoro arriva in cantiere al volante di un SUV fuorimisura. Giulio lo segue con lo sguardo e pensa che è fantastico.

Fantasticare, del resto, è una delle cose che gli riesce meglio. Immagina che un giorno abiterà in un bell'appartamento all'ultimo piano, luminoso e con ampie verande. Immagina che ogni estate porterà i bambini in vacanza in lussuosi resort in riva al mare. Immagina la moglie felice di indossare quei vestiti esposti nelle vetrine al civico 189 del corso.

Immaginare tiene in allenamento la mente. È un esercizio che rilassa. "Attraverso l'immaginazione abbiamo il potere di essere qualsiasi cosa desideriamo essere", affermava lo scrittore Neville Goddard. E, soprattutto, non costa niente.

Se costasse qualcosa immaginare, Giulio ne dovrebbe fare a meno. Così come fa a meno di tantissime altre cose: un nuovo smartphone, le vacanze, il concerto della sua band preferita, la pizza ogni fine settimana. Come dici? Giulio, certo, lavora. L'ho detto prima. Perché non può avere una vita normale? Perché il suo è quello che viene definito "lavoro povero".

Si tratta di una patologia diffusa, spesso invisibile. Consuma chi ne è affetto nella dignitosa solitudine di austere abitazioni. Lavorare e vivere ai margini della soglia della povertà.

È da un po' di tempo che sentiamo parlare, in maniera davvero poco convinta a dir la verità, di salario minimo. Un salario che possa garantire uno standard di vita dignitoso, con il quale si possa far fronte alle spese essenziali che una famiglia deve sostenere giorno per giorno.

Nelle more delle decisioni della più alta carica legiferante, le iniziative sporadiche e in ordine sparso delle amministrazioni locali. Lo fanno a loro modo, entro quel ristretto margine di

operatività di cui dispongono. Non possono autonomamente istituire un minimo salariale. Non possono imporre nulla alle imprese private, sostituendosi al Parlamento. Possono solo incentivarle a promuoverne uno stipendio che sia congruo al lavoro svolto e allineato al costo della vita. Su cosa possono agire le amministrazioni locali? Sugli appalti.

Il sistema che diversi enti stanno adottando è quello della premialità. Nel bando di gara vengono inseriti punti a vantaggio delle imprese che adottano un salario pari o al di sopra del minimo identificato nei nove euro lordi all'ora.

Recentemente il Consiglio Regionale della Toscana ha approvato una proposta di legge in tal senso. "Sappiamo benissimo – afferma il Presidente della Regione Eugenio Giani – che la definizione dei livelli retributivi attiene alla competenza statale e alla contrattazione collettiva, ma crediamo che la Toscana, terra di diritti e di cultura del lavoro, possa dare un segnale concreto a favore della dignità dei lavoratori e delle lavoratrici, a partire da salari che non siano inferiori a 9 euro lordi l'ora".

Prima della Toscana c'è stata l'iniziativa del Comune di Napoli. "Basta paghe da fame, soprattutto da parte di chi esegue lavori per conto delle amministrazioni pubbliche", aveva dichiarato il Consigliere Comunale Sergio D'Angelo.

Sulla scia di queste azioni concrete, l'emulazione si sta propagando. In provincia di Savona è la CGIL a sollevare la questione. Il segretario Andrea Pasa sprona i sindaci sostenendo che "anche in provincia di Savona, come già avviene in tanti altri comuni italiani, possono fare la differenza e mettere in campo azioni concrete per stare al fianco di lavoratrici e lavoratori".

Il 25 marzo l'Organizzazione Internazionale del Lavoro ha pubblicato il "Rapporto mondiale sui salari". Nel documento si dimostra che dopo anni di segno negativo, i salari in Italia sono tornati a crescere nel 2024.

Una crescita che, però, non è sufficiente a recuperare la perdita del potere d'acquisto registrata negli anni precedenti.

La conseguenza è che nel nostro paese i salari reali sono oggi inferiori a quelli del 2008. I nove euro lordi ad ora sono la soluzione? Tale cifra, significa per un lavoro da quaranta ore settimanali un salario di 1.440 euro lordi al mese. Uno stipendio che può andare bene per un single. Ma se si prende in considerazione una famiglia media di due adulti e due bambini, e con un solo genitore occupato, la situazione cambia notevolmente.

Con queste caratteristiche abbiamo interrogato il calcolatore ISTAT della soglia di povertà che considera la spesa mensile. I dati, basati sulle statistiche del 2023, sono emblematici: in nessuna regione italiana i nove euro lordi l'ora, che tradotti in mensilità nette diventano circa 1.200 euro, garantirebbero un reddito che superi le stime proposte dall'ISTAT. La soglia di povertà più bassa è rappresentata dai 1.330 euro dei piccoli comuni calabresi, la più alta dai 2.120 dell'area metropolitana lombarda.

"Affrontare le disuguaglianze di reddito nel mercato del lavoro, compresi i divari retributivi di genere e i divari retributivi subiti dai lavoratori in situazioni di vulnerabilità, è un percorso necessario per ridurre le disuguaglianze e la povertà lavorativa", si legge sul rapporto dell'ILO.

La sfera delle Pubbliche Amministrazioni agendo sugli appalti pubblici, in questo momento, sembra essere l'unica entità ad aver mosso i primi passi in questo senso.

Nei livelli più alti la questione è ostaggio di un dibattito politico e ideologico al quale sfugge che la soluzione oggetto della discussione potrebbe già essere anacronistica.

L'articolo 36 della nostra Costituzione recita "la retribuzione deve essere sufficiente a garantire al lavoratore e alla sua famiglia una vita libera e dignitosa". È evidente che, come minimo salariale congruo, non possano bastare quei 9 euro lordi all'ora.

di Enzo De Gennaro

sommario

Editoriale

Nove

4

In evidenza

L'affidamento diretto dopo il decreto legislativo 209/2024 e alla luce della recente giurisprudenza

7

Sotto la lente

Il cumulo alla rinfusa alla luce del d.lgs. 209/2024

14

Hanno collaborato a questo numero:

Stefano de Marinis
Of Counsel presso Piselli & Partners, già vicepresidente FIEC

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

Adriano Falsone
Esperto in contrattualistica pubblica

Fortunato Picerno
Esperto in contrattualistica pubblica. Dottore di ricerca in diritto amministrativo. Docente in materia di legislazione delle opere pubbliche

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

Olga Toscano
Esperto Legale presso Agenzia del Demanio

Francesco Stornello
Avvocato amministrativista

Stefano Usai
Vicesegretario del Comune di Terralba (OR)

Direttore Responsabile
dott. Enzo de Gennaro

Comitato di Redazione
avv. Maria Teresa Colamore
avv. Mariarosaria di Canio
avv. Arcangela Lacenza
avv. Alessandro Lattanzio
avv. Domenico Manno
avv. Giuseppe Morolla

Responsabile Web
Lorenzo Antonicelli

Responsabile Ufficio Grafico
Leonardo Todisco

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

Il Punto

Le novità, le semplificazioni e le complessità della fase di esecuzione alla luce del D.Lgs. n. 209/2024

21

La gestione delle problematiche connesse alle tutele lavoristiche nel campo dei pubblici appalti in un caso particolare affrontato (anche con riferimento all'istituto della revisione dei prezzi) da T.A.R. Lombardia, sez. I, 17 febbraio 2025, n. 519

28

Principio di rotazione e art. 49: cosa cambia dopo il correttivo appalti

35

Verifica del possesso dei requisiti degli operatori economici alla luce del Codice dei Contratti Pubblici, e del Correttivo.

43

Le modifiche alla disciplina del subappalto introdotte dal D.lgs. 209/2024

53

Pareri & Sentenze

59

A Domanda Rispondiamo

68

In pillole

69

L'affidamento diretto dopo il decreto legislativo 209/2024 e alla luce della recente giurisprudenza

di Stefano Usai

IN
EVIDENZA

Premessa

L'affidamento diretto (e la relativa micro-disciplina prevista nel codice) non viene direttamente inciso dal decreto legislativo 209/2024 (nel prosieguo solo correttivo) ma solo attraverso degli innesti di carattere – si potrebbe dire – più generale non direttamente riferiti alla struttura essenziale dell'assegnazione diretta.

E' bene evidenziare, però, che anche i micro innesti – non per rilevanza –, consentono di meglio definire la fattispecie specifica dell'affidamento diretto oggi confusa, sotto il profilo pratico/operativo, con una procedura di affidamento procedimentalizzata (che "prende", in realtà, in prestito elementi/istituti tipici della procedura negoziata) che come si vedrà più avanti, in realtà non si può affatto definire come affidamento diretto se non per il *nomen* che, impropriamente, utilizza il RUP.

1. L'affidamento diretto ed il riferimento al contratto collettivo (applicato al personale coinvolto nella prestazione affidata)

La prima questione che ha chiarito l'estensore del correttivo – come anche evidenziato nel numero di febbraio della rivista con l'articolo (S. Usai "Il nuovo allegato I.01 introdotto dal decreto legislativo 209/2024") –, è l'ovvia e piena applicabilità delle disposizioni in tema di applicazione dei contratti collettivi al personale impegnato nell'esecuzione della prestazione affidata direttamente.

Il fatto che anche l'affidamento diretto – al netto di affidamento di prestazioni intellettuali o forniture senza posa in opera –, soggiace agli obblighi della c.d. tutela lavoristica (con cui tanto si è inciso anche con il nuovo correttivo) non doveva, evidentemente, essere messo in dubbio dal RUP.

Il RUP, quindi, nella fase istruttoria e nel successivo preventivo richiesto al potenziale affidatario deve, *in primis*, preoccuparsi del contratto applicato e dell'importo degli oneri della manodopera. Evitando, evidentemente, di procedere ad una assegnazione diretta senza una previa verifica e/o, peggio ancora, in caso di plateale disinteresse su queste tematiche.

Come anticipato, grazie all'articolo 2 del correttivo, l'attuale comma 2 dell'articolo 11 impone l'obbligo al RUP (tenuto a predisporre la decisione di affidamento diretto e/o a firmarla nel caso in cui coincida con il dirigente/responsabile del servizio abilitato alla firma esterna) di indicare nella decisione di affidamento che si colloca a valle del procedimento di affidamento diretto (e che conterrà anche il CIG che si acquisisce solo dopo l'affidamento virtuale sulla PAD e la verifica dei requisiti) il contratto collettivo da applicare al personale dell'appaltatore coinvolto nell'esecuzione della prestazione.

L'estensore del correttivo, pertanto, se da un lato ha omologato l'affidamento diretto – ma, si ripete, non c'era bisogno vista l'ovvietà –, alle procedure di gara per quanto concerne l'obbligo di applicare le tutele lavoristiche, d'altra parte suggerisce anche un elemento pratico/operativo che riguarda la fattispecie dell'assegnazione diretta.

Mentre nelle procedure di gara, ovviamente, l'indicazione del contratto collettivo da applicare risulta preventivamente indicato dal RUP (e d'altra parte all'operatore – ex comma 3 dell'articolo 11 –, è consentito in applicazione dei costituzionali la possibilità di proporre un contratto diverso purché con previsione di uguali tutele economico/normative del contratto richiesto dal RUP), nell'affidamento diretto, sotto il profilo formale, l'indicazione è, praticamente, postuma ovvero avviene con l'affidamento.

Considerato che l'affidamento diretto “deve” – secondo l'estensore –, essere definito con un unico atto (e quindi con la decisione di affidamento a valle) c'è da chiedersi in che modo viene concertata/verificata l'applicazione del contratto collettivo corretto/idoneo/appropriato.

Il contratto collettivo da applicare, quindi, viene “svelato” in fase istruttoria ovvero nel dialogo negoziale con l'operatore interpellato. Una volta chiarito questo aspetto, nel preventivo richiesto e/o direttamente sulla PAD verrà indicato il contratto collettivo da applicare.

Una problematica particolare può sorgere nel caso in cui, in fase di interpello/dialogo negoziale, l'operatore interpellato proponga un contratto diverso da quello che il RUP ritenga essere più appropriato.

A questo punto sorge il dubbio se il RUP debba (possa) continuare le “trattative” negoziali o possa ritenersi legittimato ad interromperle per evitare un aggravio del procedimento ed una previa verifica sull'appropriatezza del contratto proposto dall'interpellato.

“ **Con la modifica apportata all'articolo 11 – ed imposizione dell'indicazione del contratto collettivo applicato al personale interessato dalla prestazione nella decisione di affidamento – si può dire che sotto il profilo delle tutele lavoristiche sia stato completamente omologato ai più classici procedimenti di gara/aggiudicazione.** ”

Si è indotti a ritenere che il RUP debba fare applicazione rigorosa del principio di buona fede che induce a ritenere vietate le interruzioni improvvise delle trattative negoziali.

È altresì vero, però, che nella fase istruttoria e, quindi, prima ancora di avviare una trattativa negoziale con l'operatore, il RUP dovrebbe aver acquisito dati sufficienti e necessari per comprendere in che modo opera l'interpellato in relazione all'applicazione corretta dei contratti collettivi.

In sostanza, prima ancora di avviare le trattative il RUP deve aver ben chiaro che tipo di approccio prospetterà l'operatore.

È chiaro, poi, che le interruzioni della trattativa (che in nessun caso, comunque, vincolano la stazione appaltante a condizione, si ripete, che vengano condotte in buona fede) dovranno ritenersi legittime/lecite nel caso in cui l'operatore interpellato insista per l'applicazione di un contratto collettivo diverso da quello indicato dal RUP senza però dimostrare/provare stesse equivalenze tecnico/economiche (come oggi impone l'allegato I.01).

2. L'affidamento procedimentalizzato

Se nell'affidamento diretto - così come strutturato dagli estensori nel codice dei contratti - l'indicazione del contratto collettivo da applicare è, per così dire, postuma visto che non viene indicata in nessun atto amministrativo precedente, diverso è il ragionamento per il cd. affidamento procedimentalizzato.

L'affidamento procedimentalizzato - come sta emergendo in tanta recente giurisprudenza - viene definito "diretto" solo nel nomen (nel senso che viene chiamato in questo modo dal RUP), in realtà è una "inedita" (visto che non è prevista nel codice) fattispecie di assegnazione dell'appalto ma previa adozione di atti di avvio (in certi casi un autentico avviso a manifestare interesse) con una micro (o a seconda dei casi macro) competizione tra operatori con tanto di graduatoria di merito.

Nel caso di specie, in realtà, si realizza una autentica procedura di gara (secondo la giurisprudenza, una piccola evidenza pubblica) caratterizzata anche, in certi casi, da atti a monte della procedura. E' chiaro che se questa fattispecie - che prende dall'affidamento diretto solo il nome ma, soprattutto, prende dalle disposizioni in tema di procedura negoziata - ha degli atti amministrativi a monte è in questi che il RUP dovrà indicare il contratto collettivo che ritiene debba essere applicato e gli stessi oneri della manodopera.

Accade una situazione simile, pertanto, a quanto accade nella procedura di gara con la possibilità dell'operatore economico anche di formalizzare l'intento/volontà di applicare un contratto

collettivo diverso, purché equivalente nelle tutele tecnico/economiche, dal cui confronto, il RUP non potrà assolutamente sottrarsi.

Mentre, si ripete, nell'attività istruttoria classica dell'affidamento diretto il RUP, purché nel rispetto della buona fede potrebbe anche sottrarsi per evitare lungaggini ed inutili aggravii (addirittura contenziosi) nell'assegnazione diretta del contratto.

Ulteriore dimostrazione, pertanto, che nell'affidamento procedimentalizzato il RUP azzerà/riduce drasticamente la discrezionalità invece riconosciuta nell'affidamento diretto dallo stesso estensore (come si precisa nell'allegato I.1, art. 3 nella definizione dell'affidamento diretto come procedimento senza procedura di gara/selezione).

“ **L'affidamento diretto negli intenti degli estensori ha una struttura molto semplice ed è priva di selezione/confronto tra operatori. Articolare come gara/competizione l'affidamento diretto espone il RUP al vaglio del giudice amministrativo.** ”

3. L'affidamento diretto e l'accesso agli atti

Una delle conseguenze della procedimentalizzazione dell'assegna del contratto nell'ambito delle micro soglie (si intende infra 140 mila euro per beni/servizi e infra 150 mila euro per lavori) riguarda la questione dell'accesso agli atti.

Come emerge dal Vademecum dell'ANAC dedicato all'affidamento diretto (del mese di agosto 2024), nell'ambito del procedimento amministrativo correlato - e quindi nel caso dell'indagine di mercato informale - gli operatori eventualmente interpellati non hanno alcuna "posizione" giuridica da far valere.

A titolo esemplificativo, ad esempio, non possono dolersi di non essere stati invitati a presentare il preventivo, non possono dolersi del fatto di non essere risultati affidatari e, pertanto, non hanno neppure diritto ad accedere agli atti correlati (fatta salva, evidentemente, la sola possibilità dell'accesso civico che, però, compete a tutti i consociati a prescindere da posizioni giuridiche).

Nel dettaglio, nel documento dell'ANAC si evidenzia che l'affidamento diretto non "abilita i soggetti che non siano stati selezionati a contestare le valutazioni effettuate dall'amministrazione circa la rispondenza dei prodotti offerti alle proprie esigenze (cfr. Cons. Stato sez V, sentenza n 503 del 15.01.2024 Cons. Stato, sez. IV, sentenza n. 3287 del 2021)".

Questa situazione, di assenza di posizioni specifiche visto che non esistono in concreto competitori è abbastanza chiara nel caso in cui il RUP, proceda avviando il dialogo negoziale/istruttoria, ad esempio, sempre nel rispetto della rotazione, con un operatore attinto da proprie banche dati, banche dati di altre stazioni appaltanti, dall'albo interno, dal mercato elettronico (PAD) e con operazioni simili.

Una situazione completamente diversa, invece, accade nel caso in cui il RUP operi una procedimentalizzazione facendo competere due o più preventivi.

La situazione diventa ancora di maggior difficile presidio nel caso in cui, addirittura, il procedimento di (autentica) selezione – pur con il nomen di affidamento diretto - venga condotta con l'utilizzo della PAD.

In questo caso, in realtà, si sta operando, come sopra evidenziato, con una procedura di gara/selezione che obbliga il RUP ad applicare il micro sistema normativo in tema di accesso agli atti (secondo le disposizioni contenute negli artt. 35 e 36 del codice dei contratti).

Il riscontro in parola, ad esempio, viene fornito sia dal MIT ma dalla stessa, recentissima giurisprudenza.

L'ufficio di supporto legale si è espresso sul tema con il parere n. 2809/2024. Nel caso di specie, al supporto viene posto il seguente quesito "Si chiede se alle procedure di affidamento diretto ex art. 50, comma 1, lett. a) e b), del d.lgs. 36/2023 effettuate previa consultazione mediante piattaforma digitale certificata di più operatori economici siano applicabili le disposizioni di cui all'art. 36, comma 2, del d.lgs. 36/2023".

Pertanto, non può sfuggire, il procedimento è stato condotto dal RUP attraverso la piattaforma. È chiaro che in un caso simile, in realtà, la procedimentalizzazione ha generato una autentica selezione/procedura di scelta.

Difficilmente, nel caso trattato, si poteva sostenere che i "competitori" non avessero posizioni giuridiche ben definite.

Non a caso il MIT risponde affermativamente al quesito evidenziando che in un caso simile, anche se viene utilizzato il nome di affidamento diretto il RUP è obbligato ad applicare le disposizioni di cui agli artt. 35 e 36 e quindi a consentire – ai primi 5 classificati – la conoscenza simmetrica delle offerte.

Sembra superfluo sottolineare che in un caso simile, in realtà, è stata avviata una autentica procedura di gara ed i partecipanti hanno i diritti/posizioni giuridiche classiche dei partecipanti ad una classica evidenza pubblica.

Altri utili elementi, per il RUP, si possono trarre, come anticipato, dalla recente giurisprudenza ed in specie dalla sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, n. 1353/2025.

Nel caso di specie, il RUP ha limitato gli inviti a due preventivi e le richieste di accesso agli atti (che la stazione appaltante ha pur, parzialmente, ammesso) provenivano da soggetto non coinvolto nella micro competizione.

In questo caso il giudice ha rilevato come in una situazione simile non ricorreva alcun "interesse qualificato all'esibizione dei dati dell'offerta, oscurati in quanto riferiti a segreti tecnici e commerciali, in chiaro, non ricorrendo,

come correttamente ritenuto dal comune, i presupposti per l'accesso difensivo ex art. 53 d.l.gs. n. 50 del 2016, cui deve essere riferito il diritto di accesso difensivo in materia di contratti pubblici, costituente declinazione del più generale accesso difensivo di cui alla l. 241 del 1990".

Nel caso di specie, in pratica, il RUP non ha avviato una autentica procedura di gara, pertanto, chi non è stato coinvolto nel procedimento non ha "alcun interesse qualificato e differenziato" ad avere conoscenza "dell'offerta tecnica della controinteressata in forma non oscurata".

“ La recente giurisprudenza e i pareri del MIT dimostrano che se non viene effettuata una competizione direttamente sulle PAD gli articoli 35 e 36 (microsistema normativo in tema di accesso) non operano in relazione all'affidamento diretto (se questo è realmente tale) ”

In modo più chiaro, quindi, il giudice precisa (secondo anche l'orientamento giurisprudenziale dello stesso Consiglio di Stato, cfr della V sezione del 02 maggio 2024 n. 3979), che l'eventuale "ostensione al non concorrente delle informazioni comunicate dai partecipanti all'Amministrazione è idonea a incrinare la fiducia riposta dal concorrente nell'Amministrazione, in quanto esorbita dal rischio assunto da quest'ultimo quando ha reso partecipe la stazione appaltante dei dati afferenti alla propria attività, cioè quello che le informazioni imprenditoriali possano essere comunicate agli altri candidati, esposti al medesimo rischio".

Si tratta di dinamiche, quindi, che non devono essere complicate dal RUP il quale è tenuto ad evitare che giunga a compilare/articolare un procedimento semplice (qual è l'affidamento diretto) in una procedura di selezione/gara mascherata.

Da notare che tali articolazioni vengono sviluppate/avviate dai RUP al fine di preconstituire la motivazione sull'affidamento mentre l'articolo 50 del codice non chiede una particolare motivazione ma solo le ragioni che hanno portato ad affidare al dato operatore (e quindi il riscontro sul possesso dei requisiti, la congruità del prezzo della prestazione e, come detto, la certificazione di aver rispettato la rotazione, ovvero una motivazione semplice non aggravata).

4. L'irrigidimento delle disposizioni tema di rotazione

Ulteriori aspetti che riguardano l'affidamento diretto, si possono leggere anche nelle modifiche apportate con il correttivo all'articolo 49 del codice ovvero in tema di rotazione.

L'articolo 17 del correttivo, infatti, sostituisce il comma 4 dell'articolo 49 (*in cui si disponeva che "n casi motivati con riferimento alla struttura del mercato e alla effettiva assenza di alternative, nonché di accurata esecuzione del precedente contratto, il contraente uscente può essere reinvitato o essere individuato quale affidatario diretto"*).

Oggi, l'attuale previsione – in vigore dal 31 dicembre 2024 –, limita ulteriormente la possibilità del riaffido con la precisazione che "In casi motivati, con riferimento alla struttura del mercato e alla effettiva assenza di alternative, previa verifica dell'accurata esecuzione del precedente contratto nonché della qualità della prestazione resa, il contraente uscente può essere reinvitato o essere individuato quale affidatario diretto".

È del tutto evidente che il RUP viene direttamente responsabilizzato nel momento in cui ritenesse praticabile il riaffido.

Da notare che la previsione in argomento viene innestata in un micro sistema normativo ben più rigoroso della precedente posizione espressa dall'ANAC (con le linee guida n.4). L'attuale impianto normativo innestato nell'articolo 49 (ed è sufficiente una semplice

lettura del primo comma) vieta il riaffido al pregresso affidatario (a prestazioni analoghe). Anche con l'innesto, quindi, il legislatore ha suggerito al RUP attenta ponderazione nel momento in cui non applichi (o stia per decidere di non applicare il criterio dell'alternanza).

Il correttivo rende meno semplice il riaffido in caso di assenza di alternative nel mercato visto che il RUP deve adeguatamente certificare la bontà della prestazione resa dal pregresso affidatario.

Il RUP, nella fase istruttoria, quindi, deve attentamente valorizzare il controbilanciamento alla discrezionalità tecnica consentita nell'affidamento diretto determinato dalla esigenza/necessità che il pregresso affidatario si avvantaggi – in maniera in propria rispetto agli altri competitori –, della posizione di vantaggio acquisita durante la pregressa gestione del contratto.

Da notare che la giurisprudenza di primo grado (in particolar modo il Tar Puglia, sentenza n. 138) e lo stesso MIT (3225/2025) ed il servizio di consulenza della Provincia autonoma di Trento (parere 473/2025) hanno chiarito che, in primo luogo, l'avviso pubblico è strumento della sola procedura negoziata e che solo in questa – proprio per effetto di quanto previsto dal comma 5 dell'articolo 49 del codice –, è consentito l'avviso aperto alla partecipazione di ogni operatore in possesso dei requisiti con conseguente inapplicabilità (salvo debite motivazioni) della rotazione.

L'avviso sostanzialmente aperto, invece, non essendo "strumento" dell'affidamento diretto non consente di evitare la rotazione.

5. L'affidamento diretto e la forma del contratto

Altra modifica che interessa anche l'affidamento diretto è quella apportata con l'articolo 6 del correttivo che apre alla possibilità, anche nel sottosoglia, di utilizzare forme meno semplificate del contratto d'appalto.

Pertanto, anche nell'affidamento diretto, ad esempio, potrebbe essere utilizzata la forma pubblico/amministrativa con rogito del segretario o notarile.

A parere di chi scrive, poco cambia secondo anche l'impostazione precisata dal MIT in cui si evidenzia che compete al RUP scegliere la forma del contratto (allegato I.2).

È chiaro che per rendere più spedito il procedimento, il RUP potrebbe anche optare per una forma ultra semplificata (come lo scambio di pec/corrispondenza).

Con il correttivo, e quindi con la modifica dell'articolo 18, si può sostenere che anche nel sottosoglia – e quindi anche per l'affidamento diretto – la forma contrattuale sia libera (presidiata solo dal rispetto del principio del risultato)

È bene annotare, infatti, che l'aggravio della forma del contratto, richiedendo magari tempi meno tempestivi potrebbe determinare ulteriori aggravii sull'esecuzione della prestazione.

È altresì vero che nell'intero sottosoglia, il RUP potrebbe – senza obbligo di motivazione – valutare la consegna anticipata della prestazione (previa verifica dei requisiti).

6. L'affidamento diretto e gli incentivi (dopo il correttivo)

Disposizione, invece, sicuramente di maggior favore è quella contenuta nell'articolo 92 del correttivo che modifica – in realtà fornisce un importante chiarimento – l'articolo 32 dell'allegato II.14 ovvero la disposizione fondamentale in tema di incentivi.

L'attuale impianto normativo oggi consente, in primis per le forniture, di ritenere erogabile l'incentivo nell'ipotesi in cui pur per un importo inferiore ai 500 mila euro venga nominato un DEC distinto dal RUP e certificata la complessità dell'appalto.

“ **Con il nuovo codice dei contratti – art. 45 – non si deve più dubitare dell'accesso agli incentivi anche nel caso di affidamento diretto sempre che si rispetti il dettato dell'articolo 32 dell'allegato II.14 e, per beni/ servizi, venga nominato un DEC distinto dal RUP** ”

Detta possibilità la si prevede anche per i servizi, nel caso in cui questi evidentemente non rientrino nell'elenco dell'articolo 32 (considerati complessi anche nel sottosoglia direttamente dall'estensore con imposizione di nomina di un DEC distinto dal RUP).

Si amplia pertanto la prerogativa degli incentivi ammessi, oramai è piuttosto noto, anche nell'affidamento diretto direttamente dall'articolo 45 considerato che questo contiene un riferimento (per il calcolo del 2% di incentivi) alla base di affidamento e non più alla base di gara come invece disponeva il pregresso codice dei contratti (imponendo, quindi, sempre una competizione per poter accendere agli incentivi).

Per i servizi e forniture, ovviamente, rimane imprescindibile la nomina di un DEC distinto dal RUP.

Il cumulo alla rinfusa alla luce del d.lgs. 209/2024

di Fortunato Picerno

SOTTO
LA
LENTE

La riforma del sistema di qualificazione dei consorzi nel nuovo Codice dei contratti pubblici: analisi del correttivo e impatti applicativi

L'evoluzione della disciplina normativa riguardante i consorzi stabili rappresenta uno dei capitoli più complessi e al contempo centrali all'interno del nuovo Codice dei contratti pubblici, introdotto con il D.lgs. n. 36/2023.

Tale complessità è il risultato di un sistema stratificato, nel quale si sono progressivamente sovrapposti orientamenti giurisprudenziali, pareri dell'ANAC e modifiche legislative. In questo contesto, il Decreto Correttivo – entrato in vigore nel 2024 – ha apportato importanti novità volte a chiarire, razionalizzare e armonizzare le disposizioni già contenute nel Codice, in particolare all'art. 67.

Le nuove norme sul sistema di qualificazione dei consorzi rispondono ad una molteplicità di esigenze: da un lato, garantire una maggiore certezza giuridica agli operatori economici, superando le ambiguità interpretative legate al cosiddetto "cumulo alla rinfusa"; dall'altro, evitare fenomeni distorsivi che, nei fatti,

potevano generare una partecipazione alle gare pubbliche priva di effettiva capacità tecnica ed economica.

Nell'assetto previgente, la disciplina dei consorzi era governata da norme spesso non coordinate, con il rischio che i consorzi potessero aggirare i requisiti previsti dal legislatore facendo affidamento, indiscriminatamente, sulle attestazioni delle consorziate, indipendentemente dal loro coinvolgimento effettivo nell'esecuzione dell'appalto. Il correttivo, pertanto, cerca di colmare questo vuoto normativo.

Nel testo che segue, si analizzeranno approfonditamente le novità introdotte dal correttivo con riferimento alla qualificazione dei consorzi, distinguendo tra diverse tipologie consortili, con particolare attenzione ai consorzi stabili, ai consorzi di cooperative di produzione e lavoro e ai consorzi artigiani.

Inoltre, verranno evidenziati i principali dubbi applicativi ancora irrisolti, proponendo anche un raffronto con le prassi europee e le principali sentenze della giurisprudenza amministrativa.

1. Le due principali ipotesi di qualificazione: consorzio stabile con struttura propria e consorzio stabile con consorziate esecutrici designate

Nel contesto della riforma introdotta dal Decreto Correttivo, la qualificazione del consorzio stabile si articola in due scenari principali, entrambi definiti dall'art. 67 del Codice dei Contratti Pubblici.

1. Il consorzio stabile con struttura propria (esecuzione diretta del contratto)

La prima ipotesi disciplinata riguarda la situazione in cui il consorzio stabile partecipa a una gara d'appalto senza dover necessariamente indicare le consorziate esecutrici. In tal caso, infatti, il consorzio assume direttamente l'esecuzione dei lavori, avvalendosi della propria struttura.

Questa disposizione, contenuta nel primo comma, lettera b) dell'art. 67, stabilisce che i requisiti posseduti in proprio dal consorzio, cioè quelli che derivano dalla precedente esperienza e attività svolta autonomamente dalla struttura consortile, possano essere cumulati con quelli delle consorziate. Il consorzio, dunque, può partecipare autonomamente a gare pubbliche e, pur non avendo una struttura aziendale sempre in grado di eseguire materialmente tutte le fasi dell'appalto, beneficia della possibilità di avvalersi delle competenze tecniche e professionali delle singole consorziate. Questa forma di qualificazione è volta a garantire una flessibilità operativa che permette ai consorzi di operare in diversi ambiti, utilizzando risorse e competenze esterne in modo coerente e funzionale al progetto di gara.

L'obiettivo della riforma è evitare che i consorzi stabili vengano utilizzati come "banchi di prova" per aggregazioni estemporanee, prive di una vera struttura operativa che possa garantirne l'affidabilità e l'esperienza. In questo scenario, i consorzi stabili che ricorrono all'esecuzione diretta devono dimostrare di aver maturato esperienza sufficiente attraverso l'esecuzione di appalti precedenti, i cui requisiti, quindi, vengono trasferiti al consorzio stesso.

2. Il consorzio stabile con consorziate esecutrici designate

Nel secondo scenario, il consorzio stabile partecipa alla gara d'appalto indicando espressamente le consorziate esecutrici designate.

In questo caso, la normativa stabilisce che i requisiti di qualificazione per l'esecuzione dei lavori devono essere posseduti e comprovati dalle singole imprese designate. In altre parole, non è più possibile per il consorzio stabile cumulare indiscriminatamente i requisiti posseduti dalle proprie consorziate, se queste ultime non sono indicate in fase di gara come esecutrici.

Questa disposizione mira a ridurre i rischi di frodi e comportamenti opportunistici da parte di consorzi che, pur non avendo una struttura operativa solida, si avvalgono dei requisiti delle consorziate solo per rispondere ai criteri di ammissione alle gare pubbliche.

L'elemento cruciale è che, per i lavori da eseguire, le consorziate devono essere effettivamente designate per l'esecuzione e, pertanto, i requisiti richiesti dovranno essere posseduti da ciascuna di esse.

Qualora le consorziate esecutrici non possiedano i requisiti richiesti, la legge prevede l'obbligo di ricorrere all'istituto dell'avvalimento. L'avvalimento è lo strumento che consente a una consorziata di utilizzare i requisiti di un'altra impresa qualificata, tramite una dichiarazione formale. Questo strumento giuridico permette di colmare eventuali lacune in termini di capacità tecnica o economica delle imprese designate, mantenendo la partecipazione del consorzio stabile al bando.

L'obiettivo della riforma in questo caso è quello di evitare che i consorzi siano utilizzati come strumenti puramente formali, senza un'effettiva capacità esecutiva. La disciplina dell'avvalimento è stata, infatti, specificata dal Decreto Correttivo in maniera ancora più stringente, cercando di limitare gli abusi e garantire che solo le imprese effettivamente qualificate possano partecipare ai contratti pubblici.

2. Le ipotesi di sospensione della norma: il periodo transitorio di cinque anni

Durante l'esame parlamentare dello schema del Decreto Correttivo, le commissioni permanenti della Camera e del Senato hanno sollevato il tema della necessità di prevedere una sospensione temporanea dell'efficacia delle nuove disposizioni, al fine di evitare un'immediata implementazione che avrebbe potuto risultare destabilizzante per i consorzi già operanti. In particolare, la proposta di un periodo transitorio di cinque anni è stata avanzata con lo scopo di consentire alle aggregazioni consortili di adattarsi alle nuove regole senza compromettere la loro operatività.

Il Senato, nel resoconto n. 156 del 17 dicembre 2024, ha infatti condizionato il suo parere favorevole all'introduzione di questo periodo transitorio, stabilendo che durante i primi cinque anni di applicazione del correttivo, le disposizioni relative al cumulo dei requisiti (come applicato alle consorziate) potessero continuare a essere utilizzate, per poi essere progressivamente sostituite dalla nuova disciplina che prevede il solo sistema della qualificazione in proprio.

Questa scelta è stata motivata dalla necessità di evitare un impatto troppo gravoso sui consorzi, che rischiavano di non essere in grado di adattarsi tempestivamente alle nuove norme, mettendo a rischio la loro sopravvivenza.

La proposta di periodo transitorio, quindi, si è rivelata fondamentale per consentire a tutti gli operatori di riorganizzarsi senza subire danni economici o operativi eccessivi. Tuttavia, sebbene il periodo transitorio abbia ricevuto una certa approvazione politica, il Decreto Correttivo non ha ufficialmente introdotto tale proroga, lasciando la normativa in vigore dal momento della pubblicazione.

L'assenza di un periodo transitorio ufficiale ha destato preoccupazione tra gli operatori del settore, i quali si sono trovati costretti a rivedere i propri modelli operativi con effetti immediati. La scelta di non adottare un periodo transitorio lungo potrebbe infatti comportare

difficoltà soprattutto per i consorzi più piccoli o per quelli che avevano già avviato il processo di qualificazione secondo le vecchie regole. Nonostante questo, la riforma rimane un passo importante verso una maggiore trasparenza e correttezza nella gestione degli appalti pubblici.

3. Il divieto di partecipazione a più consorzi stabili

Un'altra delle novità normative introdotte dal Decreto Correttivo riguarda il divieto per una stessa impresa di partecipare a più consorzi stabili, una disposizione che rappresenta una novità rispetto alla precedente normativa.

Il Decreto Correttivo ha esplicitato definitivamente tale divieto all'interno dell'art. 255, stabilendo che una singola impresa non possa più essere parte di più consorzi stabili contemporaneamente.

Questo divieto è stato reintrodotta a seguito delle indicazioni dell'ANAC, che aveva evidenziato come la partecipazione a un consorzio stabile richieda un impegno duraturo e stabile da parte delle imprese consorziate. Il vincolo di partecipazione a un solo consorzio stabile è quindi visto come una garanzia di serietà e affidabilità, evitando la possibilità che un'impresa possa "sfuggire" alle responsabilità e agli impegni derivanti dalla partecipazione al consorzio stesso. L'introduzione di questa norma mira a contrastare pratiche opportunistiche, che vedevano aziende partecipare a più consorzi stabili con l'intento di aggirare i limiti imposti dalla qualificazione.

Questo fenomeno aveva infatti portato alla creazione di alleanze fittizie tra imprese, le quali non operavano effettivamente insieme, ma sfruttavano i requisiti tecnici e finanziari di ciascuna per rispondere ai criteri di ammissione di gare pubbliche.

Ora, con il divieto, ogni impresa è costretta a scegliere un'unica aggregazione consortile, stabilendo un rapporto duraturo che, in linea con le normative europee, garantisca la genuinità e la trasparenza delle partecipazioni.

Tale divieto si inserisce perfettamente nel quadro generale della riforma, che ha l'obiettivo di rafforzare la professionalità, la stabilità e la competitività degli operatori economici nel settore degli appalti pubblici.

Inoltre, questa norma risponde a una esigenza di chiarezza per le stazioni appaltanti, che dovranno ora confrontarsi con un quadro di riferimento più definito, dove le imprese non potranno più eludere le qualificazioni o esercitare influenze indebite tramite l'appartenenza a più consorzi.

4. L'avvalimento dei requisiti da parte dei consorzi stabili

Un aspetto fondamentale introdotto dal Decreto Correttivo riguarda l'utilizzo dell'istituto dell'avvalimento da parte dei consorzi stabili. L'avvalimento consente a una impresa di "prestare" i propri requisiti tecnici e professionali a un'altra impresa, la quale ne fa uso per partecipare a una gara d'appalto.

In sostanza, è una forma di cooperazione tra imprese che consente di colmare eventuali carenze in termini di qualificazione, rendendo possibile l'accesso a gare anche per consorzi che, singolarmente, non soddisfano tutti i requisiti richiesti.

5. Requisiti utilizzabili in avvalimento

Nel contesto dei consorzi stabili, l'articolo 67 del Codice, come modificato dal Decreto Correttivo, stabilisce che i consorzi stabili possono utilizzare i requisiti maturati non solo dalle consorziate esecutrici, ma anche da quelle non esecutrici.

Tuttavia, per i requisiti di queste ultime, è necessario ricorrere all'avvalimento, ossia alla cessione dei requisiti di un'altra impresa consorziata che possa garantirne l'effettiva disponibilità. In altre parole, quando il consorzio stabile ha bisogno di far valere le competenze o capacità di una consorziata che non è stata designata per l'esecuzione materiale dell'appalto, è obbligato a utilizzare l'avvalimento.

Questa precisazione rappresenta un chiarimento significativo rispetto alla versione precedente della normativa, che lasciava maggiore spazio a interpretazioni divergenti.

L'avvalimento deve essere formalizzato con un contratto scritto tra le imprese, specificando i requisiti che vengono ceduti e garantendo che questi siano effettivamente disponibili per il consorzio stabile.

La riforma, così come la normativa dell'Unione Europea, mira a garantire che l'avvalimento non venga utilizzato per eludere i requisiti di qualificazione, ma piuttosto per consentire un'effettiva condivisione di risorse, competenze e capacità.

Inoltre, l'avvalimento deve essere basato su requisiti concreti e reali, che siano verificabili dalle stazioni appaltanti.

6. Le consorziate non esecutrici e il loro ruolo nell'avvalimento

Un aspetto innovativo introdotto dal Decreto Correttivo è la possibilità per le consorziate non esecutrici di partecipare indirettamente all'esecuzione dell'appalto, attraverso l'avvalimento.

Le consorziate che non sono designate per l'esecuzione dei lavori, ma che possiedono determinati requisiti, possono metterli a disposizione del consorzio stabile, aiutandolo così a rispondere ai criteri di qualificazione.

Tuttavia, affinché ciò avvenga, la consorziata dovrà fornire la necessaria documentazione attestante la propria capacità. Inoltre, il consorzio stabile dovrà giustificare l'utilizzo di tali requisiti attraverso una specifica dichiarazione, come previsto dall'art. 104 del Codice.

Questo approccio, oltre a garantire che i consorzi non eludano i requisiti normativi, permette un allargamento delle opportunità per le piccole imprese che, pur non avendo la possibilità di eseguire direttamente l'appalto, possiedono competenze utili per contribuire alla qualificazione complessiva del consorzio stabile.

7. L'avvalimento nei consorzi di cooperative e imprese artigiane

Un ulteriore aspetto che il Decreto Correttivo ha affrontato riguarda l'applicabilità dell'avvalimento nei consorzi di cooperative di produzione e lavoro e nei consorzi di imprese artigiane.

In questo caso, la normativa stabilisce che anche questi consorzi possono ricorrere all'avvalimento, ma sempre con l'obbligo di specificare, al momento della partecipazione a una gara, i consorziati per i quali il consorzio stesso concorre. Ciò implica che il consorzio dovrà indicare esplicitamente le consorziate designando per ognuna di esse i requisiti specifici che essa intende mettere a disposizione.

Nel caso di consorzi di cooperative, la particolarità risiede nel fatto che le cooperative possono essere composte da imprese che, pur appartenendo al medesimo settore, possono avere specializzazioni diverse. In questo contesto, la riforma ha cercato di garantire che il sistema dell'avvalimento venga utilizzato in modo chiaro e preciso, evitando che venga abusato per giustificare una qualificazione tecnica che non corrisponde alla realtà operativa del consorzio.

Per quanto riguarda i consorzi di imprese artigiane, la riforma consente anche a queste aggregazioni di utilizzare i requisiti delle consorziate non esecutrici, ma sempre sotto il vincolo dell'avvalimento. La finalità è quella di favorire la partecipazione delle piccole e medie imprese artigiane agli appalti pubblici, permettendo loro di accedere a gare di maggiore entità grazie alla forza collettiva del consorzio.

8. Criticità e incertezze interpretative sull'avvalimento

Nonostante le precise indicazioni normative, l'applicazione dell'avvalimento nei consorzi stabili ha sollevato alcuni dubbi interpretativi. Ad esempio, la definizione di "requisiti maturati in proprio" non è stata del tutto chiarita dal legislatore, dando spazio a incertezze su cosa

sia effettivamente da considerarsi requisito proprio di un consorzio stabile. Secondo alcune interpretazioni, i requisiti maturati da un consorzio stabile in proprio devono essere quelli direttamente acquisiti dalla struttura consortile attraverso l'esecuzione di lavori propri, senza il ricorso ai requisiti delle consorziate.

Tuttavia, alcune sentenze della giurisprudenza amministrativa hanno sostenuto un'interpretazione più ampia, affermando che i requisiti maturati dalle consorziate possano essere considerati come "maturati in proprio" dal consorzio, soprattutto se il consorzio ha una reale e stabile struttura operativa che coordina e gestisce le attività delle singole consorziate. Il tema, quindi, è ancora oggetto di discussione, e potrebbero essere necessari ulteriori interventi legislativi per chiarire definitivamente questi aspetti.

9. Le differenze tra appalti di lavori, servizi e forniture

Una delle principali questioni sollevate dal Decreto Correttivo riguarda le differenze tra i vari tipi di appalto, in particolare tra quelli relativi a lavori, servizi e forniture. Sebbene il Codice degli Appalti Pubblici, come modificato dal Decreto Correttivo, abbia stabilito delle regole generali per la qualificazione e la partecipazione alle gare, è emersa una distinzione importante nelle modalità di calcolo dei requisiti necessari per ciascuna tipologia di appalto.

Per gli appalti di lavori, la normativa prevede che il consorzio stabile possa cumulare i requisiti posseduti sia dal consorzio stesso che dalle consorziate esecutrici, al fine di soddisfare le condizioni previste dalla gara.

Il consorzio stabile ha la possibilità di indicare come consorziate le imprese che, pur non eseguendo materialmente i lavori, mettono a disposizione i propri requisiti per soddisfare le necessità del contratto. In questo caso, l'avvalimento non è sempre necessario, poiché il consorzio può attingere direttamente ai requisiti delle consorziate esecutrici per garantire la partecipazione alla gara.

Nel caso di appalti di **servizi e forniture**, la situazione cambia. L'articolo 67, comma 1, lettera a) del Codice stabilisce che i requisiti di capacità tecnica e finanziaria devono essere calcolati cumulativamente, ma sempre facendo riferimento ai consorziati.

Tuttavia, il Decreto Correttivo ha lasciato irrisolto un aspetto fondamentale: il fatto che i requisiti posseduti dalle consorziate non esecutrici possano essere utilizzati solo mediante **avvalimento**, un aspetto che ha creato alcune perplessità interpretative, soprattutto da parte dell'ANAC, che ha evidenziato un possibile disallineamento tra le disposizioni applicabili agli appalti di lavori e quelle applicabili ai servizi e alle forniture.

Il problema principale riguarda la possibilità di utilizzare i requisiti delle consorziate non esecutrici senza ricorrere all'avvalimento. Sebbene il Decreto Correttivo stabilisca chiaramente che i requisiti delle consorziate non esecutrici possano essere messi a disposizione per l'accesso alle gare, l'uso dell'avvalimento rimane una questione non completamente risolta, creando incertezze che potrebbero influire sulla partecipazione a gare di servizi e forniture.

Questa disparità di trattamento tra appalti di lavori e appalti di servizi e forniture potrebbe portare a difficoltà operative per i consorzi che operano in settori misti o che gestiscono progetti che comprendono sia lavori che forniture/servizi. Le stazioni appaltanti potrebbero trovarsi a dover gestire un quadro normativo complesso, con l'obbligo di applicare regole differenti in base alla tipologia di appalto.

9. L'ANAC e le sue osservazioni

L'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC), nel corso dell'analisi del Decreto Correttivo, ha espresso alcune osservazioni critiche, specialmente per quanto riguarda l'applicabilità dell'avvalimento ai consorzi stabili. L'ANAC ha sottolineato che, in alcuni casi, l'interpretazione della normativa potrebbe risultare ambigua, soprattutto per quanto riguarda la possibilità

di utilizzare i requisiti delle consorziate non esecutrici senza un'adeguata formalizzazione mediante avvalimento. L'Autorità ha indicato la necessità di un maggiore allineamento tra la disciplina per i lavori pubblici e quella per i servizi e le forniture, al fine di evitare disparità di trattamento che potrebbero risultare penalizzanti per alcune imprese.

In particolare, l'ANAC ha suggerito che i requisiti posseduti dalle consorziate non esecutrici possano essere utilizzati senza l'obbligo di avvalimento, purché ci sia una reale disponibilità da parte del consorzio delle risorse necessarie per l'esecuzione delle prestazioni.

Questo tipo di approccio potrebbe favorire una maggiore flessibilità, senza compromettere la qualità e la trasparenza dei processi di qualificazione. Il contrasto tra le normative europee e quelle nazionali, infatti, continua a rappresentare una sfida per la riforma del sistema degli appalti pubblici.

Le direttive europee sul mercato interno e sulla libertà di concorrenza stabiliscono che non devono esserci discriminazioni nell'accesso alle gare, e la normativa nazionale, nel cercare di rispondere a esigenze di trasparenza e di qualificazione, deve trovare un giusto equilibrio tra queste due dimensioni.

10. Criticità interpretative generali e la necessità di un chiarimento normativo

Nonostante gli sforzi del legislatore per chiarire le modalità di qualificazione e di partecipazione alle gare, restano diverse incertezze interpretative, soprattutto in merito all'applicazione di concetti come "requisiti maturati in proprio" e "avvalimento".

La mancanza di una definizione esplicita di questi termini lascia ampio margine a interpretazioni divergenti da parte delle stazioni appaltanti e delle imprese stesse. Un altro aspetto che necessita di chiarimenti riguarda l'interpretazione del ruolo delle consorziate non esecutrici. La possibilità che queste consorziate

possano partecipare indirettamente alle gare, mettendo a disposizione i propri requisiti, è stata oggetto di discussioni, soprattutto riguardo alla realizzazione di una struttura che possa garantire l'effettivo possesso e la disponibilità dei mezzi necessari per l'esecuzione delle prestazioni.

A livello operativo, le incertezze interpretative potrebbero comportare difficoltà per le imprese e le stazioni appaltanti nel valutare correttamente le offerte e nel gestire le qualificazioni. Una regolamentazione più precisa, che stabilisca con maggiore chiarezza le modalità di utilizzo dei requisiti da parte delle consorziate e l'effettiva disponibilità delle risorse necessarie per l'esecuzione delle prestazioni, risulterebbe fondamentale per garantire il corretto funzionamento del sistema.

Concludendo, il Decreto Correttivo rappresenta un importante passo avanti nella riforma del sistema di qualificazione dei consorzi stabili, ma il processo di applicazione della normativa ha sollevato numerose questioni interpretative che richiedono un ulteriore approfondimento legislativo. L'introduzione di un periodo transitorio, la revisione della disciplina dell'avvalimento e l'allineamento delle regole tra i vari tipi di appalto sono elementi che potrebbero necessitare di aggiustamenti per garantire una maggiore chiarezza e certezza operativa nel settore degli appalti pubblici.

Le novità, le semplificazioni e le complessità della fase di esecuzione alla luce del D.Lgs. n. 209/2024

di Niccolò Grassi

IL
PUN
TO

1. La fase di esecuzione del contratto ed il correttivo al Codice appalti

Uno degli ambiti di maggiore attenzione del correttivo al Codice dei contratti pubblici è la disciplina della fase di esecuzione dei contratti di appalto, un settore ritenuto dagli operatori economici e dalle stazioni appaltanti meritevole di interventi chiarificatori più che di modifiche sostanziali. La normativa previgente, infatti, seppur già articolata, è stata spesso oggetto di interpretazioni divergenti e di numerose contestazioni che hanno contribuito a generare un elevato contenzioso, in particolare su aspetti quali la gestione delle riserve, l'introduzione di varianti in corso d'opera e l'applicazione delle penalità.

L'intervento normativo del correttivo non introduce una riscrittura completa della disciplina, ma si concentra su un'opera di razionalizzazione e chiarimento per rendere il quadro regolatorio più uniforme e ridurre le incertezze applicative. L'obiettivo principale è stato – o almeno così viene detto dal Legislatore

– quello di fornire strumenti operativi chiari a stazioni appaltanti e operatori economici, garantendo al contempo maggiore prevedibilità nell'attuazione delle disposizioni e una più efficace prevenzione del contenzioso.

Tra le aree di maggiore impatto, il correttivo interviene sulle premialità e penalità applicabili agli operatori economici, rafforzando i meccanismi di incentivo per il rispetto dei tempi e delle prestazioni contrattuali.

Viene inoltre introdotta una maggiore tipizzazione delle varianti in corso d'opera, con una distinzione chiara tra quelle ammissibili e quelle che non possono essere qualificate come tali.

L'intervento normativo, dunque, si muove nella direzione di un maggiore equilibrio tra esigenze di flessibilità operativa e rigore normativo, ponendo le basi per un sistema più trasparente, efficiente e funzionale, capace di garantire certezza applicativa e ridurre le aree di conflittualità tra le parti coinvolte nei contratti pubblici.

2. Il collaudo

Il correttivo al Codice dei contratti pubblici ha introdotto importanti modifiche alla disciplina del collaudo, ridefinendone diversi aspetti procedurali, competenze dei soggetti coinvolti e il regime delle incompatibilità e tutto ciò allo scopo di – per quanto possibile – riformulare tale disciplina per evitare possibili situazioni di conflitto di interesse che potrebbero compromettere l'indipendenza delle attività di verifica e controllo sull'esecuzione dell'appalto.

La modifica più rilevante riguarda il meccanismo di nomina dei collaudatori. Le stazioni appaltanti pubbliche sono ora obbligate a selezionare da uno a tre collaudatori, individuandoli tra il proprio personale o tra dipendenti di altre amministrazioni pubbliche. L'elemento innovativo consiste nell'obbligo di garantire che i collaudatori appartenenti alla stessa amministrazione provengano da strutture funzionalmente indipendenti dall'ufficio che ha indetto la procedura di affidamento, così da evitare possibili interferenze tra soggetti coinvolti nel processo decisionale e di controllo.

Nel caso in cui la stazione appaltante non sia un'amministrazione pubblica, almeno uno dei collaudatori deve essere espressione di una pubblica amministrazione, con il vincolo di rispettare gli stessi criteri di moralità, competenza e professionalità stabiliti per le amministrazioni pubbliche.

Questa impostazione rafforza l'imparzialità della fase di collaudo, riducendo il rischio che le verifiche possano risentire di condizionamenti interni.

Un'ulteriore novità riguarda il collaudo statico delle strutture. In tal caso, il collaudatore deve essere prioritariamente selezionato tra il personale della stazione appaltante o di altre amministrazioni pubbliche.

Tuttavia, qualora vi sia una carenza accertata di personale con adeguata esperienza tecnica o in caso di lavori di particolare complessità, la stazione appaltante può attivare una procedura che prevede l'inoltro di una richiesta a tre

amministrazioni pubbliche diverse. Se entro trenta giorni non vi è risposta o vi è un rifiuto, il collaudo può essere affidato a professionisti esterni, attraverso le procedure previste dal Codice.

Il correttivo rafforza indipendenza, trasparenza ed efficienza nel collaudo, introducendo criteri più rigidi per la nomina, nuove incompatibilità e strumenti di supporto per verifiche più rigorose.

Il correttivo è altri intervenuto confermando la distinzione dei compensi riconoscibili nei casi di collaudatori interni ed esterni. Per i primi, l'unico compenso "aggiuntivo" è costituito dell'incentivo per funzioni tecniche previsto dall'articolo 45 del Codice, mentre per i collaudatori provenienti da altre amministrazioni pubbliche si applicano le disposizioni dell'articolo 29, comma 1 dell'allegato II.14, vale a dire occorre fare ricorso alle tabelle di cui al D.M. 17 giugno 2016 ed il relativo compenso è determinato con le modalità stabilite dal codice per i corrispettivi per la progettazione. Per i professionisti esterni, invece, il compenso continua a essere regolato dal D.M. 17 giugno 2016.

Un'altra innovazione significativa è l'introduzione della segreteria tecnico-amministrativa dell'organo di collaudo, prevista per i lavori di particolare complessità.

Questa struttura di supporto, che nella precedente versione del Codice non era contemplata, può essere attivata su richiesta dai collaudatori o dalla commissione di collaudo per svolgere attività istruttorie e organizzative e quindi fungere da strumento di supporto alle attività di collaudo ma solo da un punto di vista organizzativo e gestione, senza compiti di natura tecnica se non in termini meramente istruttori e prodromici alle valutazioni dell'organo di collaudo.

I membri della segreteria vengono scelti dal collaudatore o dal presidente della commissione di collaudo, e i relativi costi sono a carico di questi ultimi.

Sul piano delle incompatibilità, il correttivo ha modificato alcune disposizioni eliminando il divieto che impediva a magistrati e avvocati dello Stato in quiescenza di operare in appalti nella regione in cui avevano prestato servizio. Tuttavia, è stato introdotto un nuovo divieto per i soggetti che abbiano avuto un coinvolgimento nell'aggiudicazione o nell'esecuzione del contratto o che si trovino in una situazione di conflitto di interesse ai sensi dell'articolo 16 del Codice.

Anche per i dipendenti pubblici sono stati ridefiniti i criteri di incompatibilità, richiamando esplicitamente le situazioni di conflitto di interesse previste dalla normativa vigente. Questi interventi sono finalizzati a bilanciare due esigenze: da un lato, evitare restrizioni eccessive che limitino l'accesso a figure altamente qualificate e, dall'altro, garantire l'indipendenza e l'imparzialità delle verifiche.

3. Le novità del subappalto

Il correttivo al Codice dei contratti pubblici ha introdotto significative novità in materia di subappalto, intervenendo su aspetti chiave quali la tutela delle PMI, la disciplina del subappalto a cascata, la revisione dei prezzi e il rafforzamento dei controlli sulla qualità e sulla sicurezza.

Uno degli elementi di maggiore impatto è l'introduzione di una quota di riserva obbligatoria del 20% delle prestazioni subappaltabili a favore delle piccole e medie imprese. Questa misura, inserita al comma 2 dell'articolo 119, mira a incentivare la partecipazione delle PMI, senza però reintrodurre limiti generali al subappalto, già dichiarati sproporzionati dalla Corte di Giustizia UE.

La nuova impostazione, peraltro, si caratterizza perché lascia agli operatori economici la possibilità di derogare a tale obbligo, ma solo in presenza di motivazioni oggettive legate

all'oggetto del contratto o alle condizioni del mercato di riferimento, che dovranno essere chiaramente esplicitate nell'offerta.

Un ulteriore intervento riguarda la disciplina del subappalto a cascata, che viene finalmente regolamentato in modo chiaro. Il correttivo stabilisce che le stesse regole previste per il subappalto principale si applicano anche agli eventuali subappalti successivi, assicurando uniformità nei requisiti di qualità, sicurezza e trattamento economico dei lavoratori. Inoltre, viene espressamente sancito che il

“ Anche al subappalto a cascata diviene applicabile la disciplina del subappalto di cui all'art. 119 del Codice ”

subappaltatore è tenuto ad applicare i medesimi contratti collettivi nazionali del contraente principale quando le attività oggetto di subappalto coincidono con quelle caratterizzanti l'appalto o riguardano le lavorazioni relative alle categorie prevalenti. Questo vincolo rafforza la tutela delle condizioni di lavoro e impedisce fenomeni di dumping contrattuale.

Un altro aspetto cruciale riguarda l'introduzione dell'obbligo, a partire dal 1° gennaio 2025, di prevedere nei contratti di subappalto clausole di revisione dei prezzi, determinate in coerenza con quanto disposto dagli articoli 8 e 14 dell'allegato II.2-bis del Codice.

Queste clausole si attivano automaticamente al verificarsi delle condizioni oggettive già previste per l'adeguamento dei prezzi nei contratti principali, estendendo così anche ai subappaltatori un meccanismo di tutela contro le fluttuazioni dei costi.

Si tratta di una modifica che garantisce una maggiore equità contrattuale lungo tutta la filiera dell'appalto, evitando che i subappaltatori siano penalizzati dall'assenza di strumenti di adeguamento economico.

Il correttivo interviene anche sulla qualificazione

degli operatori, introducendo un principio di trasparenza che limita l'uso improprio delle lavorazioni eseguite in subappalto per la qualificazione dell'appaltatore principale.

Viene infatti stabilito che i certificati relativi alle prestazioni eseguite in subappalto possano essere utilizzati ai fini della qualificazione esclusivamente dai subappaltatori stessi.

Questa modifica risolve una criticità segnalata dall'ANAC, che evidenziava il rischio di distorsioni nel sistema di qualificazione, con appaltatori che si attribuivano lavori in realtà eseguiti da altri soggetti.

Infine, vengono rafforzati i controlli sulle condizioni di sicurezza e sulla regolarità contributiva. Il correttivo stabilisce che, in caso di ritardi nei pagamenti delle retribuzioni ai lavoratori impiegati in subappalto o di inadempienze contributive accertate tramite DURC, si applicano le disposizioni di cui all'articolo 11, comma 6, del Codice, prevedendo quindi un intervento diretto della stazione appaltante per garantire il rispetto degli obblighi retributivi e contributivi. Inoltre, viene ribadita la responsabilità solidale dell'appaltatore con il subappaltatore per il rispetto delle norme sulla sicurezza nei cantieri, rafforzando così la tutela dei lavoratori e il presidio degli obblighi di sicurezza.

4. Modifiche al contratto in corso di esecuzione

Il correttivo al Codice dei contratti pubblici ha introdotto modifiche significative alla disciplina delle varianti in corso d'opera, con l'obiettivo di chiarire i margini di discrezionalità delle stazioni appaltanti, definire in modo più rigoroso le condizioni che giustificano le modifiche contrattuali e rafforzare la distinzione tra varianti ordinarie e varianti sostanziali. In particolare, l'articolo 120, comma 1, lett. c) del Codice è stato riformulato per specificare che le varianti in corso d'opera possono essere ammesse solo in presenza di circostanze oggettive e imprevedibili al momento dell'affidamento del contratto, evitando che vengano utilizzate

come strumento surrettizio per modificare le condizioni economiche o tecniche dell'appalto. Tra le ipotesi di variante legittima vengono ricomprese le esigenze derivanti da eventi naturali straordinari, situazioni di forza maggiore, errori di progettazione non imputabili all'appaltatore e difficoltà tecniche imprevedibili, come problematiche geologiche o idriche non rilevabili con la normale diligenza nella fase progettuale.

Parallelamente, viene introdotta una tipizzazione negativa, con l'individuazione di casi che non costituiscono varianti e che pertanto non necessitano delle autorizzazioni previste per le modifiche contrattuali. Tra queste ipotesi rientrano gli interventi disposti dal direttore dei lavori per risolvere criticità esecutive senza alterare l'impostazione progettuale e senza generare costi aggiuntivi, nonché l'adozione di materiali o tecnologie migliorative che garantiscano prestazioni equivalenti o superiori senza incidere sugli obblighi contrattuali.

Una novità particolarmente rilevante riguarda la

“ **Il correttivo ridefinisce le varianti in corso d'opera, imponendo regole più rigide, distinzione chiara tra varianti ordinarie e sostanziali e controlli rafforzati per prevenire abusi.** ”

disciplina delle varianti sostanziali, ossia quelle modifiche che alterano in modo significativo l'oggetto dell'appalto, la sua natura economica o l'equilibrio tra le prestazioni pattuite. Il correttivo specifica che una variante è da considerarsi sostanziale quando introduce condizioni che, se previste in gara, avrebbero potuto alterare la concorrenza tra gli operatori economici, modificano in modo significativo il valore economico del contratto, determinano una variazione delle caratteristiche essenziali dell'opera o trasferiscono l'esecuzione del contratto a un soggetto diverso dall'aggiudicatario originario.

Di converso, viene precisato oggi che non

costituiscono varianti sostanziali quelle che realizzino soluzioni equivalenti o migliorative in termini economici, tecnici o di tempi di ultimazione dell'opera, ivi compresa la sopravvenuta possibilità di utilizzo di materiali, componenti o tecnologie non esistenti al momento della progettazione che possono determinare, senza incremento dei costi, significativi miglioramenti nella qualità dell'opera o di parte di essa, o riduzione dei tempi di ultimazione o gli interventi imposti dal direttore dei lavori per la soluzione di questioni tecniche emerse nell'esecuzione dei lavori che possano essere finanziati con le risorse iscritte nel quadro economico dell'opera.

5. Anticipazione, penalità e premialità

Il correttivo al Codice dei contratti pubblici ha introdotto importanti modifiche in materia di anticipazioni contrattuali, penalità e premialità, con l'obiettivo di rendere più equilibrato il rapporto tra stazioni appaltanti e operatori economici, garantendo al contempo maggiore certezza nei pagamenti e un sistema più efficace di incentivi e sanzioni.

Per quanto riguarda le anticipazioni contrattuali, il correttivo al Codice dei contratti pubblici conferma l'anticipazione contrattuale al 20% dell'importo contrattuale, mantenendo la possibilità per la stazione appaltante di incrementarla fino al 30%, purché vi siano adeguate disponibilità finanziarie e ciò sia previsto nei documenti di gara. Per gli appalti integrati viene introdotta una suddivisione in due fasi: una prima quota di anticipazione viene corrisposta entro 15 giorni dall'inizio delle attività di progettazione e la seconda all'avvio dell'esecuzione dei lavori.

Inoltre, per gli appalti di servizi e forniture pluriennali, il correttivo estende l'obbligo di anticipazione anche alle prestazioni programmate su più annualità, calcolandola sulla base del valore delle prestazioni previste per ciascun anno, superando così un'area di incertezza interpretativa che aveva generato problematiche applicative nelle precedenti versioni del Codice.

Sul fronte delle penalità, il correttivo introduce

“ Il correttivo equilibra liquidità e disciplina: anticipazione confermata al 20% (aumentabile al 30%), penalità più severe e premi di accelerazione obbligatori per lavori rapidi e di qualità. ”

un inasprimento delle sanzioni per i ritardi nell'esecuzione, aumentando l'intervallo percentuale delle penali dal precedente range 0,3-1 per mille ad un nuovo range compreso tra lo 0,5 per mille e un massimo di 1,5 per mille del valore contrattuale per ogni giorno di ritardo.

Questo intervento mira a rendere più incisivo il meccanismo sanzionatorio, rafforzando la responsabilizzazione degli appaltatori nel rispetto dei tempi contrattuali. Parallelamente, viene ribadito che l'importo complessivo delle penali non può superare il 10% del valore del contratto, soglia che resta invariata rispetto alla disciplina previgente.

Viene inoltre confermata la possibilità per la stazione appaltante di prevedere riduzioni delle penali nei casi in cui il ritardo non comprometta l'utilizzo dell'opera o del servizio da parte dell'amministrazione.

Sul versante opposto, il correttivo potenzia il sistema premiale, introducendo l'obbligo per le stazioni appaltanti di inserire nei bandi di gara una clausola che preveda il riconoscimento di premi di accelerazione per la conclusione anticipata dei lavori.

A differenza della disciplina precedente, dove il riconoscimento del premio era lasciato alla discrezionalità della stazione appaltante, ora il meccanismo diventa strutturale, con l'introduzione di criteri chiari per il calcolo delle premialità. In particolare, il premio potrà essere riconosciuto solo dopo l'approvazione del certificato di collaudo e a condizione che l'anticipazione della consegna non pregiudichi la qualità dell'opera o la sicurezza dei lavoratori. Inoltre, viene estesa la possibilità di prevedere

premi di accelerazione anche per gli appalti di servizi e forniture, qualora compatibili con l'oggetto del contratto, prevedendo che i criteri per il calcolo del premio siano dettagliati nei documenti di gara.

Questa novità segna un cambiamento di approccio, introducendo un sistema di incentivi più strutturato e prevedibile per gli operatori economici, premiando la tempestività e l'efficienza senza compromettere gli standard di esecuzione.

6. Le modifiche all'allegato II.14

Il correttivo al Codice dei contratti pubblici ha apportato modifiche significative all'allegato II.14, introducendo innovazioni finalizzate a rafforzare il controllo sui materiali, garantire maggiore trasparenza nelle modifiche contrattuali, digitalizzare la gestione della contabilità dei lavori e ridefinire i criteri per la determinazione dei compensi spettanti ai collaudatori.

Un primo intervento riguarda l'accettazione dei materiali: il direttore dei lavori acquisisce un potere rafforzato nel rifiutare materiali e componenti che, in qualunque momento, risultino non conformi alle normative tecniche o ai documenti contrattuali.

In tal caso, l'esecutore ha l'obbligo di rimuoverli e sostituirli a proprie spese, con registrazione del rifiuto negli atti contabili ufficiali. Qualora l'esecutore non provveda alla rimozione nel termine prescritto, la stazione appaltante può agire in sostituzione, rivalendosi sui costi sostenuti.

Il correttivo introduce inoltre strumenti digitali interoperabili per la registrazione dei controlli sui materiali, garantendo maggiore tracciabilità e coerenza con le metodologie digitali previste dall'art. 43 del Codice.

Un'altra modifica di rilievo riguarda la pubblicazione delle modifiche contrattuali. La stazione appaltante ha l'obbligo di comunicare all'ANAC ogni variazione ai contratti pubblici entro 30 giorni dal loro perfezionamento.

Queste informazioni verranno poi pubblicate sulla sezione "Amministrazione Trasparente" del sito istituzionale, con l'indicazione dei dettagli essenziali, tra cui l'oggetto dell'opera, l'amministrazione coinvolta, l'aggiudicatario e il valore della modifica. L'introduzione di questo obbligo risponde all'esigenza di garantire un maggior livello di trasparenza e monitoraggio sulle variazioni contrattuali, prevenendo eventuali abusi o modifiche non giustificate.

In tema di contabilità dei lavori, il correttivo introduce l'obbligo di utilizzare software digitali con formati aperti e non proprietari, evitando così limitazioni concorrenziali tra i fornitori di tecnologie e assicurando autenticità e sicurezza nella gestione dei dati. Viene inoltre disciplinata la contabilità per i contratti di lavori di importo inferiore a 40.000 euro, per i quali è prevista una modalità semplificata, verificata direttamente dal direttore dei lavori. Questo intervento mira a ridurre gli oneri amministrativi per gli appalti di modesta entità, garantendo al contempo il rispetto dei principi di tracciabilità e controllo.

Un altro intervento rilevante riguarda il compenso spettante ai collaudatori, per il quale viene introdotta una disciplina più dettagliata, con criteri differenziati per dipendenti pubblici interni ed esterni alla stazione appaltante.

Il correttivo stabilisce che i collaudatori interni percepiscano un compenso determinato ai sensi dell'articolo 116 del Codice, mentre per i collaudatori esterni il compenso è regolato dal decreto ministeriale del 17 giugno 2016. Inoltre, nei casi di commissione di collaudo, il compenso non viene calcolato singolarmente per ogni membro, ma viene suddiviso tra i componenti, con una maggiorazione del 30% per il presidente della commissione.

Infine, viene introdotta la possibilità di riconoscere un rimborso spese forfettario del 30% del compenso spettante, che può salire al 60% nei collaudi in corso d'opera, garantendo una copertura più chiara e strutturata per i costi sostenuti dai collaudatori.

Infine, il correttivo fornisce una definizione più precisa dei servizi e delle forniture di particolare importanza.

Sono considerati tali, a prescindere dall'importo, gli interventi caratterizzati da particolare complessità tecnologica, la necessità di competenze multidisciplinari, l'uso di processi produttivi innovativi o esigenze organizzative specifiche della stazione appaltante.

Per le forniture, invece, viene fissata una soglia economica di 500.000 euro, oltre la quale un appalto rientra automaticamente tra le forniture di particolare importanza. Questa classificazione permette una gestione più mirata degli affidamenti di maggiore rilievo, consentendo una selezione più accurata delle procedure e una maggiore attenzione ai criteri di qualificazione degli operatori economici.

7. Considerazioni conclusive

Il correttivo al Codice dei contratti pubblici rappresenta un'evoluzione normativa di rilievo, che mira a superare alcune criticità emerse nella prima applicazione del D.Lgs. n. 36/2023 e a rendere la fase di esecuzione dei contratti pubblici più lineare, trasparente e conforme agli obiettivi di semplificazione e digitalizzazione.

L'intervento non si è limitato ad affinare aspetti procedurali, ma ha inciso su elementi sostanziali quali le modalità di controllo dell'esecuzione del contratto, la disciplina del subappalto, il regime delle varianti e le condizioni economiche delle imprese affidatarie.

Ad avviso di chi scrive, infatti, l'obiettivo principale delle modifiche introdotte è quello di bilanciare l'esigenza di flessibilità operativa con la necessità di garantire un maggiore rigore nei controlli e nella gestione delle risorse pubbliche.

Il rafforzamento delle norme in materia di collaudo e accettazione dei materiali contribuisce a garantire standard qualitativi più elevati, mentre l'introduzione di strumenti digitali per la contabilità dei lavori e la gestione delle modifiche contrattuali punta a migliorare la trasparenza e la tracciabilità dell'intero processo.

Di particolare rilievo è la regolamentazione più stringente del subappalto, che cerca di favorire una maggiore partecipazione delle PMI senza

compromettere la qualità dell'esecuzione.

Anche la ridefinizione delle penalità e premialità rientra in un disegno più ampio volto a incentivare il rispetto dei tempi contrattuali, evitando al contempo il rischio di sovrasanctions che potrebbero penalizzare le imprese in situazioni non dipendenti dalla loro volontà.

Il nuovo assetto normativo introduce inoltre una maggiore chiarezza sulla distinzione tra varianti ordinarie e sostanziali, chiudendo le aree grigie che in passato avevano generato contenziosi e interpretazioni difformi tra le stazioni appaltanti.

L'obbligo di motivare e pubblicare le modifiche contrattuali rafforza i principi di trasparenza e accountability nell'azione amministrativa.

Nel complesso, il correttivo segna un passo avanti verso una gestione più moderna ed efficiente dei contratti pubblici, anche se la sua concreta applicazione dipenderà dall'efficacia delle misure attuative e dalla capacità delle amministrazioni di adeguarsi alle nuove regole.

La digitalizzazione, il rafforzamento dei controlli e la maggiore attenzione alla tutela delle PMI sono elementi positivi, ma sarà fondamentale monitorare gli effetti pratici delle novità introdotte per garantire che gli obiettivi di semplificazione e trasparenza siano realmente raggiunti.

La gestione delle problematiche connesse alle tutele lavoristiche nel campo dei pubblici appalti in un caso particolare affrontato (anche con riferimento all'istituto della revisione dei prezzi) da T.A.R. Lombardia, sez. I, 17 febbraio 2025, n. 519.

di Antonio Ragazzo

SOTTO
LA
LENTE

Premessa

Attorno all'esecuzione di una pubblica commessa orbitano interessi del tutto eterogenei.

Tra i tanti, a quello (solo apparentemente) principale della Amministrazione a conseguire l'utilità richiesta, si affianca certamente l'attenzione a che non vengano – proprio in ragione della vicenda pubblica che permea l'intero rapporto – nemmeno svilite le tutele minime approntate dall'ordinamento in punto di lavoro.

Sarebbe quantomai sconveniente, se non inaccettabile, infatti, che proprio con riferimento a prestazioni erogate comunque in favore della 'cosa pubblica' si assistesse a lesioni di diritti

di primaria importanza, là dove, al contrario, è proprio la peculiarità del carattere pubblico delle stesse a giustificare invece una maggiore attenzione – e maggiore intransigenza – circa le vicende lavoristiche.

Condivisibilmente con questo assunto, di recente, il giudice amministrativo¹ ha risolto una articolata questione che, come si dirà più avanti, si lascia apprezzare per le importanti puntualizzazioni fornite, relative al mancato rispetto dei minimi salariali richiesti dalla contrattazione collettiva di riferimento in sede di offerta, anche con riguardo al giudizio di anomalia che vi si affianca e alla corretta operatività del 'nuovo' meccanismo di revisione prezzi di cui all'art. 60 del Codice.

1. T.a.r. Lombardia, sez. I, 17 febbraio 2025, n. 519.

1. Il fatto

La contesa portata all'attenzione del giudice amministrativo origina dall'indizione, ad opera di una Stazione Unica Appaltante, di una procedura aperta di gara per l'affidamento del servizio di assistenza educativa specialistica finalizzata all'inclusione scolastica di alunni portatori di disabilità e dei servizi pre e post scolastici per le scuole primarie statali, per un importo complessivo stimato superiore alla soglia comunitaria.

La procedura, da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, è stata bandita, con pubblicazione degli atti di gara – e la data assume rilevanza per le ragioni che appresso verranno meglio indicate – il primo luglio del 2024.

Pervenivano alla Stazione Appaltante solo due offerte, una delle quali proposta dall'attuale fornitore del servizio, collocatosi (in questa occasione) secondo in graduatoria.

L'Amministrazione, auto-vincolatasi nel disciplinare di gara a verificare la congruità della relativa offerta, richiedeva giustificazioni al primo graduato, e ad essa seguiva tempestivo riscontro dell'operatore.

Alla luce delle considerazioni svolte da quest'ultimo, il RUP concludeva che la documentazione prodotta fosse adeguata a dimostrare la congruità dell'offerta; e ciò, dal momento che, per dirlo con le parole del giudicante – e questo è il dato in assoluto maggiormente rilevante per il presente commento – "il ribasso riguardante il costo del lavoro deriva[va] da legittime scelte organizzative aziendali [e] gli scostamenti dalle tabelle ministeriali di cui all'art. 41, comma 13, d.lgs. n. 36/2023 [erano] dunque, [...] sufficientemente motivati".

Alla luce di ciò, seguiva il formale provvedimento di aggiudicazione in suo favore.

A fronte di tale determinazione instaurava tempestivamente il giudizio l'altro Operatore e si costituivano in giudizio, in resistenza, il vincitore e l'Amministrazione procedente.

In seguito, ed inoltre, la controinteressata proponeva ricorso incidentale condizionato all'accoglimento del ricorso principale.

2. Le tutele in materia di lavoro nella disciplina degli appalti...

L'oggetto principale del ricorso instaurato dal secondo graduato afferisce, nella sostanza, al mancato rispetto dei minimi salariali da parte dell'altro concorrente in sede di formulazione della propria offerta economica: mancato rispetto, si intende, dei minimi salariali, per come previsti dalla contrattazione collettiva presa a riferimento nell'ambito della procedura di gara.

La vicenda è resa, in questo caso, ancora più particolare dalla circostanza che il contratto collettivo interessato – CCNL Cooperative sociali sottoscritto nel marzo del 2024 – reca un interessante meccanismo di aggiornamento, tale che al superamento di certi scaglioni temporali predeterminati, durante l'intera vigenza del contratto stesso, opera un'automatica rivalutazione delle retribuzioni.

Più in dettaglio, si legge in sentenza che gli "scatti [...] [interessati, hanno operato ed opereranno nei mesi di] ottobre 2024, gennaio 2025, settembre 2025, ottobre 2025 [fino a] gennaio 2026".

Di tali scatti retributivi, sostiene parte ricorrente, non avrebbe debitamente tenuto conto l'aggiudicatario, il quale avrebbe invece formulato la propria offerta sulla base della retribuzione prevista dall'adeguamento salariale del solo mese di ottobre 2024 e, per dirlo con la sentenza, "senza tener conto [, quindi,] dei numerosi successivi [adeguamenti]".

Tra l'altro, evidenzia ancora nel ricorso la parte, l'offerta sarebbe viziata anche perché insostenibile, poiché "l'utile di impresa [...] [sarebbe] inidoneo per far fronte agli aumenti salariali previsti dal CCNL [che] dal gennaio 2025 [prevede] [...] per la prima volta anche la quattordicesima mensilità".

A corredo, tra ulteriori plurimi profili di illegittimità dell'offerta, interessa qui rilevare che il ricorrente contesta pure l'incapienza dell'offerta dell'aggiudicatario rispetto alla precisa accettazione della clausola sociale prevista nella /ex di gara, da cui discende(va) l'obbligazione di assumere i dipendenti chiamati a svolgere il servizio oggetto di gara presso l'operatore uscente, con il conseguente riconoscimento della relativa anzianità di servizio non solo maturata, ma anche di quella maturanda.

Ebbene, dando per assodato che non è contestato tra le parti che (effettivamente) il costo della manodopera in tesi impiegata dal vincitore sia stato calcolato "sulla base dei livelli contrattuali e degli scatti di anzianità [...] [espressi nel] mese di Ottobre d[a] l CCNL delle Cooperative Sociali" - ultimo aggiornamento contrattuale disponibile al momento di formulazione dell'offerta - sulla scorta delle censure mosse, il giudice sfrutta la preziosa occasione di richiamare l'attenzione sul complesso di disposizioni codicistiche poste a presidio delle garanzie lavoristiche nell'esecuzione di un pubblico appalto.

Muovendo da ciò, e a voler ricondurre l'analisi giudiziale (anche) in una dimensione di contesto complessiva e più ampia ai fini del presente lavoro, da subito, allora, viene in rilievo il disposto dell'art. 11 del D. Lgs. 36/2023.

Nella parte dedicata ai principi generali che ispirano la nuova disciplina, detto articolo sancisce al primo comma, con perentoria chiarezza che "[a]l personale impiegato nei lavori, servizi e forniture oggetto di appalti pubblici e concessioni è applicato il contratto collettivo nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni di lavoro, stipulato dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e quello il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto o della concessione svolta dall'impresa anche in maniera prevalente".

Alla precisa presa di posizione che veicola l'intendimento normativo in apertura di articolo - *id est*: ancorare la gestione del rapporto di lavoro al contratto collettivo, quale strumento che si presume di massima garanzia previsto dall'ordinamento - segue la (forse superflua) precisazione prevista al secondo comma, a mente del quale è "[n]ei documenti iniziali di gara e nella decisione di contrarre di cui all'articolo 17, comma 2 [che] le stazioni appaltanti e gli enti concedenti indicano il contratto collettivo applicabile al personale dipendente impiegato nell'attività oggetto dell'appalto o della concessione svolta dall'impresa anche in maniera prevalente, in conformità al comma 1 e all'allegato I.01".

Al fine di non comprimere eccessivamente le scelte imprenditoriali, poi, lo stesso articolo prevede al comma terzo che è fatta salva, comunque, la possibilità per l'operatore economico di "indicare nella propria offerta [un] differente contratto collettivo da ess[o] applicato" ma - ed è bene sottolinearlo - alla concorrente condizione che detto contratto "garantisca ai dipendenti le stesse tutele di quello indicato dalla stazione appaltante o dall'ente concedente".

Si parla, al riguardo, di 'equivalenza' di tutele e - come si dirà meglio pure più avanti - l'accertamento circa la effettiva eguaglianza tra i contratti interessati dal confronto, in punto di tutele - economiche e giuridiche - è demandata allo stesso RUP in sede di anomalia dell'offerta.

Il Codice, assieme all'art. 11, tratta di lavoro anche in un'altra disposizione codicistica: l'art. 41.

Tale articolo, infatti, nel regolare i livelli ed i contenuti della progettazione di gara, ai commi 13 e 14 dedica ampio spazio alla corretta modalità di calcolo della manodopera impegnata nelle 'lavorazioni' contrattuali.

Così, se il comma 14 prevede che "nei contratti di lavori e servizi, per determinare l'importo posto a base di gara, la stazione appaltante o l'ente concedente individua nei

documenti di gara i costi della manodopera secondo quanto previsto dal comma 13"; al (precedente) comma 13, richiamando ai valori economici – ancora una volta – prescritti dalla contrattazione collettiva, si afferma che "per i contratti relativi a lavori, servizi e forniture, il costo medio del lavoro è determinato annualmente, in apposite tabelle, dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali [...] tenuto conto della dimensione o natura giuridica delle imprese, delle norme in materia previdenziale ed assistenziale, dei diversi settori merceologici e delle differenti aree territoriali."

Solo in mancanza di contratto collettivo eventualmente applicabile, continua il comma in parola, "il costo medio del lavoro è determinato in relazione al contratto collettivo del settore merceologico più affine a quello preso in considerazione".

La lettura, in combinato, delle due disposizioni, restituisce un chiaro quadro di riferimento che, retto sulla importanza conferita (e rivestita) dalla contrattazione collettiva anche nel 'sistema degli appalti pubblici', garantisce nell'intento del Legislatore, mediante la fattiva applicazione della contrattazione stessa, un ottimale livello di 'guarentigia' dei lavoratori e, più in generale, del lavoro, per quanti si trovino ad interfacciarsi con la Pubblica Amministrazione nell'esecuzione di prestazioni contrattuali.

In maniera convincente, anche in sentenza, il giudice amministrativo chiosa nel senso che "la disciplina [...] è volta a garantire la regolare esecuzione della commessa e il rispetto del costo del lavoro stabilito in modo equo e condiviso in sede di contrattazione collettiva, dalla data di presentazione dell'offerta fino alla scadenza del contratto di appalto al fine di evitare elusioni della disciplina".

3. ...ed il giudizio di anomalia come garanzia

Insieme con le due disposizioni poc'anzi richiamate, il giudice amministrativo riflette anche su un'altra peculiare disciplina che, per i temi che ci occupano, riveste carattere dirimente.

Nel proprio argomentare, infatti, egli richiama alla lettura dell'art. 110 che, come noto, al comma 5, nell'ambito della regolamentazione del giudizio di anomalia radicato in capo al RUP, dispone chiaramente che la stazione appaltante "esclude l'offerta se [la stessa] è anormalmente bassa in quanto: [...] [tra le altre cose] d) il costo del personale è inferiore ai minimi salariali retributivi indicati nelle apposite tabelle [già richiamate] di cui all'articolo 41, comma 13". Chiarendo, tra l'altro, lo stesso comma, che in relazione al costo del personale "non sono ammesse giustificazioni".

La chiara lettera della legge, pertanto, conferma l'impianto sistematico di cui si è tentato di dare traccia nel paragrafo precedente e, anzi, senza lasciare adito a dubbi, riconosce nel valore salariale minimo espresso in ambito collettivo il limite invalicabile entro cui il mercato è chiamato a muoversi nella definizione dei compensi previsti.

Ne viene, come si legge in sentenza, che "il concorrente che riporta in offerta un trattamento salariale dei propri dipendenti inferiore a quello minimo indicato nelle tabelle ministeriali che recepiscono il trattamento minimo stabilito in sede di contrattazione collettiva, non potendo giustificare il diverso trattamento offerto, è escluso dalla gara".

Tra l'altro, il giudizio di anomalia rappresenta anche l'esatto momento procedimentale in cui il RUP potrà, sempre più frequentemente - come in parte anticipato - svolgere quel delicato compito di valutazione (discrezionale) inerente all'equivalenza delle tutele, nel caso di indicazione di CCNL differenti rispetto a quelli indicati dalla Stazione Appaltante nella documentazione di gara.

Ne danno conferma la stessa relazione al Bando Tipo Anac n. 1² – attualmente in vigore – e la stessa giurisprudenza di merito amministrativa³ chiamata a confrontarsi con tali tematiche nelle prime applicazioni pratiche.

In tale compito, è bene ricordarlo, considerata anche la delicatezza delle valutazioni oggetto di analisi, il RUP non è lasciato solo a sé stesso, ma, al contrario, è assistito da una serie di puntuali prescrizioni normative – oggi confluite all’ Allegato I.01 al Codice – che, se non ne agevolano del tutto l’operato, stante la sua intrinseca complessità, quantomeno dettano una chiara linea di azione cui potersi tendenzialmente riferire.

Ora, nel caso peculiare oggetto di analisi – si è detto in precedenza – il CCNL considerato dagli offerenti non era certamente diverso rispetto a quello indicato nei documenti di gara dalla Stazione Appaltante.

Tuttavia, come anticipato, l’aggiudicatario non avrebbe debitamente considerato il meccanismo di adeguamento retributivo che quello stesso CCNL prevedeva.

Come correttamente evidenziato dal giudice “si pone [...] la necessità di verificare se l’aumento salariale che si registra nel corso della gara debba, o meno, essere tenuto in debito conto dall’operatore ai fini della formulazione del costo del personale”.

E così, condivisibilmente, lo stesso giudicante, nel dichiarare la illegittimità dell’operato del RUP circa la (ritenuta) correttezza delle giustificazioni prodotte in sede di anomalia nonostante la mancata considerazione del meccanismo

revisionale dei salari, esprime l’importante intendimento per cui, “contrariamente a quanto sostiene [l’aggiudicatario], chiedere all’operatore economico di prendere in considerazione l’aumento dei salari dei lavoratori a seguito del rinnovo della contrattazione collettiva non è un onere eccessivo poiché l’aumento salariale è circostanza fisiologica nei rapporti di lavoro contrattualizzati e quindi è un evento prevedibile da un datore di lavoro diligente, soprattutto laddove questi partecipa ad una procedura ad evidenza pubblica in cui trova applicazione la disciplina sul rispetto dei minimi salariali inderogabili”.

Di tal che, avendo lo stesso aggiudicatario “ formulato la propria offerta con riguardo all’aumento salariale in essere dal [solo] mese di ottobre 2024, [e] senza considerare gli altri scatti retributivi già previsti per i livelli del personale indicato [...] dal CCNL che di fatto incide sul costo del lavoro e in particolare sul rispetto della retribuzione minima” ha finito per violare i minimi salariali indicati nelle Tabelle ministeriali andando, così, incontro – per le ragioni ampiamente riferite *supra* – all’esclusione dalla gara.

4. La revisione prezzi (non) ammessa (in linea generale) per la rivalutazione dei salari nei CCNL

Un aspetto complementare alle questioni appena analizzate, pure oggetto della controversia in commento, e di cui conviene dare conto anche per le ricadute applicative che determina, involge l’interrogativo circa la possibilità, o meno, di ricorrere all’istituto della revisione prezzi per far fronte – eventualmente – ad

2. Vd. Relazione illustrativa al Bando Tipo A.N.AC. che a p. 35 chiaramente afferma: “Al fine di accelerare il sub-procedimento di verifica dell’anomalia, il Disciplinare riconosce ai concorrenti la facoltà di presentare i giustificativi dell’offerta economica insieme all’offerta stessa. Nella stessa ottica, nel disciplinare è previsto che i concorrenti allegghino all’offerta tecnica la relazione di equivalenza delle tutele in caso di adozione di un CCNL diverso da quello indicato dalla stazione appaltante, nonostante la norma preveda che tale dichiarazione sia richiesta soltanto all’aggiudicatario”.

3. Si confronti, tra le prime applicazioni, T.A.R. Piemonte, sez. I, 25 novembre 2024, n. 1222.

adeguamenti retributivi del tipo di quelli previsti come nella CCNL del caso *de quo*: nel senso di affermare, o meno, la legittimità di un'offerta che, se da un lato, viene tarata (solo) sulle indicazioni economiche valevoli al momento di presentazione della stessa, dall'altro, fa affidamento nella possibilità di ricorrere all'istituto della revisione prezzi per gli eventuali necessari adeguamenti che si dovessero dimostrare necessari in corso di esecuzione secondo la disciplina del CCNL stesso.

Per dirla con le parole del giudice in sentenza, "la problematica principale [...] concerne proprio l'applicabilità dell'istituto della revisione dei prezzi di cui all'art. 60 del Codice nel caso in cui l'aggiudicatario sia tenuto ad adeguare, in corso di esecuzione, i minimi salariali previsti nelle tabelle ministeriali."

A tale interrogativo, nel caso specifico, si è ritenuto di fornire risposta negativa.

La risposta tiene luogo in ragione del necessario confronto, anzitutto, con la normativa di riferimento, a mente della quale, ex art. 60 del Codice, la revisione si attiva al verificarsi di sole, particolari, condizioni: le stesse debbono determinare una variazione del costo dell'opera, della fornitura o del servizio, in aumento o in diminuzione, superiore al 5 per cento dell'importo complessivo, ed operano nella sola misura dell'80 per cento della variazione stessa, in relazione alle prestazioni da eseguire.

Tra l'altro, e sempre secondo la legge, le "particolari condizioni" al verificarsi delle quali è giustificata la revisione, anche se prevedibili al momento di stipula del contratto, debbono avere carattere necessariamente oggettivo e, si può aggiungere - pur ricavandolo implicitamente dalla disposizione - deve necessariamente sopravvenire in corso di esecuzione del contratto.

Se tanto è, allora, come correttamente statuito in sentenza, "[l]l'aumento del trattamento salariale minimo retributivo, [se] riconosciuto dal rinnovo contrattuale avvenuto prima della partecipazione alla gara, rimane [...] estraneo alla disciplina sulla revisione dei

prezzi"; e ciò perché, detto aumento, "non è una sopravvenienza che si verifica nella fase esecutiva del rapporto, ma è, [al contrario], un dato economico presente al tempo della pubblicazione della gara che l'operatore deve prendere in considerazione al momento della redazione dell'offerta."

L'aumento salariale, si fa rilevare ancora in sentenza, "è [correttamente inquadrabile come] un evento certo sia sotto il profilo dell'an che del quantum" che 'esiste' già al momento di redazione dell'offerta.

A conferma di ciò, la stessa Stazione Appaltante, nel recepire la disciplina sulla revisione dei prezzi all'interno della legge di gara, "aveva inteso consentire la possibilità di compensare, tramite la revisione, l'aumento del trattamento salariale minimo retributivo già cristallizzatosi al momento della gara", come facilmente intuibile pure dalla chiara disposizione contenuta nel disciplinare di riferimento che, non a caso esordisce, nel trattare delle modifiche revisionali ex art. 60, con l'espressione "[qualora] nel corso di esecuzione del contratto".

Un chiaro indice che conferma, ancora, la bontà dell'*agere* amministrativo dell'Amministrazione, insieme con la correttezza delle riflessioni presenti in sentenza di cui si è cercato di dare conto, si ricava pure dalle modifiche apportate dal Legislatore al Codice, col Correttivo.

Al nuovo comma 2-*bis* dell'art. 60, infatti, muta la disciplina, per gli appalti di servizi e quelli di fornitura, a seconda che si prendano in considerazione meccanismi revisionali 'in senso stretto' o quegli altri meccanismi revisionali che, più correttamente, possono qualificarsi come meccanismi convenzionali di 'solo' adeguamento dei prezzi o dei costi. A quest'ultimi appartengono quelle regolamentazioni che in sede di CCNL prevedono adeguamenti salariali a cadenze prestabilite.

E così, come si legge al comma in parola, logicamente, nel caso di revisioni del secondo tipo "l'incremento di prezzo riconosciuto in virtù [dell'] [...] adeguamento del prezzo del contratto non è [quindi] considerato nel calcolo della

variazione del costo del servizio o della fornitura rilevante, ai sensi del comma 2, lettera b), ai fini dell'attivazione delle clausole di revisione prezzi".

5. Conclusioni

A valle delle osservazioni condotte, possono essere avanzate brevi considerazioni finali, muovendo dall'assunto che le questioni lavoristiche, affrontate nella particolare prospettiva dei pubblici appalti, non possono essere certamente sottovalutate dal RUP e, per esso, più in generale dalla Stazione Appaltante.

Come visto, infatti, in sede di anomalia, il RUP assume un ruolo dirimente nelle valutazioni in ordine alla bontà dell'offerta, non solo sul piano della sua sostenibilità per la corretta 'riuscita' dell'appalto; ma, forse, lo assume a maggior ragione con riferimento, sul piano delle tutele, alla più che legittima aspettativa dei lavoratori impegnati nella commessa a vedersi riconosciuta una giusta retribuzione.

Una retribuzione che, in linea con l'insegnamento Costituzionale di cui all'art. 36, va ricordato assume i caratteri della proporzionalità rispetto alla quantità e qualità del lavoro svolto e, soprattutto, "in ogni caso [deve essere] sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa".

Se ciò vale per qualunque impiego, in generale, valere e a maggior ragione anche quando la committente delle prestazioni sia, in senso amplissimo, lo Stato.

L'Amministrazione si impegna allora in questo compito, e lo fa (*recte*: dovrebbe farlo) nella consapevolezza che, a dispetto delle questioni tecniche e teoriche, l'attenzione garantita a certe tematiche, ancora prima di interessare la migliore realizzazione degli interessi pubblici, impatta (ed interessa) maggiormente il singolo come individuo, per l'incidenza che dette tematiche assumono per lo stesso e, come detto in linea col dato costituzionale, anche per il suo personalissimo centro di interessi ed affetti.

Principio di rotazione e art. 49: cosa cambia dopo il correttivo appalti

di Olga Toscano

IL
PUN
TO

1. Cos'è il principio di rotazione

Nel linguaggio comune il concetto di "rotazione" è **sinonimo di "alternanza"**: nasce, infatti, come criterio di distribuzione e non di merito, con l'obiettivo di garantire che più soggetti (che siano in possesso dei requisiti richiesti) possano accedere, alternandosi, allo svolgimento di una specifica attività in un determinato processo.

Ciò in pratica sta a significare che colui che ha già usufruito del vantaggio di svolgere quell'attività deve lasciare ad altri la possibilità di poter beneficiare dell'opportunità di eseguire la prestazione, non potendo - più volte consecutive - godere dello stesso risultato positivo.

Nell'ambito degli appalti pubblici il principio di rotazione diventa, più propriamente, uno strumento **a tutela della concorrenza e di un maggiore accesso al mercato**, volto al conseguimento del miglior risultato possibile nell'affidamento e nell'esecuzione dei contratti pubblici, promuovendo un'effettiva alternanza tra i partecipanti.

Di fatto, l'applicazione del principio di rotazione impone alla stazione appaltante di individuare, per il medesimo contratto, un diverso operatore economico capace di fornire il servizio, il bene o di eseguire i lavori.

Da qui si comprende la *ratio* sottesa a tale principio: evitare che tale strumento sia utilizzato impropriamente, così da poter tutelare l'imparzialità e la trasparenza della stazione appaltante a presidio della prevenzione da fenomeni potenzialmente corruttivi e/o di illegalità amministrativa (come l'eccessiva discrezionalità riconosciuta alla stazione appaltante nell'individuazione degli affidatari) ovvero escludere la possibilità che si possano favorire determinati operatori economici eludendo le regole della concorrenza, *ergo*, che la scelta del contraente sia compiuta in violazione della *par condicio competitorum* (cfr. Tar Puglia-Lecce, Sez. II, 29 gennaio 2025, n. 138).

“ **Nell'ambito degli appalti pubblici il principio di rotazione diventa, più propriamente, uno strumento a tutela della concorrenza e di un maggiore accesso al mercato, volto al conseguimento del miglior risultato possibile nell'affidamento e nell'esecuzione dei contratti pubblici, promuovendo un'effettiva alternanza tra i partecipanti.** ”

E', peraltro, giurisprudenza ormai consolidata e senza contrasti quella secondo cui il principio di rotazione, consentendo la turnazione tra i diversi operatori nella realizzazione di un servizio, sia stato introdotto per evitare la formazione di rendite di posizione in capo al gestore uscente, al fine di garantire la concorrenza – attraverso la distribuzione temporale delle opportunità di aggiudicazione tra tutti gli operatori economici potenzialmente idonei – ed agevolare, così, il miglioramento del servizio stesso (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, sentenza n. 1524 del 5 marzo 2019, Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza n. 2209 del 3 aprile 2019; Cons. Stato, VI, 4 giugno 2019, n. 3755, Consiglio di Stato, sez. V, sentenza n. 2292 del 17 marzo 2021).

Disciplinato dall'art. 49 del nuovo Codice dei Contratti Pubblici (D. Lgs. n. 36/2023), come aggiornato e integrato dal decreto legislativo del 31 dicembre 2024, n. 209, costituisce un elemento normativo inviolabile del procedimento amministrativo di **affidamento dei contratti sotto soglia**.

2. L'evoluzione normativa del principio di rotazione tra vecchio e nuovo codice

Nella previgente disciplina il principio di rotazione, indicato al comma 1 dell'articolo 36 del Decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50 (vecchio Codice dei Contratti pubblici), imponeva il “*rispetto del principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti*”. Tale previsione ha poi trovato concreta attuazione attraverso una disciplina di dettaglio contenuta nelle *Linee Guida ANAC n. 4 - Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici* e, in particolare, ai punti 3.6 e 3.7 delle stesse.

Il successivo comma 7 del richiamato art. 36 - come modificato dal d.lgs. 56/2017 - demandava all'ANAC l'indicazione delle specifiche modalità di rotazione degli inviti e degli affidamenti, di fatto avvenuta con l'aggiornamento delle richiamate Linee Guida n. 4, che ai par. 3.6 e 3.7 hanno dettato indicazioni di dettaglio, dalle quali le stazioni appaltanti potevano discostarsi soltanto previa adeguata e puntuale motivazione circa le ragioni della diversa scelta amministrativa (cfr. Cons. Stato, parere 2 agosto 2016 n. 1767).

Il nuovo art. 49 del nuovo codice appalti ex D.Lgs. n. 36/2023 recepisce in parte quanto stabilito nelle richiamate Linee Guida n. 4 ed introduce, altresì, alcune novità.

Ora il principio di rotazione è invero diventato più flessibile, dal momento che **si applica solo agli affidamenti e non più agli inviti**: a differenza di quanto contemplato dal vecchio codice, infatti, non è più vietato il reinvitto

dell'operatore economico invitato e non affidatario nel precedente affidamento ma la rotazione è a carico solo del soggetto che abbia conseguito la precedente aggiudicazione (il "contraente uscente"), escludendo dal divieto coloro che erano stati solo "invitati" alla precedente procedura negoziata, senza conseguire poi l'aggiudicazione.

“ Ora, con il nuovo Codice, il principio di rotazione è diventato più flessibile, dal momento che si applica solo agli affidamenti e non più agli inviti: a differenza di quanto contemplato dal vecchio codice, infatti, non è più vietato il reinvito dell'operatore economico invitato e non affidatario nel precedente affidamento ma la rotazione è a carico solo del soggetto che abbia conseguito la precedente aggiudicazione, escludendo dal divieto coloro che erano stati solo "invitati" alla precedente procedura negoziata, senza conseguire poi l'aggiudicazione. ”

Tale disposizione ha l'obiettivo di assicurare la parità di trattamento, limitando la partecipazione reiterata dei medesimi operatori economici nelle procedure e, al tempo stesso, di evitare che il contraente uscente, forte del "bagaglio di informazioni" acquisito nell'esecuzione del contratto, possa prevalere sugli altri operatori economici.

Il comma 2 dell'art. 49 del nuovo codice dei contratti pubblici prevede, appunto, il divieto di affidamento (diretto) o aggiudicazione di un appalto al contraente già aggiudicatario (a qualunque titolo sia entrato, anche dopo l'aggiudicazione in una procedura aperta) nei casi in cui **due consecutivi affidamenti** abbiano a oggetto:

- una commessa nello stesso settore merceologico;
- la stessa categoria di opere;
- lo stesso settore di servizi.

Quanto alle definizioni di "settore merceologico", "categoria di opere" o "settore di servizi" (rimaste immutate rispetto alla previgente disciplina), può correttamente richiamarsi il criterio della prestazione principale o prevalente, che esclude l'applicazione del principio di rotazione soltanto qualora si ravvisi in concreto una "sostanziale alterità qualitativa" della prestazione oggetto di affidamento (cfr. Consiglio di Stato sez. V, sent. n. 8030/2020).

In conclusione, il gestore uscente dovrà, quindi, saltare un turno (due affidamenti consecutivi) prima di poter legittimamente conseguire un nuovo affidamento da parte della stessa stazione appaltante.

3. Applicazione, divieti e deroghe: cosa cambia dopo il decreto correttivo

In data 31 dicembre 2024 è stato pubblicato il **D. Lgs. n. 209/2024, c.d. "Decreto Correttivo"** del decreto legislativo del 31 marzo 2023, n. 36 recante *"Disposizioni integrative e correttive al codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36"*: tra le novità principali troviamo nuove disposizioni in tema di affidamenti diretti in deroga al principio di rotazione.

L'art. 17 del Correttivo al Codice appalti ha, in particolare, modificato l'art. 49 del D. Lgs. n. 36/2023 che consente di derogare al principio di rotazione: più nel dettaglio, il comma 4 ha subito delle integrazioni, prevedendo ora che il **contraente uscente possa essere reinvitato o essere individuato quale affidatario diretto in casi motivati**, con riferimento:

- alla struttura del mercato e alla effettiva assenza di alternative

e previa verifica:

- **dell'accurata esecuzione del precedente contratto nonché della qualità della prestazione resa.**

Sinteticamente riepilogando, a seguito della modifica citata, il nuovo articolo 49, comma 4, del decreto legislativo del 31 marzo 2023, n. 36, si presenta come di seguito:

Vecchio Codice degli appalti (D.Lgs. 50/2016) art. 36	Nuovo Codice degli appalti (D.Lgs. 36/2023) art.49 - Versione pre D.Lgs. n. 209/2024	Nuovo Codice degli appalti (D.Lgs. 36/2023) art.49 - Versione post D.Lgs. n. 209/2024
1. L'affidamento e l'esecuzione di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 35 avvengono nel rispetto dei principi di cui agli articoli 30, comma 1, 34 e 42, nonché del rispetto del principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti e in modo da assicurare l'effettiva possibilità di partecipazione delle microimprese, piccole e medie imprese. Le stazioni appaltanti applicano le disposizioni di cui all'articolo 50. 2. Fermo restando quanto previsto dagli articoli 37 e 38 e salva la possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie, le stazioni appaltanti procedono all'affidamento di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 35, secondo le seguenti modalità: a) per affidamenti di importo inferiore a 40.000 euro, mediante affidamento diretto anche senza previa consultazione di due o più operatori economici o per i lavori in amministrazione diretta. La pubblicazione dell'avviso sui risultati della procedura di affidamento non è obbligatoria; (comma così modificato dall'art. 1, comma 5-bis, legge n. 120 del 2020) b) per affidamenti di importo pari o superiore a 40.000 euro e inferiore a 150.000 euro per i lavori, o alle soglie di cui all'articolo 35 per le forniture e i servizi, mediante affidamento diretto previa valutazione di tre preventivi, ove esistenti, per i lavori, e, per i servizi e le forniture, di almeno cinque operatori economici individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti.	1. Gli affidamenti di cui alla presente Parte avvengono nel rispetto del principio di rotazione. 2. In applicazione del principio di rotazione è vietato l'affidamento o l'aggiudicazione di un appalto al contraente uscente nei casi in cui due consecutivi affidamenti abbiano a oggetto una commessa rientrante nello stesso settore merceologico, oppure nella stessa categoria di opere, oppure nello stesso settore di servizi. 3. La stazione appaltante può ripartire gli affidamenti in fasce in base al valore economico. In tale caso il divieto di affidamento o di aggiudicazione si applica con riferimento a ciascuna fascia, fatto salvo quanto previsto dai commi 4, 5 e 6. 4. In casi motivati con riferimento alla struttura del mercato e alla effettiva assenza di alternative, nonché di accurata esecuzione del precedente contratto, il contraente uscente può essere reinvitato o essere individuato quale affidatario diretto. 5. Per i contratti affidati con le procedure di cui all'articolo 50, comma 1, lettere c), d) ed e), le stazioni appaltanti non applicano il principio di rotazione quando l'indagine di mercato sia stata effettuata senza porre limiti al numero di operatori economici in possesso dei requisiti richiesti da invitare alla successiva procedura negoziata. 6. È comunque consentito derogare all'applicazione del principio di rotazione per gli affidamenti diretti di importo inferiore a 5.000 euro.	1. Gli affidamenti di cui alla presente Parte avvengono nel rispetto del principio di rotazione. 2. In applicazione del principio di rotazione è vietato l'affidamento o l'aggiudicazione di un appalto al contraente uscente nei casi in cui due consecutivi affidamenti abbiano a oggetto una commessa rientrante nello stesso settore merceologico, oppure nella stessa categoria di opere, oppure nello stesso settore di servizi. 3. La stazione appaltante può ripartire gli affidamenti in fasce in base al valore economico. In tale caso il divieto di affidamento o di aggiudicazione si applica con riferimento a ciascuna fascia, fatto salvo quanto previsto dai commi 4, 5 e 6. 4. In casi motivati con riferimento alla struttura del mercato e alla effettiva assenza di alternative, previa verifica dell'accurata esecuzione del precedente contratto nonché della qualità della prestazione resa, il contraente uscente può essere reinvitato o essere individuato quale affidatario diretto. 5. Per i contratti affidati con le procedure di cui all'articolo 50, comma 1, lettere c), d) ed e), le stazioni appaltanti non applicano il principio di rotazione quando l'indagine di mercato sia stata effettuata senza porre limiti al numero di operatori economici in possesso dei requisiti richiesti da invitare alla successiva procedura negoziata.

Vecchio Codice degli appalti (D.Lgs. 50/2016) art. 36	Nuovo Codice degli appalti (D.Lgs. 36/2023) art.49 - Versione pre D.Lgs. n. 209/2024	Nuovo Codice degli appalti (D.Lgs. 36/2023) art.49 - Versione post D.Lgs. n. 209/2024
I lavori possono essere eseguiti anche in amministrazione diretta, fatto salvo l'acquisto e il noleggio di mezzi, per i quali si applica comunque la procedura di cui al periodo precedente. L'avviso sui risultati della procedura di affidamento contiene l'indicazione anche dei soggetti invitati; c) per affidamenti di lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro e inferiore a 350.000 euro, mediante la procedura negoziata di cui all'articolo 63 previa consultazione, ove esistenti, di almeno dieci operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti, individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici. L'avviso sui risultati della procedura di affidamento contiene l'indicazione anche dei soggetti invitati; c-bis) per affidamenti di lavori di importo pari o superiore a 350.000 euro e inferiore a 1.000.000 di euro, mediante la procedura negoziata di cui all'articolo 63 previa consultazione, ove esistenti, di almeno quindici operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti, individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici. L'avviso sui risultati della procedura di affidamento contiene l'indicazione anche dei soggetti invitati; d) per affidamenti di lavori di importo pari o superiore a 1.000.000 di euro e fino alle soglie di cui all'articolo 35, mediante ricorso alle procedure di cui all'articolo 60, fatto salvo quanto previsto dall'articolo 97, comma 8.		6. È comunque consentito derogare all'applicazione del principio di rotazione per gli affidamenti diretti di importo inferiore a 5.000 euro.

Rispetto alla versione pre-correttivo il legislatore ha previsto, quindi, un rafforzamento del principio di rotazione mediante un'ulteriore condizione, sempre da controllare preventivamente, quale la "meritevolezza" del contraente uscente.

Ne discende, dunque, che fra i presupposti rilevanti per il reinvito adesso figura anche la "qualità della prestazione" resa dall'operatore economico; tale modifica aggiunge, dunque, all'"accurata esecuzione del precedente contratto" un parametro di valutazione additivo, che si propone, altresì, di garantire il necessario contrappeso alla notevole discrezionalità riconosciuta in capo alla Stazione Appaltante nella scelta degli operatori da invitare alla gara e, dunque, al conseguenziale deficit di confronto concorrenziale (come già osservato dal Consiglio di Stato con il parere n. 1463 del 2 dicembre 2024, con cui erano state analizzate le modifiche inserite nella bozza di correttivo al Codice dei contratti sul principio di rotazione degli affidamenti).

Di fatto, in casi motivati, il contraente uscente può essere reinvitato o risultare affidatario diretto laddove sussistano **contemporaneamente tutti i suddetti requisiti** (quali la struttura del mercato, l'effettiva assenza di alternative e l'accurata esecuzione del precedente contratto e la qualità della prestazione resa), da intendersi, pertanto, come concorrenti e non alternativi tra loro, i quali devono essere specificamente rappresentati negli atti della procedura.

Fornire adeguata, puntuale e rigorosa motivazione in ordine alle ragioni della possibile deroga al principio di rotazione è onere della stazione appaltante: quest'ultima è tenuta ad illustrare le ragioni specifiche che hanno condotto a tale scelta e le motivazioni per cui non risultino percorribili alternative differenti.

Come si legge nella Relazione Illustrativa al Correttivo, la modifica apportata dal comma 1 della disposizione in esame all'articolo 49, comma 4, del Codice è volta a fornire ulteriori indicazioni utili alla Stazione Appaltante ai fini della redazione della motivazione (che si suppone sia adeguata e puntuale) cui è subordinata l'applicazione della deroga, specificandosi che

questa deve avere riguardo sia alla struttura del mercato che alla effettiva assenza di alternative, previa verifica dell'accurata esecuzione del precedente contratto da parte dell'esecutore, nonché della qualità della prestazione resa.

“ **L'applicazione della deroga al principio di rotazione deve avere riguardo sia alla struttura del mercato che alla effettiva assenza di alternative, previa verifica dell'accurata esecuzione del precedente contratto da parte dell'esecutore, nonché della qualità della prestazione resa.** ”

Il nuovo Codice, all'articolo 49 comma 3, prevede inoltre che la stazione appaltante, attraverso un proprio provvedimento, possa suddividere gli affidamenti in fasce in base al valore economico, stabilendo criteri differenziati di applicazione del principio di rotazione in relazione al valore economico dei contratti, fatto salvo quanto previsto dai commi 4, 5 e 6.

La stazione appaltante può, quindi, mediante un apposito regolamento, ripartire gli affidamenti in fasce in base al valore economico (ad esempio da 5.000 euro fino a 40.000 e da 40.000 fino alla soglia dell'affidamento diretto) e conseguentemente il principio di rotazione **si applicherà agli affidamenti rientranti nella stessa fascia**.

Stando ai superiori assunti, il principio di rotazione così come delineato nel Codice **si applica**, pertanto:

- in relazione all'affidamento immediatamente successivo nei casi in cui due consecutivi affidamenti abbiano ad oggetto una commessa rientrante nello stesso settore merceologico, oppure nella stessa categoria di opere, oppure nello stesso settore di servizi (art. 49, comma 2, del d.lgs. 36/2023);

mentre, **non si applica**:

- nei casi la stazione appaltante abbia ripartito, con proprio provvedimento, gli affidamenti in fasce in base al valore economico, fatto salvo quanto previsto dai commi 4, 5 e 6 (art. 49, comma 3, del d.lgs. 36/2023);
- in casi motivati, con riferimento alla struttura del mercato e alla effettiva assenza di alternative, previa verifica dell'accurata esecuzione del precedente contratto, nonché della qualità della prestazione resa (art. 49, comma 4, del d.lgs. 36/2023);
- nei casi in cui l'indagine di mercato sia stata effettuata senza porre limiti al numero di operatori economici in possesso dei requisiti richiesti da invitare alla successiva procedura negoziata (art. 49, comma 5, del d.lgs. 36/2023);
- nel caso di affidamento diretto di importo inferiore a 5.000 euro (art. 49, comma 6, del d.lgs. 36/2023).

4. La rotazione nei "microaffidamenti"

Ai sensi dell'art. 49, comma 6, del D. Lgs. n. 36/2023, è comunque consentito derogare all'applicazione del principio di rotazione per gli **affidamenti diretti di importo inferiore a 5.000 euro**, senza necessità di motivazione aggiuntiva.

Per quanto riguarda i cd. **microaffidamenti**, infatti, le Linee Guida n.4 prevedevano che, negli affidamenti di importo inferiore a 1.000 euro, fosse consentito derogare alla disciplina del principio di rotazione, con scelta sinteticamente motivata, contenuta nella determinazione a contrarre od in atto equivalente.

Con l'attuale disciplina, si è ritenuto di confermare e, anzi, estendere, tale previsione, che favorisce la semplificazione e velocizzazione degli affidamenti di importo minimo, stabilendo, appunto, quanto disposto dal cennato comma 6 dell'art. 49.

Tale limite viene, quindi, allineato a quello previsto dall'art. 1, comma 450 della L. n. 296 del 2006 per il ricorso obbligatorio al mercato elettronico della pubblica amministrazione, ovvero al sistema telematico messo a disposizione dalla centrale regionale di riferimento per lo svolgimento delle procedure di acquisto sottosoglia di beni e servizi.

5. I chiarimenti dell'Anac

Stante il verificarsi di ripetute anomalie nell'applicazione del principio di rotazione agli affidamenti diretti ed alle procedure negoziate per gli atti di appalto di importo inferiore alle soglie europee, l'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC) ha ritenuto opportuno fornire alcune indicazioni al riguardo.

Alla luce del vigente dettato normativo, si ritiene che possano ritenersi ancora valide alcune delle cd. **"misure antielusive del principio di rotazione"** individuate al punto 3.6 delle, già richiamate, Linee Guida n. 4, quali il divieto di procedere ad "arbitrari frazionamenti delle commesse e delle fasce di importo" e quello di evitare "strumentali determinazioni del calcolo del valore stimato dell'appalto" (cfr. Comunicato Anac del 24 giugno 2024).

Possono ritenersi criteri essenziali per la corretta predisposizione, da parte delle stazioni appaltanti, dei regolamenti di cui al citato comma 3 dell'art. 49, al fine di pervenire ad un'effettiva e motivata differenziazione tra le distinte fasce di importo previste per i possibili affidamenti di lavori servizi e forniture.

Sul punto va aggiunto che, come più volte chiarito – si veda ad esempio il parere reso in funzione consultiva n. 58/2023 - **derogare al principio di rotazione degli appalti per ragioni di urgenza è illegittimo**: in questo parere l'ANAC ha ricordato che nel caso di affidamento dello stesso contratto all'impresa "uscente", deve essere attentamente valutata dalla stazione appaltante, previa verifica concreta e specifica, l'esistenza dei presupposti legittimanti la deroga al principio di rotazione, fornendo adeguata e puntuale motivazione in

relazione a tutte le condizioni indicate dall'art. 49, comma 4, del Codice.

L'ANAC ha anche ricordato che è compito del Responsabile Unico di Progetto (RUP) illustrare negli atti dell'affidamento le ragioni che portano alla deroga della rotazione che potrà, dunque, essere applicata unicamente in presenza delle motivazioni previste all'art. 49 comma 4 del Codice dei contratti.

6. Conclusioni

In conclusione, il nuovo assetto normativo mantiene il principio di rotazione a presidio della tutela della concorrenza, orientato al miglioramento dell'efficienza operativa, nell'interesse dell'intera collettività.

Con le modifiche introdotte dal Decreto Correttivo le stazioni appaltanti devono ora valutare attentamente i presupposti per eventuali deroghe, **basandosi su criteri oggettivi e motivando adeguatamente** le scelte effettuate: dovrà essere svolta una accurata, puntuale e rigorosa motivazione da parte delle stazioni appaltanti che dovranno, inoltre, interpretare e applicare la rotazione alla luce dei principi fondanti il D.lgs. n. 36/23 e, più in generale, di quelli che conformano l'attività amministrativa.

“ **Le stazioni appaltanti con le modifiche introdotte dal Decreto Correttivo devono ora valutare attentamente i presupposti per eventuali deroghe, basandosi su criteri oggettivi e motivando adeguatamente le scelte effettuate.** ”

Riassumendo velocemente, la deroga al principio di rotazione è possibile solo se sussistono **contemporaneamente** tutti i seguenti presupposti:

- struttura del mercato: l'assenza di un numero sufficiente di operatori economici qualificati per l'affidamento;
- assenza di alternative: l'impossibilità di individuare altri operatori in grado di eseguire l'appalto con le stesse condizioni;
- esecuzione accurata del contratto precedente: il contraente uscente ha adempiuto in maniera soddisfacente al contratto precedente;
- qualità della prestazione resa: valutazione positiva della qualità del servizio o lavoro precedentemente fornito.

Un principio che, dunque, mira a:

- incentivare un approccio più efficiente nella gestione degli incarichi, contribuendo alla modernizzazione degli strumenti gestionali della pubblica amministrazione;
- promuovere la concorrenza e la trasparenza nell'affidamento degli incarichi, assicurando che vi sia sempre un ricambio che stimoli l'adozione di soluzioni innovative e il miglioramento della qualità dei servizi;
- prevenire favoritismi, favorendo un sistema dinamico che consenta il rinnovamento delle professionalità e il ricorso a nuove tecnologie o metodologie.

Verifica del possesso dei requisiti degli operatori economici alla luce del Codice dei Contratti Pubblici, e del Correttivo.

Modalità e tempi delle operazioni di verifica; carenza sopravvenuta dei requisiti; istituto del self cleaning; 'istituto del silenzio-assenso nella procedura di verifica introdotto dal correttivo.

di Francesco Stornello e Adriano Falsone

IL
PUN
TO

Premessa sui requisiti degli operatori economici

La procedura ad evidenza pubblica, da condursi per l'individuazione del contraente della pubblica amministrazione e la conseguente stipula del contratto di appalto, si caratterizza per la centralità dei requisiti pretesi in capo agli operatori economici e delle operazioni di verifica del possesso degli stessi.

Proprio questi aspetti sono risultati tra i più innovati dal nuovo codice dei contratti pubblici, approvato con D.Lgs. n. 36/2023, e da ultimo dal correttivo, approvato con D.Lgs. n.209/2024, sotto la guida delle direttrici della semplificazione e digitalizzazione e alla luce delle esigenze manifestatesi nel corso del tempo.

Come noto, qualunque operatore economico intenda partecipare alle procedure di affidamento dei contratti di appalto dovrà attestare il possesso dei requisiti, distinguibili in

requisiti di ordine generale e requisiti di ordine speciale.

I requisiti di ordine generale, disciplinati agli artt. 94-98 del codice, consistono in vere e proprie condizioni indispensabili per divenire contraenti della pubblica amministrazione. Infatti, la ricorrenza di taluna delle cause di esclusione ivi disciplinate, comporta l'esclusione dell'operatore della gara.

Piuttosto, i requisiti di ordine speciale, disciplinati agli artt. 100 e 103 del codice, attengono al grado di esperienza-capacità professionale e alla solidità economica dell'operatore economico, assumendo una funzione di garanzia della idoneità dell'impresa a garantire l'impegno contrattuale.

Ai sensi dell'art. 91 del codice dei contratti pubblici, l'attestazione di entrambi i requisiti è da farsi a mezzo del documento di gara unico europeo (DGUE), il quale è fra gli atti di cui è dovuta la presentazione in sede di gara.

1. Le operazioni di verifica del possesso dei requisiti (modalità e tempi)

Se l'operatore economico è tenuto ad attestare il possesso dei requisiti – attraverso il DGUE in formato elettronico caricato sulla piattaforma digitale della stazione appaltante – l'Amministrazione, dal canto suo, è chiamata a verificare l'effettività dei requisiti dichiarati.

Più precisamente, la competenza allo svolgimento delle operazioni di verifica del possesso dei requisiti in capo agli operatori economici, e conseguenzialmente, in caso di assenza degli stessi, a disporre l'esclusione con provvedimento, è generalmente attribuita al Responsabile Unico del Progetto (RUP), ai sensi dell'art. 8, dell'allegato I.2, cui rinvia l'art. 15 del codice, indicato negli atti di gara ¹.

Tale compito gli era riconosciuto già con il previgente codice, ma solo in forza dello spettro di competenze cd. residuali. Piuttosto con il nuovo codice gli è stata puntualmente attribuita, come anche confermato dal MIT ², eliminando ogni dubbio e assorbendo la giurisprudenza che si è frattanto formata sul punto ³.

Diversamente, come previsto dalla stessa norma, la competenza alla verifica spetterà al responsabile di fase ad un apposito ufficio deputato qualora fossero nominati o costituiti.

Le operazioni di verifica dei requisiti sono disciplinate all'art. 99 del nuovo codice dei contratti pubblici, come anche modificato dal

recente correttivo, approvato con D.Lgs. n. 209/2024, che ha introdotto un ulteriore comma su cui si tornerà nel prosieguo.

I primi due commi dell'art. 99, infatti, dispongono che *"la stazione appaltante verifica l'assenza di cause di esclusione automatiche di cui all'articolo 94 attraverso la consultazione del fascicolo virtuale dell'operatore economico di cui all'articolo 24, la consultazione degli altri documenti allegati dall'operatore economico, nonché tramite l'interoperabilità con la piattaforma digitale nazionale dati di cui all'articolo 50-ter del codice dell'amministrazione digitale, di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82 e con le banche dati delle pubbliche amministrazioni.*

La stazione appaltante, con le medesime modalità di cui al comma 1, verifica l'assenza delle cause di esclusione non automatica di cui all'articolo 95 e il possesso dei requisiti di partecipazione di cui agli articoli 100 e 103".

La disposizione ha evidentemente ribadito e implementato quanto previsto già dal precedente art. 81, D.Lgs. n. 50/2016.

L'obiettivo che si intende realizzare è duplice. Infatti, da un lato si vuole facilitare l'accesso alla documentazione, rendendola di facile e pronto accesso per l'Amministrazione, dell'altro si vuole esonerare gli operatori economici dal dover presentare la medesima documentazione ad ogni singola procedura a cui prendano parte, permettendo piuttosto il riutilizzo di quella già disponibile ⁴.

-
1. Art. 15, c. 3, D.Lgs. n. 36/2023, secondo cui "Il nominativo del RUP è indicato nel bando o nell'avviso di indizione della gara, o, in mancanza, nell'invito a presentare un'offerta o nel provvedimento di affidamento diretto".
 2. Parere del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti 2087/2023, secondo cui "[...] la verifica dei requisiti di ordine generale ex artt. 94 e 95 D.Lgs.36/2023 è effettuata dal RUP o dall'eventuale responsabile di fase, ove nominato".
 3. TAR Campania, Napoli, Sez. VIII, 1 agosto 2022, n. 5181, secondo cui "la competenza a disporre l'esclusione è del RUP e non della commissione di gara"; in tal senso si veda anche Consiglio di Stato, Sez. VI, 8 novembre 2021, n. 7419.
 4. Cfr. GAROFOLI R., FERRARI G., *Manuale dei contratti pubblici*, Neldiritto Editore, Molfetta, p. 461.

Tra i documenti utili alle verifiche, richiamati dall'art. 99, vi è il fascicolo virtuale dell'operatore economico (FVOE), che è istituito presso la Banca dati nazione dei contratti pubblici dell'ANAC.

Il FVOE, disciplinato agli artt. 23 e 24 del codice dei contratti pubblici, si caratterizza per l'immediata accessibilità da parte delle stazioni appaltanti, che così possono acquisire la documentazione comprovante il possesso dei requisiti, nel caso di specie di ordine generale, resi disponibili dagli enti certificatori, rispettivamente competenti in base al requisito in oggetto, individuati dalla Delibera ANAC n. 262/2023 che ne contiene la disciplina attuativa-operativa (come ad esempio: il certificato del casellario giudiziale e l'anagrafe delle sanzioni amministrative forniti dal Ministero della giustizia; il documento unico di regolarità contributiva degli Enti previdenziali e il documento unico di regolarità fiscale dell'Agenzia delle Entrate, la documentazione antimafia, fornita dal Ministero dell'interno; le annotazioni presso il casellario informatico dell'A.N.A.C.)⁵, rappresentando in questo modo il "custode dei requisiti di partecipazione"⁶.

L'intero sistema è poi governato dal principio dell'interoperabilità, di modo che le informazioni presenti presso le varie amministrazioni siano immediatamente rese disponibili anche nel FVOE⁷, come sancito all'art. 24, c. 2 e 3.

Quindi l'ambizione è proprio l'interconnessione delle banche dati così da eliminare ogni tipo di impasse nei rapporti fra stazioni appaltanti ed enti certificatori, non dovendosi più attendere la risposta di questi ultimi, ma disponendo

immediatamente, e in tempo reale, della documentazione⁸.

In più, l'efficacia del sistema è fondata da un lato sulla sanzione di cui è passibile l'Amministrazione che intralci l'interoperabilità, come dispone il comma 8, dell'art. 23, ai sensi del quale "l'omissione di informazioni richieste, il rifiuto o l'omissione di attività necessarie a garantire l'interoperabilità delle banche dati coinvolte nel ciclo di vita dei contratti pubblici costituisce violazione di obblighi di transizione digitale punibili ai sensi dell'articolo 18-bis del codice di cui al decreto legislativo n. 82 del 2005".

Dall'altro lato il sistema è ottimizzato dalla previsione del cd. principio once only⁹, previsto nel previgente art. 81 e ribadito nell'attuale art. 99, c. 3, secondo cui la stazione appaltante non può chiedere agli operatori economici i documenti, comprovanti i requisiti, se questi sono già presenti nel fascicolo virtuale o risultino comunque reperibili, in forza di precedenti procedure di gara o attingendo alle banche dati.

La disposizione vuole, quindi, evitare aggravii inutili, tanto del procedimento amministrativo dell'affidamento, quanto degli oneri a carico degli operatori economici.

In questo modo, la documentazione presentata dall'operatore nel corso di una gara potrà essere utilizzata anche per gare future, e ad essa dovrà attingere la stazione appaltante, purché si tratti di documentazione in corso di validità, che in genere è stabilita in centoventi giorni dal rilascio ai sensi dell'art. 3, Delibera ANAC n. 262/2023¹⁰.

5. Cfr. CARINGELLA F., *Nuovo codice dei contratti pubblici*, Giuffré, Milano, 2023, p. 153; cfr. anche G. F. FERRARI, G. MORBIDELLI, *Codice dei contratti pubblici*, La Tribuna, Piacenza, 2023, p. 510.

6. L. MACCARI, *La verifica dei requisiti e il soccorso istruttorio*, in *Commentario al nuovo codice dei contratti pubblici* (a cura di CARTEI G. F., IARIA D.), Editoriale Scientifica, Napoli, 2023, p. 638.

7. Cfr. F. CARINGELLA, *Nuovo codice dei contratti pubblici*, Giuffré, Milano, 2023, p. 671.

8. Cfr. Relazione illustrativa al codice, p. 44-46.

9. Cfr. GIUSTINIANI M., *Il nuovo codice dei contratti pubblici prima e dopo la riforma*, Dike giuridica, Napoli, 2023, p. 318.

10. Art. 3, delibera ANAC n. 262/202, secondo cui "il riuso dei documenti presenti nel FVOE per la partecipazione a più procedure di affidamento [...]".

Per comprendere a pieno lo svolgimento delle operazioni di verifica, l'art. 99 va letto in combinato disposto con altre due norme, specificamente l'art. 17, che concerne lo svolgimento delle procedure di affidamento distinto in fasi, e l'art. 96, che regola l'esclusione dalle procedure di gara.

L'art. 17, c. 5, del nuovo codice dei contratti pubblici, dispone che *"...l'organo competente a disporre l'aggiudicazione esamina la proposta, e, se la ritiene legittima e conforme all'interesse pubblico, dopo aver verificato il possesso dei requisiti in capo all'offerente, dispone l'aggiudicazione, che è immediatamente efficace"*.

L'art. 96, c. 1, del codice, invece dispone che *"salvo quanto previsto dai commi 2, 3, 4, 5 e 6, le stazioni appaltanti escludono un operatore economico in qualunque momento della procedura d'appalto, qualora risulti che questi si trovi, a causa di atti compiuti od omessi prima o nel corso della procedura, in una delle situazioni di cui agli articoli 94 e 95"*.

Dalle disposizioni si evince che, l'assenza dei requisiti – ergo il verificarsi di taluna delle cause di esclusione – impone alla stazione appaltante di procedere all'espulsione dell'operatore economico dalla procedura di gara in corso.

Pertanto, tale operatore non potrà addivenire all'aggiudicazione e alla successiva stipula del contratto.

Quanto appena esposto rappresenta la regola che, alla luce del comma 3 bis, dell'art. 99, introdotto dal D.Lgs. n. 209/2024, ammette l'eccezione di aggiudicazioni disposte nonostante la mancata verifica dei requisiti imputabile al malfunzionamento delle banche dati, come si vedrà nella parte finale di questo articolo.

Quanto all'aspetto temporale delle operazioni di verifica, l'art. 96, in riferimento all'individuazione del momento in cui si dovrà avere l'esclusione dell'operatore economico, utilizza l'espressione *"in qualunque momento della procedura d'appalto"*.

Con tale espressione si vuole richiamare il principio di continuità del possesso dei requisiti¹¹, secondo cui si pretende che *"i requisiti generali e speciali devono essere posseduti dai candidati non solo alla data di scadenza del termine per la presentazione della richiesta di partecipazione alla procedura di affidamento, ma anche per tutta la durata della procedura stessa fino all'aggiudicazione definitiva ed alla stipula del contratto, nonché per tutto il periodo dell'esecuzione dello stesso, senza soluzione di continuità"*¹².

In questo senso, i requisiti richiesti agli operatori economici non rappresentano soltanto una barriera d'ingresso per la contrattazione pubblica, ma un presidio costante durante l'intera vicenda dell'appalto.

Ciò è confermato da tre argomenti.

Il primo argomento a sostegno è l'assodato onere per le stazioni appaltanti di monitorare la sussistenza dei requisiti, infatti l'amministrazione *"è sempre legittimata, ed anzi tenuta, a controllare la permanenza dei requisiti medesimi in capo alle imprese"*¹³.

Il secondo argomento a sostegno è rintracciabile nell'obbligo comunicativo gravante sull'operatore economico relativamente alle cause di esclusione non già menzionate del fascicolo virtuale, ex art. 96, c. 14. Proprio perché grava sulle imprese il dovere di *"comunicare le eventuali variazioni della propria situazione proprio per consentire all'amministrazione di effettuare le doverose verifiche"*¹⁴.

11. Cfr. L. R. PERFETTI, *Codice dei contratti pubblici commentato – D.Lgs 31 marzo 2023, n. 36*, Wolters Kluwer, Padova, 2023, p. 644.

12. Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 20 luglio 2015, n. 8.

13. TAR Campania, Napoli, Sez. IV, 8 marzo 2022, n. 1559.

14. Ibidem.

Infine, l'ulteriore conferma è legata alle vicende successive all'aggiudicazione, o addirittura alla stipula del contratto, quante volte dovesse sopraggiungere la carenza dei requisiti, come di seguito analizzata.

2. Carenza sopravvenuta dei requisiti

Infatti, i requisiti potrebbero venire meno dopo l'aggiudicazione.

Le conseguenze della carenza sopravvenuta dei requisiti vanno distinte a seconda che sia già intervenuta la stipula del contratto o meno. In quanto, una volta stipulato il contratto si transita dalla fase pubblicistica alla fase privatistica del rapporto fra amministrazione e operatore economico.

Pertanto, la stipula è il discrimen fra le conseguenze che posso generarsi dalla carenza sopravvenuta.

Considerando, in primis, i casi in cui le cause di esclusione dovessero presentarsi a seguito dell'aggiudicazione, ai sensi dell'art. 18, c. 2¹⁵, ciò legittimerebbe l'esercizio del potere di autotutela da parte dell'amministrazione¹⁶.

Per cui, potremo avere l'annullamento d'ufficio, ex art. 21-*novies*, L. n. 241/1990, dell'aggiudicazione qualora il motivo escludente già sussistesse al tempo dell'aggiudicazione;

quindi, trattandosi di casi in cui il concorrente avrebbe dovuto essere escluso in corso di gara e non essere destinatario dell'aggiudicazione, per cui diremo che il provvedimento che aggiudica è illegittimo. Diversamente, qualora la causa di esclusione fosse sopraggiunta all'aggiudicazione, potremo avere la revoca di questa, ex art. 21-*quinques*, L. n. 241/1990, in forza del ponderato interesse pubblico¹⁷.

Alla luce di ciò, risulta che, non essendo ancora intervenuto il contratto, entrambi i rimedi impattano esclusivamente sull'aggiudicazione. Diverse sono le conseguenze della carenza sopravvenuta qualora questa intervenga a seguito della stipula del contratto. Infatti, avutasi la stipula risulta istaurato il rapporto negoziale di diritto privato fra le parti. Ne consegue che anche i rimedi, cui l'amministrazione farà ricorso, devono avere natura privatistica.

Se ciò è vero in linea generale, è altrettanto vero che si tende, in giurisprudenza¹⁸ e in dottrina¹⁹, ad ammettere che, nonostante l'intervenuta stipula del contratto, l'amministrazione mantenga un margine di esercizio del potere di annullamento in autotutela, alla luce della necessità di porre rimedio al vizio dell'aggiudicazione e di ripristinare la legalità dell'azione amministrativa. In tali ipotesi, all'annullamento segue l'inefficacia del contratto, vista la "stretta consequenzialità funzionale"²⁰ fra i due atti²¹.

15. Art. 18, c. 2, D.Lgs. n. 36/2023, secondo cui "divenuta efficace l'aggiudicazione [...], la stipula del contratto ha luogo entro i successivi sessanta giorni".

16. Cfr. F. ARMENANTE, *Le procedure di affidamento dei contratti pubblici*, Giuffrè, Milano, 2023, p. 223.

17. Cfr. F. CARINGELLA, *Nuovo codice dei contratti pubblici*, Giuffrè, Milano, 2023, p. 897; cfr. E. ROMANO, *L'esclusione dell'operatore economico dalla procedura di affidamento dei contratti pubblici*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 155.

18. Cfr. Corte di Cassazione, Civ., Sez. Un., 17 dicembre 2008, n. 29425; Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 20 giugno 2014, n. 14; Consiglio di Stato, Sez. II, 28 marzo 2022, n. 2274.

19. Cfr. F. CARINGELLA, *Nuovo codice dei contratti pubblici*, Giuffrè, Milano, 2023, pp. 897-898; cfr. E. ROMANO, *L'esclusione dell'operatore economico [...]*, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 165-166.

20. Consiglio di Stato, Sez. V, 6 luglio 2020, n. 590; Consiglio di Stato, Sez. V, 22 agosto 2023, n. 7896.

21. Cfr. F. ARMENANTE, *Le procedure di affidamento dei contratti pubblici*, Giuffrè, Milano, 2023, p. 226.

Svolta questa considerazione, il codice dei contratti pubblici, in linea con il previgente sul punto, prevede specifici rimedi di diritto privato in caso di sopravvenienze, fra cui anche la carenza sopraggiunta di taluni requisiti di ordine generale.

Si tratta della risoluzione e del recesso contrattuale.

La risoluzione contrattuale è disciplinata all'art. 122 del codice, come già nella previgente art 108, D.lgs. n.50/2016.

Tale disposizione ricollega la risoluzione del contratto di appalto a diverse eventualità, fra cui il presentarsi delle cause di esclusione di cui all'art. 94, c. 1, del medesimo codice.

In specie, l'art. 122, c. 1, lett. c, fa riferimento ai casi in cui vi fosse la sentenza o il decreto penale di condanna, definitivi, per i reati di cui all'art. 94, c. 1, già al momento dell'aggiudicazione. Quindi fa riferimento ai casi in cui l'operatore avrebbe dovuto essere escluso già in sede di gara, e non giungere neanche all'aggiudicazione.

In tali casi il comma primo della norma prevede che *"le stazioni appaltanti possono risolvere"* il contratto di appalto.

Ulteriormente, l'art. 122, c. 2, lett. b, prevede che *"le stazioni appaltanti risolvono"* il contratto di appalto nel caso in cui si abbia una sentenza di condanna definitiva ex art. 94, c. 1, o un adottato provvedimento definitivo di applicazione di una o più misure di prevenzione antimafia, qualora queste due situazioni dovessero presentarsi a seguito della stipula del contratto.

Nonostante l'interpretazione letterale porterebbe a riconoscere nel primo caso una facoltà di risoluzione e nel secondo caso una risoluzione doverosa, l'argomento sistematico

porta a riconoscere un obbligo di risoluzione in entrambi i casi. Infatti, quanto alla prima ipotesi, si tratta di casi in cui l'operatore, ab origine, non avrebbe neanche dovuto essere destinatario dell'aggiudicazione, e quindi tantomeno concludere il contratto, che pertanto andrà risolto²².

Altro rimedio di diritto privato è previsto all'art. 123 del codice, in continuità con il previgente art. 109, e si tratta del recesso contrattuale.

La norma prevede che l'amministrazione possa recedere dal contratto, al verificarsi di determinate condizioni.

Oltre ad una clausola generale di recesso, si prevede un recesso obbligatorio correlato al sopraggiungere ad una specifica causa di esclusione cd. automatica, quale la sopravvenienza – rispetto alla stipula del contratto – della comunicazione antimafia e dell'informazione antimafia interdittiva.

Si tratta di casi in cui emerge un'incapacità originaria a contrarre con la P.A., che impone l'interruzione immediata dei rapporti con tale soggetto e non solo rispetto ai contratti pro futuro²³.

Queste ipotesi di recesso obbligato sono contemplate con la possibilità di proseguire il rapporto contrattuale ai sensi dell'art. 94, c. 3, del codice antimafia in ragione: dello stato dell'esecuzione dell'opera, particolarmente inoltrato, e prossimo alla sua ultimazione; della particolare essenzialità della fornitura e del servizio per il soddisfacimento dell'interesse pubblico, non risultando possibile la sostituzione del contraente in tempi rapidi. In questi casi, la stazione appaltante dovrà fornire adeguata motivazione circa l'interesse pubblico, e le esigenze, che giustificano, a suo dire, la prosecuzione del rapporto contrattuale.

22.Cfr. D. RIGACCI, *La risoluzione, il recesso e le problematiche correlate*, in *Commentario al nuovo codice dei contratti pubblici* (a cura di CARTEI G. F., IARIA D.), Editoriale Scientifica, Napoli, 2023, p. 855.

23.Ibidem, p. 853.

3. Self cleaning

Tra gli aspetti più innovativi del nuovo codice dei contratti pubblici, vi è la riscrittura dell'istituto del self cleaning.

Il legislatore, infatti, abbandonando definitivamente la concezione sanzionatoria delle cause di esclusione²⁴, ha ampliato l'ambito applicativo dell'istituto sia soggettivamente che oggettivamente.

Infatti, l'intervento di riforma sul punto ha inteso permettere all'operatore economico di mostrarsi affidabile nonostante la presenza della causa di esclusione, riconoscendosi la possibilità di rimediare a quest'ultima e dimostrando di essere nuovamente degno di contrarre con l'amministrazione, in forza della recuperata onorabilità dell'impresa.

La riforma dell'istituto ha riguardato tre suoi aspetti, quali: l'ambito applicativo oggettivo, le misure di salvezza adeguate al recupero dell'affidabilità e il momento utile per il ricorso al meccanismo.

Nell'ordine prospettato, anzitutto, il previgente codice rendeva l'istituto applicabile alle cause di esclusione non automatiche, in precedenza al comma 5 dell'art. 80 e oggi disciplinate all'art. 95, e automatiche limitatamente alla sentenza definitiva che abbia imposto una pena detentiva non superiore a 18 mesi ovvero abbia riconosciuto l'attenuante della collaborazione come definitiva per le singole fattispecie di reato-----25-----, limitando fortemente le sentenze potenziali oggetto di self cleaning.

A dispetto di ciò, l'attuale istituto, in forza del nuovo codice, ex art. 96, c. 2, risulta esteso a tutte le cause di esclusione degli artt. 94 e 95.

Il nuovo comma eccettua soltanto le cause di esclusione in materia di violazione degli obblighi fiscali o previdenziali, dell'art. 94 c. 6 e art. 95, c.2, in piena conformità con la direttiva UE²⁶ sul punto.

Quanto al secondo aspetto, cioè le misure liberatorie adottabili dall'operatore economico perché possa evitare l'esclusione, in linea di continuità con il previgente art. 80, c.7, e fedelmente a quanto disposto dalla direttiva sul punto, adesso riprodotta pedissequamente, le misure per tentare di riacquisire l'affidabilità sono, ex art. 96, c. 6, alternativamente²⁷:

- a) Dimostrare di aver risarcito o di essersi impegnato a risarcire qualunque danno causato dal reato o dall'illecito;
- b) Dimostrare di aver chiarito i fatti e le circostanze in modo globale collaborando attivamente con le autorità investigative;
- c) Dimostrare di aver adottato provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti (fra cui, esemplificativamente, la rottura dei rapporti con le persone che hanno agito scorrettamente, la riorganizzazione del personale, la modifica del modello di gestione e controllo societario finalizzato alla prevenzione dei reati contro la p.a., e la modifica della compagine dell'organismo di vigilanza dell'impresa²⁸).

Il terzo fattore riformato è il momento entro cui risulta possibile attivare il self cleaning, quindi tentare di evitare l'esclusione.

Il previgente codice è risultato alquanto incerto sul punto, non specificando tale termine ultimo. Pertanto, nel silenzio normativo, tale momento veniva ricondotto, in via interpretativa²⁹, al

24.Cfr. F. ARMENANTE, *Le procedure di affidamento dei contratti pubblici*, Milano, Giuffrè, 2023, p. 98.

25.Art. 80, c. 7, D.Lgs. n. 50/2016.

26.Art. 57, par. 6, direttiva 2014/24/UE.

27.Cfr. G. F. FERRARI, G. MORBIDELLI, *Codice dei contratti pubblici*, Piacenza, La Tribuna, 2023, p. 498.

28.Cfr. F. CARINGELLA, *Nuovo codice dei contratti pubblici*, Milano, Giuffrè, 2023, p. 642.

29.Cons. St., Sez. V, sentenza n. 598, 24 gennaio 2019.

termine per la presentazione delle offerte, preservando così sia il principio generale per cui i requisiti devono essere posseduti al momento di presentazione di queste, che la par conditio fra gli operatori (prospettandosi potenziali favoritismi per chi avesse beneficiato dell'istituto oltre tale termine)³⁰.

Questo faceva sì che le misure adottate in seguito a tale limite temporale semmai avrebbero determinato un riacquisto dell'affidabilità, per l'operatore, soltanto pro futuro, ma non certamente per la gara in corso³¹.

Il nuovo codice dei contratti pubblici, anche accogliendo un recente orientamento giurisprudenziale³², risolve ogni dubbio sul punto, chiarendo che il termine di presentazione delle offerte non è più una barriera invalicabile perché possa farsi ricorso al meccanismo, purché comunque l'attivazione del self cleaning allunghi i tempi della gara³³, infatti quale clausola di chiusura, al comma 5 dell'art. 96, si prevede che *"in nessun caso l'aggiudicazione può subire dilazioni in ragione dell'adozione delle misure"*.

Per cui, ai sensi dell'art. 96, commi 3 e 4, al self cleaning potrà farsi ricorso in due momenti:

a) Con riferimento ai casi in cui la causa di esclusione si sia verificata prima della presentazione delle offerte. In tale ipotesi, l'operatore, contestualmente alla presentata offerta, deve adempiere due oneri, quali comunicare la specifica causa di esclusione presentatasi e comprovare la misura adottata oppure, quantomeno, l'impossibilità di adottarla entro tale momento.

b) Con riferimento ai casi in cui la causa di esclusione si sia verificata dopo la presentazione delle offerte.

In tal caso, l'operatore economico è chiamato a adottare e comunicare le misure salvifiche, rendendo edotta l'amministrazione appaltante.

In entrambi i casi alla misura adottata conseguirà la salvezza, quindi la non esclusione, soltanto a seguito della valutazione discrezionale della stazione appaltante, ex art. 96, c. 6, conclusasi positivamente, in merito alla tempestività – parametro innovativo rispetto al previgente codice che non si pronunciava sullo spettro temporale³⁴ – e alla sufficienza (ogni volta ponderata a seconda della gravità e delle circostanze caratterizzanti il reato o l'illecito).

Nel caso opposto in cui tale vaglio dovesse avere esito negativo, quindi l'amministrazione scegliesse la conseguenza, comunque, espulsiva, dovrà adeguatamente motivare le proprie ragioni all'operatore, in garanzia del contraddittorio³⁵.

4. Il silenzio-assenso nella procedura di verifica introdotto dal correttivo.

Sulla verifica dei requisiti in sede di gara è intervenuto recentemente il cd. correttivo, approvato con D.Lgs. n. 209/2024, introducendo il comma 3 bis all'art. 99.

La norma ha introdotto l'istituto del silenzio-assenso relativamente alla verifica dei requisiti al verificarsi di determinate condizioni, in favore della speditezza dell'aggiudicazione, come

30.Cfr. L. R. PERFETTI, *Codice dei contratti pubblici commentato – D.Lgs 31 marzo 2023, n. 36*, Padova, Wolters Kluwer, 2023, p. 645.

31.TAR Toscana, Sez. II, sentenza n. 77, 19 gennaio 2021; Cons. St., Sez. III, sentenza n. 198, 11 gennaio 2022.

32.Cons. St., Sez. III, sentenza n. 1700, 20 febbraio 2023.

33.Cfr. F. TAORMINA, *Cause di esclusione*, 2023, p. 5, disponibile qui: [link](#)

34.Cfr. F. CARINGELLA, *Nuovo codice dei contratti pubblici*, Milano, Giuffrè, 2023, p. 641.

35.Cfr. M. GIUSTINIANI, *Il nuovo codice dei contratti pubblici prima e dopo la riforma*, Napoli, Dike giuridica, Napoli, 2023, p. 304.

dichiarato nella stessa relazione illustrativa al decreto correttivo, e dell'attuazione del principio del risultato che anima l'intera nuova disciplina dei contratti pubblici ai sensi dell'art. 1, D.Lgs. n. 36/2023, come dichiarato dalla recente giurisprudenza³⁶.

Infatti, come esposto sopra, ai sensi dell'art. 17, c. 5, del codice contratti pubblici, *"...l'organo competente a disporre l'aggiudicazione esamina la proposta, e, se la ritiene legittima e conforme all'interesse pubblico, dopo aver verificato il possesso dei requisiti in capo all'offerente, dispone l'aggiudicazione, che è immediatamente efficace"*.

Pertanto, di regola, l'aggiudicazione può aversi soltanto dopo il compimento delle operazioni di verifica dei requisiti, le quali devono avere necessariamente esito positivo.

Ciò, per tempo, è stato ribadito della stessa ANAC, Pareri funz. cons. n. 57/2023 e n. 57-bis/2023, che ha espressamente escluso la possibilità per le stazioni appaltanti di avvalersi del meccanismo del silenzio-assenso nello svolgimento delle gare d'appalto.

Con l'entrata in vigore del nuovo codice contratti pubblici, la medesima Autorità³⁷ e a seguire il legislatore hanno compreso l'esigenza di introdurre delle deroghe a questa regola rigida, ammettendo quindi l'operatività dell'istituto a certe condizioni.

Infatti, il D.Lgs. n. 209/2024 ha modificato l'art. 99, introducendo il comma 3 bis secondo cui le stazioni appaltanti, nella persona del RUP, possono aggiudicare le gare anche in caso di incomplete operazioni di verifica dei requisiti, nei casi in cui l'incompletezza sia dovuta al malfunzionamento, anche parziale, del FVOE, delle piattaforme digitali, e delle banche dati, qualora siano comunque trascorsi trenta giorni dalla proposta di aggiudicazione.

In tali casi, la stazione appaltante acquisirà dall'operatore economico un'autocertificazione ai sensi del D.P.R. n. 445/2000 che, come dice la norma, *"attesti il possesso dei requisiti e l'assenza delle cause di esclusione che, a causa del predetto malfunzionamento, non è stato possibile verificare entro il suddetto termine"*.

Quindi, riassumendo, avutasi la proposta di aggiudicazione e trascorsi trenta giorni da questa, vista l'impossibilità tecnica di verificare il possesso dei requisiti dovuto al malfunzionamento delle piattaforme digitali necessarie a tal fine, l'amministrazione può comunque disporre l'aggiudicazione, che sarà immediatamente efficace.

Pertanto, risulta introdotto l'istituto del silenzio-assenso in merito alla verifica dei requisiti.

Altresì, il comma 3 bis, si chiude prevedendo che comunque *"resta fermo l'obbligo di concludere in un congruo termine le verifiche sul possesso dei requisiti. Qualora, a seguito del controllo, sia accertato l'affidamento a un operatore privo dei requisiti, la stazione appaltante, ferma l'applicabilità delle disposizioni vigenti in tema di esclusione, revoca o annullamento dell'aggiudicazione, di inefficacia o risoluzione del contratto e di responsabilità per false dichiarazioni rese dall'offerente, recede dal contratto, fatto salvo il pagamento del valore delle prestazioni eseguite e il rimborso delle spese eventualmente sostenute per l'esecuzione della parte rimanente, nei limiti delle utilità conseguite, e procede alle segnalazioni alle competenti autorità"*.

Pertanto, le operazioni di verifica dei requisiti nei confronti dell'operatore, già aggiudicatario definitivo, dovranno comunque essere svolte, pena l'impossibilità di procedere al pagamento di quanto già eseguito³⁸.

36.Cons. Stato, Sez. V, Sent. 20/02/2025, n. 1425.

37.ANAC, documento relativo a criticità e segnalazioni in materia di contratti pubblici, 23/07/2024, pp. 1-2.

38.Relazione illustrativa al correttivo, approvato con D.Lgs. n. 209/2024, p. 40.

Qualora tali verifiche dovessero essere svolte e avere esito negativo; quindi, fosse accertata la presenza di cause di esclusione, l'amministrazione dovrà recedere dal contratto, segnalare alle autorità competenti la condizione dell'impresa, e comunque sarà tenuta a pagare le prestazioni già eseguite e le spese sostenute per l'esecuzione della parte rimanente.

In definitiva, in favore della speditezza dello svolgimento della gara, e specificamente dell'aggiudicazione, è stato reso attivabile in sede di gara l'istituto del silenzio-assenso, seppur sottoposto alle predette condizioni e limiti.

Rappresentato lo stato attuale della normativa, è opportuno evidenziare quali potrebbero essere gli ulteriori sviluppi futuri.

Infatti, rispetto alla disposizione introdotta dal legislatore con il correttivo, l'ANAC aveva suggerito delle ulteriori migliorie al testo.

Proprio il Presidente dell'ANAC, in sede di audizione³⁹, aveva suggerito di prevedere l'attuabilità del meccanismo del silenzio-assenso, non solo nei casi di malfunzionamento delle banche dati e del FVOE, ma anche nel caso in cui gli enti certificatori omettano di rendere disponibile le certificazioni attestanti i requisiti.

Ulteriore rilievo concerneva la possibilità di pagare comunque le prestazioni già eseguire dall'impresa, nonostante il mancato svolgimento delle operazioni di verifica.

Infatti, la disposizione introdotta prevede che lo svolgimento delle operazioni di verifica dei requisiti sia una condizione necessaria per il pagamento di ogni prestazione già eseguita.

In merito, l'ANAC evidenzia come tale previsione gravi sull'operatore economico che risulta eccessivamente penalizzato per problematiche a lui non imputabili.

Tradendo, in tali casi, anche la fiducia ingenerata nell'impresa dopo l'aggiudicazione in suo favore, e quindi il principio dell'art. 2 del codice dei contratti pubblici.

Seppur tali suggerimenti non sono stati accolti dal legislatore, alla luce della disposizione oggi in vigore, permettono comunque di immaginare i possibili sviluppi futuri della disciplina.

In definitiva, l'introduzione del silenzio-assenso nell'ambito delle operazioni di verifica dei requisiti, seppur con i limiti appena descritti, appare sicuramente una delle innovazioni più importanti all'esito della recente modifica al codice dei contratti pubblici, nell'ottica di semplificare e velocizzare le procedure di gara.

39.ANAC, audizione del Presidente dell'autorità sullo schema di decreto correttivo, 26/11/2024, pp. 5 e ss.

Le modifiche alla disciplina del subappalto introdotte dal D.Lgs. 209/2024

di Stefano de Marinis

IL
PUN
TO

Tra i cambiamenti apportati dal Correttivo (d.lgs n.209/2024) al Codice dei contratti pubblici (d.lgs n.36/2023) particolare rilievo riveste quanto inerente la disciplina del subappalto, di cui all'articolo 119.

Insieme alle modifiche dei contratti in fase esecutiva, alla revisione prezzi, ai collaudi, alle penali e ai premi di accelerazione, quello del subappalto rappresenta il contesto più congeniale nel quale, secondo le attese comunitarie, questo secondo momento di aggiornamento della disciplina degli appalti avrebbe dovuto collocarsi, andando a fluidificare, dopo l'intervento volto a rendere più celere i procedimenti di scelta del contraente, conclusosi ad aprile del 2023, anche il segmento dell'esecuzione dei contratti.

“ **Aggravio o semplificazione dal correttivo nella disciplina dei subappalti?** ”

Se i contenuti dell'intervento correttivo possano sin d'ora leggersi nel senso dell'effettiva capacità di conseguire gli obiettivi prefigurati, nella specie per il caso della gestione dei subappalti, non è al momento facile a dirsi, potendo il punto essere verificato solo alla luce dell'operatività concreta delle modifiche portate dall'articolo 41 del d.lgs. 209; per ora ci limitiamo, quindi, a riportarne i singoli aspetti con alcuni primi commenti.

1. Le ragioni dell'ulteriore intervento su una normativa alquanto travagliata

Al riguardo occorre muovere dal fatto che l'articolo 119 del codice costituisce, di suo, una delle disposizioni più travagliate e nevralgiche nel quadro generale della disciplina dei contratti pubblici.

Nata come presidio verso la capacità della criminalità di infiltrare la spesa pubblica, giova ricordare i contrasti manifestatisi, nel tempo, a livello comunitario anche in ordine all'idoneità, rispetto a detta funzione deterrente, delle limitazioni quantitative di utilizzo dell'istituto previste fin dall'originario concepimento della relativa disciplina, vincoli attualmente in gran parte superati proprio in ragione di detti contrasti, così come l'eliminazione di quelli inerenti i corrispettivi da riconoscere per l'attività svolta ai subappaltatori ed il superamento del divieto assoluto di subappalto cosiddetto "a cascata", aspetto, quest'ultimo, che pone problemi non secondari di gestione tanto sul fronte della committenza pubblica che su quello degli operatori economici diretti affidatari della commessa.

Gli obiettivi del legislatore aprono nuovi fronti di impegno per stazioni appaltanti anche operanti nei settori speciali, ed imprese.

Tanto premesso, gli aggiustamenti della disciplina del subappalto che qui si commentano, da ultimo intervenuti a seguito delle ulteriori esigenze di adattamento ad istanze provenienti dal mercato, dagli operatori economici e dalla giurisprudenza, proponendosi di coniugare l'ampliamento dell'accesso alla fase esecutiva degli appalti con la necessaria garanzia di legalità, tracciabilità, sicurezza del lavoro e tutela dei lavoratori, aprono nuovi ed importanti, quanto delicati, fronti di discussione.

Il tutto lasciando fin da ora intravedere questioni di non facile gestione da parte, ancora una volta, tanto delle stazioni appaltanti, incluse quelle operanti nei cosiddetti settori speciali (in virtù del richiamo all'articolo 119 operato dal successivo 141, quanto delle imprese; e ciò tanto sul piano procedurale che in termini di regolazione contrattuale dei rapporti tra gli operatori economici.

2. L'obbligo di riservare non meno del 20% dei subappalti a piccole e medie imprese.

Venendo al merito delle singole novità introdotte, va anzitutto rilevato come il comma 2 dell'articolo 119 risulti integrato da una disposizione che impone l'obbligo di assicurare l'affidamento di una quota non trascurabile delle prestazioni subappaltabili ad imprese medio piccole, quale misura di apertura e valorizzazione del tessuto imprenditoriale per così dire minore, per lo meno in termini dimensionali.

Recita in tal senso il nuovo quinto periodo del comma in questione che i *contratti di subappalto sono stipulati, in misura non inferiore al 20 per cento delle prestazioni subappaltabili, con piccole e medie imprese, come definite dall'articolo 1, comma 1, lettera o) dell'allegato I.1.*

Gli operatori economici possono indicare nella propria offerta una diversa soglia di affidamento delle prestazioni che si intende subappaltare alle piccole e medie imprese per ragioni legate all'oggetto o alle caratteristiche delle prestazioni o al mercato di riferimento.

Tale previsione, che peraltro si caratterizza per una certa elasticità, in quanto consente all'operatore economico di indicare, a determinate condizioni, una soglia diversa, purché ciò risulti motivato, pone numerosi interrogativi.

Il primo riguarda il fatto che, pur collocandosi in linea con la disciplina euro-unitaria e con l'art. 30, comma 1, del Codice, laddove si afferma che l'affidamento e l'esecuzione dei contratti pubblici

devono garantire l'efficienza, la concorrenza e la partecipazione delle micro, piccole e medie imprese, la modifica non considera proprio le micro imprese includendo, viceversa, le medie.

Orbene, considerato che il parametro di riferimento dimensionale è rappresentato dalla nozione comunitaria all'uopo richiamata e riprodotta nell'allegato al codice I.1, per un verso la componente più titolata a trarre beneficio da detta misura di apertura e valorizzazione del tessuto imprenditoriale rischia, se la norma venisse interpretata alla lettera, di restarne paradossalmente esclusa; d'altro canto il taglio della media impresa, da favorire nei processi di subaffidamento potrebbe, in alcuni casi, risultare addirittura dimensionalmente maggiore di quella diretta affidataria dell'appalto.

In secondo luogo, non è chiaro se l'entità minima del 20% riguardi il valore delle prestazioni in astratto subappaltabili o quelle che il singolo operatore si riserva di subappaltare in sede di gara, o ancora quelle che di fatto andrà a subappaltare.

“ **L'incremento della soglia di riserva come elemento di valorizzazione dell'offerta?** ”

Altresì fonte di dubbio è se detta entità “minima” possa, laddove elevata, generare conseguenze in termini di valorizzazione dell'offerta mediante assegnazione di punteggi premiali o, all'opposto, possa operare anche all'inverso, laddove l'indicata minore percentuale, ancorché motivata, possa determinare una penalizzazione.

La previsione pone, quindi, nuovi incombeni in capo alle stazioni appaltanti, chiamate a regolarne le modalità applicative nei disciplinari di gara prima ancora di recepire in contratto gli impegni assunti in sede di offerta, così come a verificarne l'osservanza all'atto dell'autorizzazione dei subappalti.

3. L'obbligo di applicare la revisione dei prezzi lungo tutta la filiera esecutiva.

Ancor più impegnativi appaiono, poi, gli effetti legati all'introduzione del nuovo comma 2-bis riguardante l'applicazione della revisione prezzi lungo tutta la catena degli operatori che si pongono a valle del contratto principale.

Dispone, al riguardo, la previsione in parola che *nei contratti di subappalto o nei subcontratti comunicati alla stazione appaltante ai sensi del comma 2 è obbligatorio l'inserimento di clausole di revisione prezzi riferite alle prestazioni o lavorazioni oggetto del subappalto o del subcontratto, e determinate in coerenza con quanto previsto dagli articoli 8 e 14 dell'allegato II.2-bis, che si attivano al verificarsi delle particolari condizioni di natura oggettiva di cui all'articolo 60, comma 2.*

Si tratta di una disposizione che non ha precedenti nella disciplina dei contratti pubblici, coerente con l'esigenza di proteggere la stabilità economica delle filiere subappaltanti, spesso più esposte agli effetti dell'inflazione e delle variazioni dei prezzi delle materie prime, garantendo in tal modo una più equa distribuzione del rischio contrattuale lungo la catena dell'appalto.

Ciò detto in termini positivi va peraltro rilevato come ci si trovi di fronte ad una previsione dalla gestione tutt'altro che facile.

Al riguardo va in primo luogo evidenziato come la regola operi tanto a valle di contratti di lavori che di quelli di forniture e servizi, ampliando difficoltà che già esistono in ordine alla notevole diversità che si riscontra nei due diversi regimi revisionali previsti dall'articolo 60 del codice e dall'allegato II.2bis, applicabili a monte della filiera e, di conseguenza, a valle della stessa.

Le clausole, infatti, vanno inserite non solo nei subappalti propriamente detti ma anche in quelli che, pur non essendo tali - gli altri subcontratti - risultino, per regime autorizzatorio loro applicabile ai sensi del comma 2 dello stesso articolo 119, equiparati ai subappalti,

questione questa oltremodo delicata e non sempre univocamente letta soprattutto nelle prassi applicative.

“ **Problemi derivano dall'esistenza di regimi revisionali fortemente differenziati tra lavori da un lato e forniture e servizi dall'altro.** ”

Si ipotizzi il caso di una fornitura con posa dei materiali, avente incidenza di manodopera superiore al 50%, collocata a valle di un appalto di lavori o, all'inverso, la fornitura di una camera operatoria con annesse opere murarie o l'acquisto di un sistema d'arma con annessa installazione di piazzole.

L'articolo 8 dell'allegato II 2 bis, inoltre, precisa che:

- le clausole revisionali in parola *sono definite tra le parti tenuto conto dei meccanismi revisionali e dei limiti di spesa di cui all'articolo 60 del codice, delle specifiche prestazioni oggetto del contratto di subappalto o del sub-contratto e delle modalità di determinazione degli indici sintetici disciplinati nell'allegato stesso;*
- è l'appaltatore ad essere *responsabile della corretta attuazione* degli obblighi previsti dalla legge;
- laddove il titolare del subappalto o del sub-contratto venga pagato direttamente dalla stazione appaltante, *la determinazione e il pagamento delle somme, in aumento o in diminuzione, dovute a titolo di revisione dei prezzi sono effettuati in coerenza con le modalità seguite dalla stessa stazione appaltante per il riconoscimento ed il pagamento della revisione prezzi all'appaltatore principale, mentre negli altri casi sarà l'appaltatore stesso a provvedere alla determinazione e al pagamento delle somme dovute a titolo di revisione dei prezzi secondo quanto previsto, nel rispetto delle disposizioni di cui all'articolo 60 del codice e nell'Allegato, nel contratto di subappalto o nel sub-contratto.*

Per gli appalti di forniture e servizi, l'articolo 14 dell'Allegato II. 2bis aggiunge a quanto precede l'avvertimento secondo il quale, nella determinazione dei contenuti delle clausole revisionali da applicare alla filiera, occorre tener conto delle modalità di individuazione, e semmai di costruzione, degli indici applicabili per i contratti a monte, direttamente intercorrenti tra appaltatore principale e stazioni appaltanti.

Senza poter in questa sede analizzare tutti i punti di domanda anche questa norma pone, al momento ci si limita ad osservare come i profili di semplificazione rivenienti dal superamento dell'antico obbligo di prevedere, con apposite previsioni contrattuali, l'inapplicabilità ai prezzi di subappalto di sconti superiori al 20% di quelli previsti per l'affidamento principale, risultano ora del tutto azzerati nel senso che ben altri controlli, senz'altro più impegnativi, dovranno esser d'ora in poi compiuti per l'autorizzazione di tutti i subappalti e dei subcontratti ad essi equiparati.

4. La tutela dei lavoratori lungo tutta la filiera realizzativa.

La terza delle modifiche all'articolo 119 recate dal Correttivo riguarda il rafforzamento della tutela dei lavoratori lungo tutta la filiera realizzativa.

Al riguardo, il comma 12 è stato significativamente arricchito prevedendo, in luogo dell'originaria formulazione che si "limitava" a prevedere che per le prestazioni affidate in subappalto il subappaltatore dovesse applicare i medesimi contratti collettivi nazionali di lavoro del contraente principale, se le attività oggetto di subappalto coincidevano con quelle caratterizzanti l'oggetto dell'appalto o riguardavano le lavorazioni relative alle categorie prevalenti e fossero incluse nell'oggetto sociale del contraente principale, l'obbligo oggi riguarda l'applicazione del medesimo contratto collettivo di lavoro del contraente principale, ovvero uno differente, purché *garantisca ai dipendenti le stesse tutele economiche e normative di quello applicato dall'appaltatore, qualora le attività oggetto di subappalto coincidano con*

quelle caratterizzanti l'oggetto dell'appalto oppure riguardino le prestazioni relative alla categoria prevalente, regola questa che viene estesa al caso, anch'esso nuovo, previsto all'articolo 11, comma 2-bis, del codice, dove si dispone che in caso di prestazioni scorparabili, secondarie, accessorie o sussidiarie, differenti da quelle prevalenti oggetto dell'appalto o della concessione, riferibili, per un'entità pari o superiore al 30%, alla medesima categoria omogenea di attività, il subappaltatore, per le prestazioni affidate in subappalto, e tenuto ad applicare il contratto collettivo di lavoro individuato ai sensi del medesimo articolo 11, comma 2-bis, ovvero un differente contratto collettivo, purché garantisca ai dipendenti le stesse tutele economiche e normative del contratto individuato ai sensi del predetto comma 2-bis.

Il rilievo delle prestazioni diverse dalle prevalenti riferibili per almeno il 30% alla medesima categoria omogenea di attività per l'applicazione del corrispondente CCNL.

La norma introduce un principio di omogeneità e di coerenza nella disciplina dei rapporti di lavoro nell'ambito dello stesso appalto, al fine di evitare fenomeni di dumping contrattuale o di sfruttamento delle disparità normative fra contratti collettivi differenti raccordandola in tutto e per tutto con quanto previsto dall'art. 11, in tema di contratti collettivi applicabili nei contratti pubblici relativamente all'appalto principale.

5. L'obbligo di applicare nel subappalto a cascata tutte le disposizioni dell'articolo 119.

Ulteriore modifica della disciplina di cui all'articolo 119 riguarda i contenuti del comma 17 dove, in tema di cosiddetto "subappalto a cascata" viene inserita nella parte finale una precisazione secondo la quale, *nel caso in cui l'esecuzione delle prestazioni affidate in subappalto sia oggetto di ulteriore subappalto si applicano a quest'ultimo le disposizioni previste dal presente articolo e da altri articoli del codice in tema di subappalto.*

In questo modo, il legislatore interviene a colmare un potenziale vuoto normativo, estendendo le garanzie sostanziali e procedurali previste per il subappalto anche ai livelli successivi della catena contrattuale, con evidenti ricadute, ancora una volta, in termini di controllo, responsabilità e uniformità applicativa.

6. Il divieto per l'appaltatore di qualificarsi con le prestazioni eseguite in subappalto.

Ultima, ma solo in ordine di elencazione, considerate le forti obiezioni tese alla sua immediata cancellazione già sorte, anche in sede parlamentare, in occasione della conversione in legge del decreto cosiddetto milleproroghe (n. 202/2024), è la modifica concernente il comma 20 dell'articolo 119, in tema di riconoscimento della qualificazione al contraente principale per le prestazioni eseguite ricorrendo al subappalto.

Dispone un periodo aggiuntivo collocato in coda alla precedente formulazione del comma in parola che *i certificati di cui al secondo periodo* (quelli che accertano l'avvenuta corretta esecuzione delle prestazioni eseguite in subappalto) *possono essere utilizzati per ottenere o rinnovare l'attestazione di qualificazione soltanto da parte dei subappaltatori.*

La norma, che conferma la valenza certificativa dell'attività svolta in subappalto garantendone l'uso esclusivo da parte del subappaltatore, letta insieme alla prima parte della disposizione

dove già si prevedeva che le stazioni appaltanti dovessero rilasciare all'appaltatore i certificati a lui necessari per partecipare alle gare e la qualificazione, scomputando dall'intero valore dell'appalto il valore e la categoria di quanto eseguito attraverso il subappalto, genera l'effetto di precludere all'appaltatore l'utilizzo in termini di qualificazione propria di tutto quanto eseguito tramite subappalti.

“ La penalizzazione delle imprese che ricorrono al subappalto contrasto con il diritto comunitario? ”

Siffatta scelta, che peraltro potrebbe leggersi anche come riferita solo ai lavori (i termini "categoria" ed "attestazione" utilizzati sembrano evocare il tipico campo applicativo delle attestazioni SOA), ciò che comunque non ne attenuerebbe i dubbi di legittimità anche sul fronte della legislazione nazionale, appare peraltro potenzialmente in contrasto in via diretta rispetto alla disciplina comunitaria della materia.

Per un verso, infatti, il ricorso al subappalto è favorito nell'ottica, come sopra si è detto, di favorire l'accesso al mercato di chi ne sarebbe in principio escluso per fatti puramente dimensionali; dall'altro si penalizza, proprio in termini di successiva capacità di accedere al mercato in funzione delle referenze allo scopo producibili, chi ha maggiormente dato corso all'utilizzo dell'istituto.

In conclusione, come appare evidente, le modifiche apportate all'art. 119 del Codice dei Contratti Pubblici dal D.lgs. n. 209/2024 appaiono tutt'altro che trascurabili, muovendo nella direzione di un subappalto regolato in modo più evoluto, trasparente e, salvo le questioni in ultimo sollevate, in generale coerente con i principi dell'ordinamento europeo, in particolare con quelli di concorrenza, proporzionalità, trasparenza e parità di trattamento, tutela dei lavoratori, ancorché rendano molto più impegnativa la relativa gestione, soprattutto

(ma non solo) da parte delle stazioni appaltanti. Torna centrale, in particolare il tema dell'autorizzazione dei subappalti e dei sub contratti ad essi equiparati, dove il semplice decorso dei 30 giorni con il maturarsi del cosiddetto silenzio assenso, nella misura in cui lo si ritenga operante e soddisfacente delle esigenze perseguite dalla legge, espone tanto il committente che l'appaltatore a rischi concreti in passato configurabili in termini più limitati.

Il tutto con la necessità di elaborare nuove regole contrattuali da introdurre nei rapporti tra le parti (stazioni appaltanti - imprese e tra queste nei rapporti di filiera) e riaprendo il tema dei relativi controlli in sede di autorizzazione dei subcontratti e di verifica delle modalità di loro esecuzione.

In ogni caso il nuovo assetto conferma la funzione fisiologica, anziché patologica, del subappalto nel sistema dei contratti pubblici.

“ Tra novità e conferme dal correttivo riprende centralità l'autorizzazione del subappalto e dei subcontratti ad esso equiparati. ”

Pareri & Sentenze



Consiglio di Stato, Sez. V, 02/04/2025, n. 2776

Servizi legali tra disciplina dei contratti "esclusi" ed "estranei"

"... La categoria dei contratti "estranei" non esiste, essendo contemplata soltanto quella dei contratti "esclusi" ossia quegli appalti pubblici, tra cui anche i servizi legali che, ai sensi dell'art. 56 del decreto legislativo n. 36 del 2023, sono sottratti dagli obblighi di evidenza pubblica (affidamento mediante gara); ... L'obbligo di "evidenza pubblica" riguarda in ogni caso il procedimento da applicare per individuare il soggetto chiamato a contrarre con la PA.

A tale ultimo fine, infatti, l'art. 3 dell'Allegato I.1. al decreto legislativo n. 36 del 2023 prevede sia la procedura di evidenza pubblica, sia l'affidamento diretto. Con ciò si vuole dire che, quale che sia la procedura adottata per l'individuazione del contraente (evidenza pubblica o affidamento diretto), il contratto successivamente stipulato va comunque considerato alla stregua di "appalto pubblico". ...

In questa specifica direzione, lo stesso art. 56 del decreto legislativo n. 36 del 2023 qualifica i "servizi legali" alla stregua di "appalti pubblici" (cfr. comma 1, primo periodo) sebbene "esclusi" dai suddetti obblighi di "evidenza pubblica".

Ciò anche in forza della legislazione comunitaria la quale non distingue – ricomprendendole in un'unica generale nozione di appalto pubblico di servizio legale – tra singola difesa in giudizio e attività di consulenza legale, prescindendo dalla nozione civilistica nazionale e attraendo anche negozi qualificabili come contratto d'opera o contratto d'opera intellettuale..."

Consiglio di Stato, Sez. V, 28/03/2025, n. 2605

Omissione dell'indicazione del CCNL nell'offerta economica

"... una volta che il partecipante alla gara abbia (genericamente ed anticipatamente) assunto l'impegno a rispettare le condizioni di gara, automaticamente ciò determinerebbe l'assunzione dell'impegno a garantire i livelli di tutela previsti dai CCNL, come indicati dalla stazione appaltante; una volta dato atto della formale assunzione di tale impegno, la specificazione del CCNL concretamente applicato altro non avrebbe rappresentato che una "mera precisazione", volta a chiarire eventuali ambiguità dell'offerta, per tale "acquisibile, alternativamente, attivando sin da subito il soccorso procedimentale di cui all'art. 101 co. 3 CCP (e § 14 del disciplinare) e/o, in caso di selezione del Rti appellante, prima dell'aggiudicazione ai sensi dell'art. 11 co. 4 CCP".

Al riguardo, non può condividersi la prospettazione secondo cui la dichiarazione del CCNL concretamente applicato non sarebbe stato un elemento essenziale dell'offerta ... Neppure è corretto sostenere, come fa l'appellante, che la previsione dell'art. 11 cit. sia del tutto slegata da quella di cui all'art. 41 del Codice, a mente del quale, nei contratti di lavori e servizi, per determinare l'importo posto a base di gara la stazione appaltante o l'ente concedente devono individuare nei documenti di gara i costi della manodopera, prevedendo che gli stessi (unitamente a quelli della sicurezza) vadano incorporati dall'importo assoggettato al ribasso."

Consiglio di Stato, Sez. V, 28/03/2025, n. 2622

Definizione dei contratti continuativi di cooperazione, servizio o fornitura

"... al fine di distinguerne la fattispecie (di "prestazioni rese in favore dei soggetti affidatari in forza di contratti continuativi di cooperazione, servizio e/o fornitura sottoscritti in epoca anteriore alla indizione della procedura finalizzata alla aggiudicazione dell'appalto") da quella del contratto di subappalto. L'art. 119, comma 3, lett. d) del d.lgs. n. 36 del 2023 ha precisato i tratti distintivi della fattispecie, avvalendosi della giurisprudenza che si era venuta formando sulla precedente disposizione del Codice dei contratti pubblici, per come si ricava anche dalla Relazione illustrativa del nuovo Codice.

Ne è quindi risultata una più compiuta definizione dei contratti continuativi di cooperazione, servizio o fornitura: in base a tale definizione viene mantenuta la destinazione soggettiva delle prestazioni "in favore dei soggetti affidatari", ma viene precisato che deve trattarsi di prestazioni "secondarie, accessorie o sussidiarie". ... La tipologia contrattuale, d'altronde, era stata, come detto, già delineata in termini conformi dalla giurisprudenza che aveva sottolineato doversi trattare di prestazioni, per un verso, rese in favore dell'operatore economico aggiudicatario del contratto di appalto, quindi non direttamente nei confronti della stazione appaltante (cfr., fra le altre, Cons. Stato, V, 22 aprile 2020, n. 2553) e, per altro verso, di prestazioni a carattere accessorio e secondario, oggettivamente diverse dalle prestazioni da rendersi da parte dell'appaltatore alla stazione appaltante sulla base del contratto di appalto (cfr., tra le altre, Cons. Stato, V, 17 aprile 2023, n. 3856).

Si condivide perciò la conclusione raggiunta dall'appellante, anche relativamente al testo dell'art. 119, comma 3, lett. d), del d.lgs. n. 36 del 2023, richiamato in sentenza, secondo cui mentre il subappalto ha ad oggetto l'affidamento dell'esecuzione di una parte delle prestazioni oggetto del contratto di appalto, con la conseguente sostituzione del subappaltatore all'affidatario, di converso, i contratti continuativi di cooperazione, servizio o fornitura hanno ad oggetto prestazioni secondarie o accessorie dirette agli affidatari, a cui forniscono beni e servizi utili per lo svolgimento delle prestazioni affidate."

Consiglio di Stato, Sez. V, 24/03/2025, n. 2384

Il dies a quo per proporre la c.d. "azione ostensoria" decorre dalla comunicazione della decisione sull'oscuramento delle offerte, nel caso in cui tale decisione non venga comunicata contestualmente all'aggiudicazione

"... laddove la decisione assunta sulla richiesta di oscuramento non sia comunicata contestualmente alla comunicazione dell'aggiudicazione, ma successivamente, il termine di dieci giorni decorre da tale successiva comunicazione, visto che l'impugnazione de qua ha ad oggetto non l'aggiudicazione, ma la decisione assunta sulla richiesta di oscuramento, che non si può desumere implicitamente dalla mera comunicazione dell'aggiudicazione, da cui non trapeli né la richiesta di oscuramento né alcun elemento in tal senso.

Una diversa interpretazione, oltre a collidere con il diritto di difesa, costituzionalmente garantito, finirebbe per contrastare con la ratio legis della nuova disciplina sull'accesso nelle gare pubbliche, che mira ad evitare ricorsi al buio, onerando i concorrenti di un'immediata reazione giudiziaria, di cui probabilmente non vi è neppure un'effettiva necessità, laddove, sia pure successivamente alla comunicazione dell'aggiudicazione, a fronte di una mera richiesta, l'Amministrazione provveda all'ostensione della documentazione di gara richiesta."

TAR Lecce, Sez. II, 19/03/2025, n. 434

L'art. 41, comma 14, del d.lgs. n. 36 contiene il riferimento a due concetti distinti e non sono sovrapponibili ovvero "l'importo posto a base di gara" e l'"importo assoggettato al ribasso"

"Questo, tuttavia, non esclude che, per come espressamente previsto dal legislatore in coerenza con l'orientamento giurisprudenziale formatosi sotto la vigenza della precedente normativa in tema di appalti, ciascun concorrente possa, in via separata (come peraltro avvenuto nella specie) rispetto "all'importo assoggettato al ribasso" (ovvero quello sul quale applicare la percentuale di ribasso percentuale), esporre una cifra, a titolo di costi della manodopera, inferiore rispetto a quella che la stazione appaltante ha previsto ex ante nell'ambito del più ampio importo posto a base di gara. Ciò, tuttavia, potrà avvenire a condizione che tale, per così dire, "indiretto" ribasso dei costi della manodopera risulti coerente con una "più efficiente organizzazione aziendale" che l'operatore dovrà dimostrare in sede di verifica dell'anomalia, doverosamente promossa dalla stazione appaltante (Consiglio di Stato sez. V, 09/06/2023, sentenza -OMISSIS-665; T.A.R. Sicilia, Palermo sez. II, 19.12.2023, sentenza n. 3779; T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, 07.11.2023, sentenza n. 612-OMISSIS-) (cfr. T.A.R. Calabria sez. I – Reggio Calabria, 0-OMISSIS-.02.2024, sentenza -OMISSIS-19)."

Consiglio di Stato, Sez. V, 10/03/2025, n. 1959

Le conseguenze derivanti dalla irrituale dichiarazione di subappalto

"Secondo un consolidato indirizzo della giurisprudenza (cfr., ex multis: Cons. Stato, sez. V, 2 luglio 2020, n. 4252; sez. V, 18 gennaio 2019, n. 471; sez. IV, 26 agosto 2014, n. 4299; sez. V, 30 giugno 2014, n. 3288; sez. IV, 13 marzo 2014, n. 1224) la eventuale violazione delle norme in materia di subappalto incide soltanto sul divieto di ricorrere al subappalto stesso in fase di esecuzione della commessa, ove il concorrente sia comunque in possesso dei requisiti di qualificazione onde poter eseguire i lavori oggetto di appalto."

Autorità Nazionale Anticorruzione

DELIBERA N. 547 del 28 novembre 2024

UPREC - PREC 292-2024-L

"La richiesta ai concorrenti di presentare una dichiarazione di impegno a disporre, in caso di aggiudicazione e per l'esecuzione del contratto, di uno stabilimento di produzione certificato ai sensi del regolamento UE 305/2011 costituisce un requisito di esecuzione e non di partecipazione alla gara, risultando chiaramente, in base all'interpretazione letterale e sistematica della lex specialis di gara, che la disponibilità dello stabilimento rileva solo al momento dell'aggiudicazione ed è necessaria per l'esecuzione del contratto, ma non per accedere alla gara."

"... secondo la giurisprudenza formatasi in vigenza dell'art. 100 del d.lgs. n. 50/2016 (le cui argomentazioni sono valide anche con l'art. 113 del nuovo codice), "la distinzione tra requisiti di partecipazione e requisiti di esecuzione fa capo alla previsione di cui all'art. 100, d.lgs. n. 50 del 2016 che – nel dare recepimento alla normativa eurocomune e, segnatamente, alla previsione di cui all'art. 70 della direttiva 2014/24 e all'art. 87 della direttiva 2014/25 – facoltizza le stazioni appaltanti a richiedere agli operatori concorrenti, in aggiunta al possesso dei "requisiti" e delle "capacità" oggetto di valutazione selettiva di cui all'art. 83, ulteriori "requisiti particolari" (Cons. Stato, sez. V, 25 marzo 2021, n. 2523)" (Cons. Stato, sez. III, 26 ottobre 2023, n. 9255; Cons. Stato, sez. V, 18 luglio 2022, n. 6137). La giurisprudenza colloca tra i requisiti di esecuzione gli elementi caratterizzanti la fase esecutiva del servizio così distinguendoli dai primi, che sono invece necessari per accedere alla procedura di gara, in quanto requisiti generali di moralità e requisiti speciali attinenti ai criteri di selezione.

Non essendo in discussione che il possesso dei requisiti di partecipazione sia richiesto al concorrente sin dal momento della presentazione dell'offerta, merita evidenziare che i requisiti di esecuzione sono, di regola, condizioni per la stipulazione del contratto di appalto (Cons. Stato, sez. V, 30 settembre 2020, n. 5734; id. 30 settembre 2020, n. 5740; Id. 12 febbraio 2020, n. 1071), pur potendo essere considerati nella lex specialis come elementi dell'offerta, a volte essenziali (Cons. Stato, sez. V, 3 aprile 2019, n. 2190), più spesso idonei all'attribuzione di un punteggio premiale (Cons. Stato, sez. V, 29 luglio 2019, n. 5309; Id. 25 marzo 2020, n. 2090);"

Autorità Nazionale Anticorruzione**DELIBERA N. 550 del 28 novembre 2024****UPREC/PRE/0321/2024/S/PREC**

"Appalto pubblico – In genere – Cause non automatiche di esclusione – Grave illecito professionale – Condizioni – Devono essere cumulativamente presenti – Necessità"

"Il provvedimento che dispone l'esclusione del concorrente per grave illecito professionale richiede un'adeguata motivazione in ordine alla sussistenza di tutte le condizioni indicate all'art. 98, comma 2, del Codice. A fronte della tipizzazione normativa degli elementi integranti un illecito professionale e dei mezzi adeguati a provarne la sussistenza, è riconosciuta un'ampia discrezionalità dell'amministrazione in ordine all'incidenza del grave illecito sull'affidabilità e integrità del concorrente."

"Appalto pubblico – In genere – Grave illecito professionale – Elementi integranti illecito – Fornire informazioni false o fuorvianti – Impatto sulle decisioni della Stazione appaltante – Verifica in concreto – Sussiste"

"La fattispecie del fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti tali da incidere sulle decisioni della Stazione appaltante in ordine all'ammissione, esclusione o aggiudicazione della gara, richiede che l'Amministrazione valuti, in concreto, se l'informazione fornita abbia avuto impatti decisivi sulle determinazioni assunte, verificando, in particolare, se, in mancanza di tale informazione, sarebbe stata assunta una determinazione diversa."

Autorità Nazionale Anticorruzione**DELIBERA N. 564 del 3 dicembre 2024****UPREC/PRE/314/2024/S/PREC**

"Appalto pubblico- cause di esclusione automatica- violazioni fiscali- imposte e tasse- presupposti normativi – effetti del pagamento in sanatoria – iscrizione in Casellario ANAC"

"In caso di violazioni fiscali gravi definitivamente accertate è obbligatoria l'esclusione dell'operatore economico dalla gara in quanto, al ricorrere di entrambi i presupposti della gravità della violazione e della definitività dell'accertamento, la fattispecie è suscumbibile tra le cause di esclusione automatica ai sensi dell'art.94 comma 6 D.lgs.36/2023.bIl limite dei € 5.000 di cui all'art. 48-bis, commi 1 e 2-bis, del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 602 è da riferirsi all'importo complessivo delle violazioni accertate dall'Agenzia delle Entrate e la somma va considerata comprensiva di interessi, sanzioni e altri oneri.

Nel caso delle irregolarità fiscali di cui all'art. 94 co.6 il meccanismo escludente possiede natura vincolata e quindi non è consentita alcuna valutazione in ordine all'incidenza delle violazioni riscontrate sull'affidabilità dell'operatore economico.

L'iscrizione interdittiva nel Casellario ANAC nonché l'irrogazione di una sanzione pecuniaria a causa della dichiarazione non veritiera in ordine ad una violazione fiscale grave e definitivamente accertata vengono stabilite tenendo conto dei presupposti del dolo e della colpa grave di cui all'art. 18 e dei parametri di cui all'art. 21 del Regolamento sull'esercizio del potere sanzionatorio di cui alla Delibera m. 271 del 20 giugno 2023."

Autorità Nazionale Anticorruzione**DELIBERA N. 571 del 10 dicembre 2024
UPREC - PREC 333-2024-S**

"La materiale impossibilità di dichiarare i costi della manodopera e gli oneri aziendali della sicurezza, nell'offerta economica, va intesa in termini rigorosi e va verificata in concreto. Tale fattispecie non ricorre quando l'obbligo dichiarativo è prescritto nel modulo di presentazione dell'offerta economica allegato al disciplinare (il cui utilizzo è previsto a pena di esclusione), anche se il modulo non contiene un apposito spazio per inserire tali voci, ma è editabile"

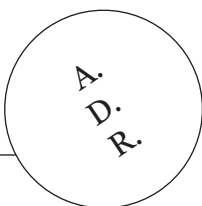
"... la mancata indicazione separata dei costi della manodopera e degli oneri della sicurezza comporta l'esclusione dell'impresa dalla gara; ii) tale omissione non può essere sanata mediante la procedura del soccorso istruttorio, neppure in sede di giustificativi sull'offerta economica; iii) l'esclusione va disposta anche in assenza di una espressa previsione nella lex specialis di gara; iv) i costi dalla manodopera e gli oneri per la sicurezza non possono essere ricostruiti in via postuma, attraverso la dimostrazione che tali costi erano stati ricompresi nell'offerta, in quanto essi devono essere "indicati" dall'operatore e non solo "considerati" ovvero contemplati; v) a tale regola fa eccezione la presenza di clausole e moduli che non consentono ai concorrenti di indicare espressamente tali costi, perché, ad esempio, non contengono lo spazio per il loro inserimento oppure perché vietano di apporre integrazioni al modulo predisposto dalla SA; vi) in quest'ultimo caso, deve tuttavia sussistere una impossibilità materiale di inserire tali voci, non superabile mediante la loro indicazione in documenti ulteriori ovvero modificando il modulo di offerta; le condizioni di "materiale impossibilità" di separata indicazione dei costi in questione sono stati interpretati dalla giurisprudenza in modo rigoroso, ritenendo che ciò non sussista tutte le volte in cui sia possibile "personalizzare" l'offerta anche mediante integrazioni a mano.

Il Consiglio di Stato ha precisato che "la scusabilità dell'omissione (e la conseguente ammissibilità del ricorso) deve ancorarsi alla obiettiva impossibilità pratica di modulare, integrare e personalizzare i contenuti dell'offerta, ovvero alla esistenza di una chiara preclusione prescrittiva, che, espressamente vietando la modifica dei documenti unilateralmente predisposti, valga a porre l'operatore concorrente nella situazione di dover inammissibilmente optare per il rispetto della norma generale o, alternativamente, di quella speciale incompatibile" (Cons. Stato, sez. V, 8 aprile 2021 n. 2839)".

La giurisprudenza ha escluso l'oggettiva impossibilità di indicare tali costi, nel caso in cui la piattaforma consentiva ai concorrenti di inserire una dichiarazione separata e allegarla (TAR Sicilia, Catania, sez. I, sentenza del 18 marzo 2024, n. 1071), nonché nelle ipotesi in cui non erano precluse ai concorrenti integrazioni del modulo predisposto dalla SA, anche se si trattava di moduli non editabili (Cons. Stato, cit. n. 2839/2021).

Secondo il Consiglio di Stato non configura un'eccezione alla regola dell'obbligatorio inserimento di tali voci, la mancanza di un apposito spazio nel modulo dell'offerta economica o l'impossibilità del sistema informatico di recepire il costo della manodopera, in quanto "la "materiale impossibilità" di rispettare gli oneri dichiarativi, che dà luogo all'eccezione alla regola dell'esclusione automatica, non deve necessariamente essere riferita al modulo informatico, essendo sufficiente che sia prevista dalla lex specialis altra documentazione concernente l'offerta economica nella quale sia possibile inserire l'indicazione separata dei costi della manodopera" (Cons. Stato, sez. V, 16 giugno 2023, n. 5967);"

A Domanda Rispondiamo



1

Può considerarsi legittima un'offerta economica recante un ribasso pari al 100% ?

Nel Parere di Precontenzioso Anac n. 77 del 03/03/2025, si analizza l'impossibilità di applicazione della formula di attribuzione del punteggio economico prevista nella lex specialis, ossia la formula proporzionale inversa, ad un percentuale di ribasso di tale entità, stabilendo che:

"In difetto di espressi limiti alla percentuale di ribasso ammissibile, la Commissione di gara si deve limitare ad attribuire i punteggi alle offerte economiche secondo le chiare ed univoche prescrizioni del disciplinare di gara, non essendo rimessa alla sua competenza la valutazione in ordine all'ammissibilità e sostenibilità dei singoli ribassi proposti.

- La formula matematica va applicata con ragionevolezza salvaguardando l'interesse dell'amministrazione, senza dare luogo ad inammissibili (in quanto non previste dalla lex specialis) esclusioni dalla gara;

- Sarà invece compito della stazione appaltante verificare, nell'ambito del subprocedimento di anomalia delle offerte, l'attendibilità, serietà e congruità delle offerte presentate, (v. Delibera n. 458 del 16 ottobre 2024)."

2

Quali le conseguenze della cessione di affitto di azienda nei rapporti derivanti dagli appalti pubblici?

La sentenza del Cons. St., Sez. VI, 06.12.2021, n. 8079, ha ricostruito l'assetto normativo della previsione dell'affitto di azienda tra le modifiche soggettive dei partecipanti alle procedure di gara, che se espressamente regolato nel D.Lgs. 163/06, non ha trovato esplicita indicazione nel D.Lgs. 50/16.

Il Consiglio di Stato supera questa interpretazione strettamente letterale, giungendo alla conclusione che la libertà contrattuale degli operatori economici non poteva essere limitata dall'assenza di una disposizione normativa, limitando altresì la partecipazione alle procedure di gara.

"A fronte di un affitto di azienda, pur assistendosi ad una modifica dell'identità giuridica, non viene meno l'identità sostanziale del concorrente, proseguendo in capo all'affittuario la capacità economica e tecnica del candidato iniziale espressa dall'azienda trasferita, rilevante ai fini della qualificazione del concorrente.

La continuità sostanziale dell'impresa, dunque, costituisce un effetto naturale del contratto di affitto di azienda, che, in ragione della sua portata generale, deve poter essere apprezzato non soltanto nelle ipotesi in cui la fattispecie negoziale si realizzi prima dell'indizione della gara, ma anche qualora il contratto sia concluso in sua pendenza da un operatore economico che abbia già assunto la posizione di candidato, offerente o aggiudicatario della procedura di affidamento, consentendosi in siffatte ipotesi il subentro dell'affittuario nella posizione dell'affittante ai fini della partecipazione alla pubblica gara."

3

Quale la corretta modalità di rilascio del CEL in caso di lavori eseguiti in adempimento di contratti attuativi di accordi quadro di cui all'art. 59 del Codice?

Il Comunicato del Presidente Anac del 19 marzo 2025, ha chiarito che "nei casi di contratti attuativi eseguiti dallo stesso operatore economico per un'unica Stazione Appaltante, in un contesto afferente ad un unico sito e con continuità temporale, il RUP, oltre ad emettere un CEL per ogni contratto attuativo, rilascerà successivamente CEL cumulativi, sommando le lavorazioni già certificate con i singoli CEL precedentemente emessi, che saranno annullati e sostituiti da quest'ultimo CEL.

Si ribadisce che la condizione necessaria per poter rilasciare il CEL cumulativo è che le prestazioni relative ai contratti attuativi siano state a tutti gli effetti rese in continuità spazio-temporale o nel medesimo sito.

La soluzione individuata appare idonea a non frustrare le aspettative delle imprese che potranno ottenere il riconoscimento, con i limiti già indicati, dei valori complessivi delle prestazioni eseguite.

Nel concreto, la stazione appaltante per procedere in tal senso dovrà individuare le prestazioni che possono essere completate ed eseguite con sequenzialità temporale o in cantieri localizzati nel medesimo sito.

Tale modalità di emissione sarà consentita a partire dal 1° luglio 2025, attesa la necessità di aggiornare alla nuova modalità di rilascio dei CEL tutti i servizi applicativi in uso."

4

La nomina facoltativa del Direttore dell'esecuzione dà diritto al riconoscimento degli incentivi tecnici?

La questione, unitamente ad altre, è stata oggetto di trattazione in una Deliberazione Corte dei Conti - sez. regionale di controllo per il Veneto 20/1/2025 n. 14, nella quale una nomina facoltativa (quindi non necessaria sulla base dei presupposti normativi), del DEC non può determinare la possibilità di avere gli incentivi.

La nomina e quindi l'assegnazione dell'incarico deve essere motivata quindi quando rientra nell'ambito applicativo previsto dalla norma, questo l'elemento determinante ai fini dell'applicazione degli incentivi.

Negli altri casi, quando la nomina sia riconducibile ad altre motivazioni, il compenso del DEC potrebbe essere rappresentato non dall'incentivo ma, ad esempio, dal risultato o eventualmente dallo straordinario (sempre che ci siano le condizioni legittimanti).

5

Determina l'esclusione dalla procedura di gara la produzione dei giustificativi dell'offerta oltre il termine di 15 giorni concesso dalla Stazione Appaltante?

Secondo la giurisprudenza la mancata o tardiva produzione delle giustificazioni non comporta automaticamente l'esclusione dalla gara, in quanto la stazione appaltante deve comunque valutare l'offerta sulla base della documentazione disponibile (**Cfr. ex multis TAR Trento sentenza n. 53 del 10/03/2025**).

6

Quando utilizzare un formulario Ue per la trasparenza preventiva?

Il formulario per avviso volontario per la trasparenza ex ante, è strettamente legato alla Direttiva 89/665/CEE che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori.

Viene utilizzato quando una amministrazione aggiudicatrice manifesta l'intenzione di concludere un contratto, scaturente da una procedura di aggiudicazione diretta, senza, in pratica, una fase di evidenza pubblica.

La direttiva citata, all'articolo 2 quinquies prevede che il contratto non perde la sua efficacia se l'amministrazione ha adottato una simile procedura in forza di una previsione di legge (quindi solo nei casi previsti dal D.Lgs. 36/2023), abbia successivamente pubblicato l'avviso per la trasparenza ex ante, e siano trascorsi almeno 10 giorni tra la pubblicazione dell'avviso e a stipula del contratto. La disciplina è richiamata all'articolo 209 c.6 del D.Lgs 36/2023.

7

La clausola di revisione prezzi si applica anche alle procedure di affidamento degli incarichi di servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria?

La revisione dei prezzi negli appalti pubblici è un sistema che permette di aggiornare il costo di un contratto pubblico durante la sua esecuzione, in relazione alle variazioni dei prezzi di mercato.

L'intento principale è salvaguardare l'equilibrio contrattuale tra le stazioni appaltanti e le imprese, assicurando che l'appaltatore non subisca perdite economiche a causa di aumenti inattesi dei costi.

Questo sistema è applicabile a tutti gli appalti per lavori, servizi e forniture, tranne nei casi in cui il prezzo sia già stabilito attraverso un meccanismo di indicizzazione. Pertanto, tale clausola è applicabile anche ai servizi tecnici e di ingegneria servizi di natura intellettuale e con connotazione prettamente personale.

Il MIMS, con il Parere n.1455/2022 si è espresso sulla modalità applicativa della clausola di revisione prezzi nell'ambito dei servizi tecnici confermando quanto già aveva precisato l'ANAC nell'atto del Presidente del 27 Luglio 2022. Il MIMS conferma inoltre come l'obbligo in questione trovi applicazione solo in relazione ai contratti ad esecuzione continuata o periodica ovvero che abbiano termine di conclusione distante dalla conclusione del contratto e/o consegna dei servizi/lavori.

Per cui sarebbe corretto non applicare la clausola di revisione ai contratti ad esecuzione istantanea, tra i quali esemplificativamente la progettazione e il coordinamento della sicurezza in fase progettuale, menzionando invece come ad esecuzione periodica o continuativa, la direzione dei lavori e il coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione.

8

La clausola di revisione prezzi viene attivata su istanza di parte o automaticamente dalla Stazione Appaltante?

L'articolo 3 dell'allegato II.2 bis al codice disciplina le modalità di attivazione delle clausole di revisione prezzi.

Si indica che esse debbano essere attivate automaticamente dalla stazione appaltante (anche in assenza di istanza di parte) quando la variazione dell'indice sintetico per gli appalti di lavori, ovvero la variazione dell'indice o del sistema ponderato di indici, per gli appalti di servizi e forniture, supera, in aumento o diminuzione, la soglia del 5% dell'importo originario del contratto, comprensivo dei costi di sicurezza, quale risultante dal provvedimento di aggiudicazione per i servizi e le forniture e del 3% nei lavori.

Sul punto, si chiarisce ulteriormente che le clausole di revisione prezzi si applicano nella misura dell'80% del valore eccedente la variazione di costo del 5% applicata alle prestazioni da eseguire per i servizi e le forniture e nella misura del 90% del valore eccedente la variazione di costo del 3% applicata alle prestazioni da eseguire per le opere.

9

In quale momento occorre verificare i requisiti di esecuzione nel caso in cui la Stazione Appaltante ha collegato a tali requisiti anche l'attribuzione di un punteggio premiale?

Secondo la giurisprudenza euro-unitaria, un'offerta non può essere respinta per il solo motivo che l'offerente non fornisce, al momento della presentazione della sua offerta, la prova che esso soddisfa una condizione di esecuzione dell'appalto.

In linea con tale orientamento, la giurisprudenza ha avuto modo di chiarire che «la scelta dell'amministrazione aggiudicatrice di tradurre una modalità esecutiva delle prestazioni in un criterio di valutazione della qualità tecnica dell'offerta non può essere interpretata come necessità per l'offerente di anticipare alla fase di gara la dimostrazione del possesso o della disponibilità di tutti i mezzi e le risorse per l'esecuzione delle prestazioni programmate (cfr. Corte giust. UE 8 luglio 2021, in causa C-295/20); in tal caso l'offerta tecnica è conforme alla legge di gara se dalla stessa risulta l'impegno dell'offerente a rispettare tali condizioni nella fase esecutiva del servizio; ove possibile e nel rispetto dei principi di buona fede e di correttezza, la disponibilità dei mezzi e delle risorse che hanno formato oggetto di valutazione della qualità dell'offerta tecnica potranno essere accertate dalla stazione appaltante nella fase successiva all'aggiudicazione e antecedente alla stipula del contratto, fermo restando che la inattuazione nel corso dell'esecuzione del contratto non potrà che rilevare come inadempimento ed eventualmente portare alla risoluzione» (ex multis Consiglio di Stato, sez. V, 16 dicembre 2022, n. 11037).

Analisi della sentenza sull'appello della Becton Dickinson Italia S.p.A. (n. 8500/2024): la legittimità della procedura di gara e i principi di equivalenza e sicurezza

IN
PIL
LOLE

La sentenza sul ricorso in appello n. 8500 del 2024, proposta dalla Becton Dickinson Italia S.p.A. contro l'Azienda Regionale per l'Innovazione e gli Acquisti (ARIA) S.p.A. e la Atesmedica.Com S.r.l., offre una rilevante riflessione sulla corretta applicazione delle disposizioni relative alla procedura di gara, i requisiti tecnici richiesti e i principi di equivalenza, oltre che sull'importanza della sicurezza nella fornitura di dispositivi medici.

Il caso concerne la gara indetta da ARIA per la fornitura di pompe per infusione volumetrica multivia, alla quale hanno partecipato diverse aziende, tra cui la Becton Dickinson, risultata inizialmente aggiudicataria, ma successivamente esclusa dalla procedura.

La gara riguardava la fornitura di dispositivi medici per il Servizio Sanitario Regionale della Lombardia, finalizzati alla somministrazione di farmaci tramite pompe per infusione volumetrica multivia. Il lotto 2, oggetto della controversia, si riferiva alla fornitura di pompe e deflussori con specifiche tecniche ben definite, in particolare riguardo alla velocità di infusione regolabile da 0,1 a 999 ml/h per ciascuna via, con l'obiettivo di garantire la sicurezza del trattamento per i pazienti.

La Becton Dickinson, dopo essere stata inizialmente aggiudicataria, è stata esclusa dalla gara da ARIA, che ha ritenuto che la pompa offerta dall'azienda non soddisfacesse il requisito della velocità di infusione, con una limitazione documentata nel manuale d'uso del dispositivo che consigliava di non utilizzare la pompa a velocità superiori a 800 ml/h. Questo

elemento ha portato alla contestazione della decisione, da parte della Becton Dickinson, che ha impugnato l'esclusione, sostenendo che la velocità della pompa era comunque regolabile entro i limiti richiesti, e che il prodotto fosse idoneo alla fornitura.

L'appello presentato dalla Becton Dickinson si basa su due principali motivi:

- **La questione della programmabilità della velocità di infusione:** La Becton Dickinson ha sostenuto che la velocità di infusione non fosse richiesta "indipendentemente" per ciascuna via, ma complessivamente per l'intero dispositivo. Tale interpretazione del capitolato avrebbe dovuto giustificare l'ammissione della sua offerta, anche se la velocità per ciascun canale d'infusione non fosse regolabile in modo indipendente.
- **Il principio di equivalenza applicato all'offerta della Atesmedica.Com:** La Becton Dickinson ha contestato la decisione di ammettere alla gara l'offerta del raggruppamento Atesmedica.Com, che aveva proposto un dispositivo composto da due pompe separate, invece di un'unica pompa multivia. Secondo l'appellante, tale soluzione non sarebbe stata conforme ai requisiti del bando e avrebbe dovuto essere esclusa.

Il Tribunale Amministrativo Regionale (TAR) ha respinto i ricorsi della Becton Dickinson, ritenendo che la pompa offerta dalla stessa non rispettasse i requisiti tecnici richiesti, in particolare per quanto riguarda la velocità di infusione.

La sentenza ha ribadito che il dispositivo doveva garantire la velocità di infusione regolabile per ciascuna via indipendentemente, e che l'inclusione di velocità superiori a 800 ml/h avrebbe comportato il rischio di sottoinfusione, con la conseguente violazione delle norme di sicurezza. La decisione di escludere Becton Dickinson è stata quindi giustificata dalla necessità di garantire la sicurezza dell'infusione a tutte le velocità previste dal capitolato.

Per quanto riguarda la questione del raggruppamento Atesmedica.Com, il TAR ha applicato il principio di equivalenza, ritenendo che il dispositivo proposto da Atesmedica.com soddisfacesse sostanzialmente i requisiti del bando, nonostante la configurazione diversa (due pompe separate invece di un unico dispositivo multivia). La decisione di ammettere tale offerta è stata quindi considerata corretta, in quanto l'ente appaltante aveva valutato che il sistema di pompe separate fosse comunque in grado di svolgere le funzioni richieste, pur non essendo conforme alla lettera esatta delle specifiche tecniche.

Il principio di equivalenza gioca un ruolo centrale in questo caso, in quanto permette una certa flessibilità nell'interpretazione dei requisiti tecnici del bando, purché la soluzione proposta rispetti sostanzialmente le funzioni richieste. In questo caso, il TAR ha ritenuto che la proposta di Atesmedica.com fosse compatibile con i requisiti del bando, nonostante la difformità formale (l'uso di due pompe separate anziché una pompa multivia).

Questo principio si inserisce in una logica più ampia di garantire la massima partecipazione alle gare pubbliche, evitando esclusioni che potrebbero risultare eccessivamente formali o penalizzanti per i concorrenti, seppure senza compromettere la sostanza dei requisiti di sicurezza e funzionalità. La sua applicazione in questo contesto evidenzia la necessità di una valutazione tecnica approfondita che tenga conto non solo della conformità formale, ma anche dell'effettiva idoneità delle soluzioni proposte.

Un aspetto fondamentale di questa controversia riguarda la sicurezza dei dispositivi medici e la tutela della salute dei pazienti. L'avviso di

sicurezza della ditta costruttrice della pompa offerta da Becton Dickinson, che sconsigliava di utilizzarla a velocità superiori a 800 ml/h, ha avuto un ruolo determinante nell'esclusione dell'azienda dalla gara. Questo evidenzia come, in un contesto di fornitura di dispositivi medici, la sicurezza sia una priorità assoluta, e le specifiche tecniche del bando siano concepite proprio per evitare che dispositivi non sicuri possano essere utilizzati per trattamenti clinici.

La valutazione della sicurezza non si limita alla mera conformità alle caratteristiche tecniche, ma implica anche una valutazione pratica sull'effettivo utilizzo del dispositivo, come nel caso della velocità massima impostabile. La protezione della salute dei pazienti giustifica una rigorosa interpretazione delle prescrizioni tecniche, anche a discapito di soluzioni che potrebbero teoricamente rispettare i requisiti numerici senza considerare i rischi pratici legati al loro utilizzo.

L'appello presentato dalla Becton Dickinson Italia contro la sentenza del TAR di Milano è stato respinto, confermando la decisione di escludere l'azienda dalla gara per la fornitura di pompe per infusione volumetrica multivia. Il caso ha evidenziato l'importanza di una rigorosa interpretazione dei requisiti tecnici di gara, con particolare attenzione alla sicurezza dei dispositivi medici offerti, e ha confermato l'applicazione del principio di equivalenza nella valutazione delle offerte. La sentenza, quindi, sottolinea la necessità di bilanciare le esigenze di sicurezza e di concorrenza nelle procedure di gara pubblica, mantenendo al contempo un elevato livello di protezione per i pazienti.

La decisione del TAR riflette l'orientamento verso una protezione rigorosa della salute e della sicurezza, che si traduce in una valutazione approfondita non solo della conformità formale, ma anche della reale idoneità delle soluzioni proposte. In questo contesto, il principio di equivalenza non deve essere interpretato come un mero formalismo, ma come uno strumento che consenta di tutelare l'oggetto della gara e i principi di buon andamento dell'amministrazione pubblica, evitando esclusioni ingiustificate.



MEDIAAPPALTI

Guida pratica in materia di appalti pubblici

Mediappalti ora è disponibile on line

Abbonati su www.mediappalti.it

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

MEDIAAPPALTI

Pubblicità: pubblicita@mediappalti.it

Servizio Abbonamenti: abbonamenti@mediappalti.it

**Medi
Graphic**

Redazione: Mediagraphic s.r.l.

Via Palmitessa, 40 - 76121 Barletta (BT)

Tel. 0883.527171 - Mail: redazione@mediappalti.it

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!