

Rivista mensile - Anno XV, Numero 3

maggio
2025

MEDIA APPALTI

**L'esclusione automatica
delle offerte anomale nel
D.Lgs. 36/2023**

**Appalti pubblici e tutela
"rafforzata" della
manodopera: a due
anni dalla entrata in
vigore del Codice dei
Contratti Pubblici**

**Il subappalto "a cascata"
– Profili normativi
e giurisprudenziali
dell'istituto nel
Nuovo Codice**

**"Guida
pratica
in materia di
appalti pubblici"**

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

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

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

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



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**

**maggio
2025**

Etica

L'innato istinto di migliorare la propria condizione di vita ha sviluppato nell'uomo la necessità di conoscere, sperimentare, esplorare. È nella genetica umana il desiderio di andare oltre. Immaginare qualcosa che non esiste e sviluppare tecnologie che lo rendino tangibile. Una divinazione spesso praticata dagli artisti e poi resa concreta dagli scienziati. Jules Verne nel finire del 1800 già scriveva di energie rinnovabili, interconnessioni, auto elettriche. È grazie a questa indole che ci espone verso l'ignoto per trovare tracce di possibilità, vantaggi, opportunità che l'umanità è in grado di perseguire quell'inarrestabile evoluzione tecnologica che ci permette di compiere oggi azioni fantasticate in passato.

Lo stesso innato istinto al miglioramento che risiede nell'animo umano è incanalato in direzione non altrettanto meritevole. L'uomo, che nel neolitico comincia a riunirsi in comunità perché avverte che la convivenza può semplificare la

propria esistenza, non sfugge alla sua natura di singolo per la quale il proprio bene non può essere sacrificato per il bene comune. Lo vediamo nelle guerre. Lo tocchiamo nelle storie di violenza. Lo viviamo nelle beghe quotidiane, appena mettiamo il piede fuori dalla nostra zona di comfort. Esiste questa necessità di prevalere che ci induce a compiere atti deprecabili con la consapevolezza di commettere ingiustizie. Azioni che ci mettono fuori dalla legge e prima ancora da un comportamento etico. Sul punto è duro Albert Camus per il quale "un uomo senza etica è una bestia selvaggia che vaga libera in questo mondo".

L'etica però non è istintiva, non radica nelle viscere primordiali dell'esistenza, prende forma nell'incontro con l'altro e nella capacità di vedere nell'altro una risorsa e non un ostacolo. L'etica è sostenuta da norme di comportamento che, per essere chiari, è necessario riportare su un codice.

“Un codice etico ci guida nelle decisioni difficili e ci aiuta a mantenere la nostra integrità anche quando è più facile piegarsi alle tentazioni della scorrettezza”, leggiamo nel messaggio di presentazione del Codice Etico Partecipato proposto dalle studentesse e dagli studenti del liceo Alfano I di Salerno nell’ambito del progetto “Ci Conviene” di Trasparency International Italia e ASviS (Alleanza per lo Sviluppo Sostenibile). L’iniziativa che ha coinvolto diversi istituti scolastici e la casa circondariale di Pozzo di Gotto ha il fine di sensibilizzare le giovani generazioni sui temi dell’anticorruzione e della sostenibilità.

Affrontare questi tremi a scuola, anche in classi inferiori a quelle liceali è un dovere dal quale i percorsi formativi non si dovrebbero sottrarre. Il bagaglio culturale che ci porteremo dietro per tutta la vita si forma tra i banchi dei primi anni scolastici. La lotta alla corruzione è un tema che è stato molto caro al compianto Papa Francesco. La sua voce risuona ancora da quel 21 marzo 2015 quando, a Napoli, esortò camorra e criminali: “convertitevi all’amore e alla giustizia”. “La corruzione spuzza”, disse Francesco.

Il fenomeno che corrode le amministrazioni locali è oggi oggetto di uno studio dell’UIF (Unità di Informazione Finanziaria), istituzione che si occupa dell’antiriciclaggio in seno a Bankitalia, con l’obiettivo di mettere a punto un algoritmo in grado, utilizzando tecniche statistiche e di machine learning, di individuare il grado di infiltrazione mafiosa in una pubblica amministrazione. La presenza della criminalità negli uffici comunali provoca storture che si riflettono sulla vita della comunità: servizi inefficaci, assunzioni pilotate, aumento delle tasse. Gli appalti pubblici, gestiti direttamente dalle amministrazioni locali, diventano facile preda di saccheggio.

Non è un caso se il sistema elaborato dall’UIF mostra che “le amministrazioni comunali identificate dal modello come a più alto rischio di infiltrazione sono caratterizzate da livelli di trasparenza negli appalti significativamente inferiori rispetto alle altre amministrazioni”. Lo studio dei dati come antidoto alla corruzione, già in fase sperimentale, affermano gli ideatori, è

da considerare accurato fino 98,2% e si candida a “contribuire all’elaborazione di politiche antimafia più efficaci”.

La corruzione non indossa vestiti sgargianti, è sobria, irricognoscibile. Apparentemente tutto fluisce secondo le regole. Gli esperti dell’UIF lo hanno constatato: amministrazioni insospettabili si sono rivelate infette; sono state tradite proprio dall’analisi dei numeri. Ma può veramente la corruzione sfuggire a tutti? Può essere davvero così elusiva? Lo si stenta a credere. Possiamo ragionevolmente affermare che adulterare la gestione della “cosa pubblica” è tanto più facile quanto più diffusa è l’indifferenza.

Ancora una volta ci tornano alla mente le parole di Bergoglio. Rammaricato affermava che “una cosa che mi fa soffrire molto è la globalizzazione dell’indifferenza, girare la faccia dall’altra parte e dire: ‘A me che importa? Non mi interessa! Non è un mio problema!’”. Ogni problema è di tutti perché in qualche modo ha ripercussioni sulle nostre vite, ignorarli non ci rende immuni. Pur restando nel solo ambito dell’appalto pubblico, lo studio UIF ha dimostrato come le amministrazioni corrotte affidano appalti a imprese colluse gonfiando i prezzi, fagocitando risorse destinate a servizi necessari alla comunità. A ciascuno di noi.

È dunque su questo che si deve agire: contrastare l’indifferenza, farsi veicolo di una cultura della legalità, portavoce di un’etica che ci renda liberi dal primitivo istinto di sopravvivenza, del prevalere a discapito di chi ci vive accanto. Pur essendo lecito pensare a migliorare la propria condizione, accettare di porre dei limiti al libero arbitrio. Evitare che diventi causa di cecità morali. Percepire le possibili ripercussioni che può produrre una decisione e avere il buon senso di correggerle e se il caso rinunciarvi perché, come diceva Maurice Barrès “Non è la ragione che ci dà una guida morale, è la sensibilità”.

di Enzo De Gennaro

sommario

Editoriale

Etica

4

In evidenza

L'esclusione automatica delle offerte anomale nel D. Lgs. 36/2023

7

Sotto la lente

Tra acquiescenza al provvedimento amministrativo (di aggiudicazione) e tempestività del ricorso: al Consiglio di Stato una questione trasversale in punto di sottoscrizione di un Accordo Quadro con più fornitori

17

Hanno collaborato a questo numero:

Claudio Beneduce
Avvocato specializzato in Diritto Amministrativo

Aldo Cimmino
Esperto in appalti pubblici

Pier Luigi Guida
Direttore scientifico della rivista "il Project Manager", partecipa al Comitato Tecnico ISO e coordina il gruppo di lavoro UNI che opera in materia.

Direttore Responsabile
dott. Enzo de Gennaro

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

Responsabile Web
Lorenzo Antonicelli

Responsabile Ufficio Grafico
Leonardo Todisco

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

Maria Antonietta Portaluri
of Counsel dello Studio Legale Stefanelli&Stefanelli - specialista nel settore degli Appalti e Contratti nei Settori Speciali

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

Andrea Stefanelli
Esperto in appalti pubblici di lavori, forniture e servizi, contrattualistica pubblica, concessioni e convenzioni.

Giuseppe Totino
Esperto in appalti pubblici

Stefano Usai
Vicesegretario del Comune di Terralba (Or)

Marco Voza
Avvocato Amministrativista del Foro di Taranto

Il Punto

Appalti pubblici e tutela "rafforzata" della manodopera: a due anni dalla entrata in vigore del Codice dei Contratti Pubblici

24

Revoca del controllo giudiziario per esito positivo della misura e riviviscenza della informazione interdittiva antimafia. Note a margine della Sentenza del Cons. Stato, Sez. III, 10 marzo 2025, n. 1937

31

Il RUP e la decisione a contrarre

38

Il subappalto "a cascata" - Profili normativi e giurisprudenziali dell'istituto nel Nuovo Codice

44

La norma di Project Management UNI ISO 21502 e codice appalti

51

Pareri & Sentenze

61

A Domanda Rispondiamo

67

In pillole

72

Osservatorio sulla Corte dei Conti

L'esclusione automatica delle offerte anomale nel D. Lgs. 36/2023

di Marco Vozza

IN
EVIDENZA

Premessa

L'art. 54 del D. Lgs. 36/2023, modellato sulla base della disciplina emergenziale proposta durante la crisi sanitaria da COVID-19, conferma quello strumento di accelerazione dell'affidamento delle commesse sotto-soglia che è l'esclusione automatica delle offerte anomale per i contratti di lavori e servizi da aggiudicare con il criterio del prezzo più basso e che non presentino caratteristiche tali da poter essere appetibili anche ad operatori economici stranieri.

Si tratta di uno strumento non particolarmente gradito dagli operatori del settore e più volte stigmatizzato anche dalla giurisprudenza comunitaria e che non sempre, tra le altre cose, è garanzia di effettiva accelerazione del processo di aggiudicazione di una commessa, i.e. il risultato che il Legislatore ambisce a perseguire attraverso tale strumento.

Aspetto, questo, che imporrebbe una attenta riflessione sull'istituto, specie se si consideri che non solo lo stesso (istituto) contribuisce a delineare in maniera ancora più marcata la differenza tra la disciplina costruita per i contratti di rilevanza comunitaria e quella, invece, prevista per i contratti sotto-soglia – di fatto due canali che viaggiano a velocità distinte -, ma anche perché sull'altare che dovrebbe proprio garantire la celerità e la semplificazione viene potenzialmente sacrificata una offerta che sia effettivamente conveniente per la committenza pubblica (e che magari l'operatore economico, nell'ambito di quel contraddittorio che invece contraddistingue, in linea generale, la spiegazione del prezzo offerto dal concorrente nell'ambito di una procedura competitiva, sarebbe ampiamente in grado di dimostrare) ma che, in applicazione di meri algoritmi matematici finisce con l'essere meritevole di allontanamento dalla gara.

1. L'esclusione automatica delle offerte anomale nei contratti sotto-soglia

Lo strumento dell'esclusione automatica delle offerte anormalmente basse nell'ambito dell'affidamento dei contratti di lavori e servizi sotto-soglia, rappresenta una deroga al principio del contraddittorio che, invece, come noto, governa la disciplina della verifica di anomalia di una offerta che presenti un prezzo che possa all'apparenza restituire una offerta insostenibile e, dunque, inattuabile dall'operatore economico e, pertanto, pregiudizievole per l'interesse pubblico.

L'art. 110 del D. Lgs. 36/2023 fornisce per l'appunto la disciplina di dettaglio della verifica di anomalia che venga condotta nel contraddittorio con l'operatore economico¹ tanto nei contratti di rilevanza comunitaria quanto in quelli sotto-soglia (per i quali non opererà lo strumento oggetto del presente contributo) descrivendo:

- quale finalità assolve la verifica di anomalia;
- l'iter procedimentale attraverso il quale si gestisce tale *sub*-fase;
- il perimetro del potere concretamente esercitabile dalla Stazione appaltante chiamata ad esprimere, o meno, un giudizio di anomalia dell'offerta presentata in gara da un operatore economico.

In linea generale, dunque, l'operatore economico può giustificare il prezzo offerto, allegando ed illustrando alla committenza pubblica le ragioni che sono in grado di spiegare (i) il perché sia stato possibile offrire proprio quel prezzo e, dunque, (ii) che la stessa (offerta) sia effettivamente realizzabile.

La giurisprudenza amministrativa, sul punto, ha più volte ribadito come *"nel giudizio di anomalia delle offerte è sempre considerato centrale il rispetto del principio del contraddittorio, che impone alla stazione appaltante, prima di procedere all'esclusione dell'offerta, l'attenta valutazione e ponderazione delle giustificazioni presentate dall'impresa "sospettata" di aver presentato un'offerta anormalmente bassa, atteso che l'esclusione automatica o, comunque, non attentamente ponderata di tale offerta rischia di pregiudicare i principi comunitari a tutela della concorrenza e della libertà di impresa. Ciò sia in vigore del D.Lgs. 50 del 2016, sia nell'attuale disciplina dell'art. 110 del D.Lgs. n. 36 del 2023"*².

Ma, come si accennava all'inizio, a tale regola di carattere generale che incentra sul contraddittorio il giudizio di anomalia delle Stazioni appaltanti, si affianca una deroga ricavabile per i soli contratti sotto-soglia e che, invece, si affranca completamente dal concetto di dialogo tra impresa e committente pubblico perseguendo, nello specifico, l'obiettivo del celere affidamento delle relative commesse: tale deroga si sostanzia nell'esclusione automatica delle offerte individuate, attraverso determinati algoritmi matematici, anomale.

1.1 Segue: brevi cenni storici sull'istituto

Si tratta di uno strumento già noto alla disciplina della contrattualistica pubblica: sotto l'egida della previgente disciplina³ lo strumento in questione⁴ era disciplinato dall'art. 97, co. 8 del D. Lgs. 50/2016 il quale, in ragione delle considerazioni espresse dal Consiglio di Stato, prevedeva, nella sua versione originaria

1. In base alla scansione in fasi della procedura di affidamento, per come strutturata dall'art. 17 del D. Lgs. 36/2023, la verifica di anomalia si inserisce nella seconda delle quattro fasi previsti dal Codice dei contratti pubblici e, in particolare, nella fase della scelta del contraente.

2. Cons. Stato, Sez. V, 18/11/2024, n. 9214.

3. Per quel che concerne il D. Lgs. 163/2006, si vedano gli artt. 122, co. 9 per i contratti di lavori sotto-soglia e 124, co. 8 per i contratti di servizi e fornitura sotto-soglia.

4. In un primo momento l'esclusione automatica non era contemplata nella prima stesura del Codice del D. Lgs. n. 50/2016 salvo, poi, ricomparire a seguito del parere del Consiglio di Stato n. 855/2016.

la facoltà – e non l’obbligo –, per la Stazione appaltante di prevedere una clausola di esclusione automatica per le offerte anomale laddove il criterio di aggiudicazione fosse quello del prezzo più basso ed il contratto da affidare fosse inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria.

Una prima modifica allo strumento in questione venne apportata dalla L. n. 55/2019⁵ (la c.d. Sbloccacantieri) con la quale il Legislatore introduceva l’obbligatorietà, in seno ai bandi di gara ed alle lettere di invito, della clausola di esclusione automatica per tutti quei contratti sotto-soglia da aggiudicare con il criterio di selezione del prezzo più basso e che non presentassero carattere transfrontaliero con l’unico limite alla sua operatività nel caso in cui le offerte ammesse fossero in numero inferiore a dieci.

Obbligatorietà della sua previsione in seno alla disciplina di gara, però, non equivaleva ad incondizionata operatività dello strumento in analisi anche in caso di silenzio, sul punto, dei relativi atti di gara.

La giurisprudenza dell’epoca, infatti, ritenne non operante il meccanismo dell’eterointegrazione della *lex specialis*⁶, secondo un ragionamento teso a garantire, comunque, la residua sopravvivenza di un margine di facoltatività da parte della Stazione appaltante circa la decisione di includere, o meno, tra le regole di gara anche quella dell’esclusione automatica delle offerte individuate come anomale in base ai calcoli algebrici previsti per l’individuazione della relativa soglia di anomalia.

Con l’insorgenza della crisi pandemica da COVID-19, il governo varò il D.L. n. 76/2020, poi convertito in L. n. 77/2020, con il quale si prevedeva, nel dichiarato intento di incentivare gli *“investimenti pubblici durante il periodo*

*emergenziale in relazione all’aggiudicazione dei contratti pubblici sotto soglia”*⁷, che le Stazioni appaltanti procedessero all’esclusione automatica delle offerte anomale anche in caso di offerte ammesse pari o superiori a cinque.

Il cambio di rotta era certamente importante:

- non si parlava più di obbligatoria previsione in seno alla disciplina di gara di apposite cause di esclusione automatica delle offerte anomale, ma di obbligatorietà dell’esclusione dei concorrenti che offrissero un prezzo che si ponesse al di sopra della soglia di anomalia individuata dalla Stazione appaltante;
- il numero di offerte ammesse che giustificavano l’immediata operatività del precetto, generale o speciale a seconda solo della sua previsione o meno in seno alla disciplina di gara, scendeva a cinque in luogo dei dieci previsti sino alla disciplina emergenziale.

La *littera legis* ed a monte la volontà del Legislatore di accelerare il più possibile l’affidamento dei contratti sotto-soglia indusse la giurisprudenza amministrativa, salvo quale estemporanea affermazione di segno contrario⁸, a ritenere ciò che già traspariva dalla formulazione letterale della disposizione, i.e. che la regola emergenziale non lasciasse alcun margine di discrezionalità a carico della Stazione appaltante di prevedere o meno clausole di esclusione automatica di offerte anomale, a tal punto da predicarsi anche la suscettibilità di eterointegrazione della disciplina di gara in caso di mancata previsione in seno alla stessa del meccanismo escludente in analisi.

5. Cfr. art. 1, co. 20, lett. u) della L. n. 55/2019.

6. Cfr. TAR Piemonte, n. 240/2020.

7. Così la rubrica dell’art. 1 della L. n. 77/2020.

8. Cfr. TAR Lecce, n. 113/2021.

1.2 Segue: l'attuale disciplina

L'impostazione assunta durante la crisi sanitaria è stata mantenuta, ad eccezione del carattere penetrante della disposizione, anche nel D. Lgs. 36/2023 il quale, caratterizzato (in misura più che diffusa) dalla evidente volontà di semplificazione dell'affidamento dei contratti sotto-soglia, (tra le altre cose) ribadisce ancora una volta l'operatività di una clausola di esclusione automatica delle offerte anomale.

A ben vedere, una novità, anche se di carattere prettamente schematico, si intravede nella sua collocazione in seno alla disciplina codicistica: lo strumento in questione, a differenza di quanto invece accadeva sotto l'egida della previgente disciplina che la prevedeva nel contesto precettivo della verifica di anomalia, è oggi collocato, invece, nella sezione del Codice dei contratti pubblici dedicata all'affidamento dei contratti sotto-soglia ed individua, infatti, il suo referente normativo nell'art. 54, co. 1 a mente del quale *"nel caso di aggiudicazione, con il criterio del prezzo più basso, di contratti di appalto di lavori o servizi di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea che non presentano un interesse transfrontaliero certo, le stazioni appaltanti, in deroga a quanto previsto dall'articolo 110, prevedono negli atti di gara l'esclusione automatica delle offerte che risultano anomale, qualora il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a cinque. Il primo periodo non si applica agli affidamenti di cui all'articolo 50, comma 1, lettere a) e b). In ogni caso le stazioni appaltanti possono valutare la congruità di ogni altra offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa"*.

Il successivo comma 2 del medesimo articolo, poi, illustra le modalità attraverso le quali si individua la soglia di anomalia nell'ambito di una procedura caratterizzata dall'operatività dell'esclusione automatica dell'offerta anomala, prevedendo a sua volta che *"nei casi di cui al comma 1, primo periodo, le stazioni appaltanti indicano negli atti di gara il metodo per l'individuazione delle offerte anomale, scelto fra quelli descritti nell'allegato II.2, ovvero lo selezionano in sede di valutazione delle offerte tramite sorteggio tra i metodi compatibili dell'allegato II.2"*.

Da una piana esegesi del cennato referente normativo, si ricava che affinché operi l'istituto in questione, è necessaria la contestuale presenza dei seguenti elementi:

1. si deve trattare di un contratto sotto soglia;
2. il contratto da affidare deve avere ad oggetto lavori o servizi, di tal guisa da non essere applicabile agli appalti di forniture, quale categoria non espressamente richiamata dal discusso referente normativo;
3. il criterio di aggiudicazione del contratto deve essere quello del prezzo più basso;
4. le offerte ammesse devono essere pari o superiori a cinque;
5. il contratto non deve presentare un interesse transfrontaliero certo.

La soglia di anomalia, invece, viene individuata attraverso uno dei metodi contemplati dall'Allegato II.2 del Codice dei contratti pubblici-----9-----, il quale viene scelto dalla Stazione appaltante ed indicato in seno all'atto indittivo della procedura di affidamento.

9. "Le stazioni appaltanti individuano, ai sensi dell'articolo 54, comma 2, del codice, uno dei metodi, di seguito descritti, per il calcolo della soglia di anomalia, ai fini dell'esclusione automatica delle offerte, nel caso di aggiudicazione con il criterio del prezzo più basso di contratti di appalto di lavori o di servizi.

METODO A

1) Quando il numero delle offerte ammesse è pari o superiore a quindici, la congruità delle offerte è valutata sulle offerte che presentano un ribasso pari o superiore a una soglia di anomalia determinata; al fine di non rendere predeterminabili dagli offerenti i parametri di riferimento per il calcolo della soglia di anomalia, il RUP o la commissione giudicatrice procedono come segue:

a) calcolo della somma e della media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del 10 per cento, arrotondato all'unità superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e quelle di minor ribasso; le offerte aventi un uguale valore di ribasso sono prese in considerazione distintamente nei loro singoli valori; qualora, nell'effettuare il calcolo del 10 per cento, siano presenti una o più offerte di eguale valore rispetto alle offerte da accantonare, dette offerte sono altresì da accantonare;

b) calcolo dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la media calcolata ai sensi della lettera a), esclusi quelli accantonati di cui alla lettera a);

c) calcolo della soglia come somma della media aritmetica e dello scarto medio aritmetico dei ribassi di cui alla lettera b); d) la soglia calcolata alla lettera c) viene decrementata di un valore percentuale, pari al prodotto delle prime due cifre dopo la virgola della somma dei ribassi di cui alla lettera a), applicato allo scarto medio aritmetico di cui alla lettera b);

d) la soglia calcolata alla lettera c) viene decrementata di un valore percentuale, pari al prodotto delle prime due cifre dopo la virgola della somma dei ribassi di cui alla lettera a), applicato allo scarto medio aritmetico di cui alla lettera b).

2) Quando il numero delle offerte ammesse è inferiore a quindici, la congruità delle offerte è valutata sulle offerte che presentano un ribasso pari o superiore a una soglia di anomalia determinata; ai fini della determinazione della congruità delle offerte, al fine di non rendere predeterminabili dagli offerenti i parametri di riferimento per il calcolo della soglia di anomalia, il RUP o la commissione giudicatrice procedono come segue:

a) calcolo della media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del 10 per cento, arrotondato all'unità superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e quelle di minor ribasso; le offerte aventi un uguale valore di ribasso sono prese in considerazione distintamente nei loro singoli valori; qualora, nell'effettuare il calcolo del 10 per cento, siano presenti una o più offerte di eguale valore rispetto alle offerte da accantonare, dette offerte sono altresì da accantonare;

b) calcolo dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la media calcolata ai sensi della lettera a), esclusi quelli accantonati di cui alla lettera a);

c) calcolo del rapporto tra lo scarto medio aritmetico di cui alla lettera b) e la media aritmetica di cui alla lettera a);

d) se il rapporto di cui alla lettera c) è pari o inferiore a zero virgola quindici, la soglia di anomalia è pari al valore della media aritmetica di cui alla lettera a) incrementata del 20 per cento della medesima media aritmetica);

e) se il rapporto di cui alla lettera c) è superiore a zero virgola quindici, la soglia di anomalia è calcolata come somma della media aritmetica di cui alla lettera a) e dello scarto medio aritmetico di cui alla lettera b);

3) Tutti gli sconti superiori alla soglia di anomalia sono automaticamente esclusi. Tra le offerte non escluse, la stazione appaltante individua come vincitrice quella con lo sconto maggiore. Lo sconto di aggiudicazione corrisposto all'impresa aggiudicataria è quello che questa stessa impresa ha presentato. In caso di pareggio tra le offerte di maggior ribasso, il vincitore è deciso con un sorteggio.

METODO B

1) La soglia di anomalia è determinata come segue:

a) calcolo della somma e della media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del 10 per cento, arrotondato all'unità superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e quelle di minor ribasso; le offerte aventi un uguale valore di ribasso sono prese in considerazione distintamente nei loro singoli valori; qualora, nell'effettuare il calcolo del 10 per cento, siano presenti una o più offerte di eguale valore rispetto alle offerte da accantonare, dette offerte sono altresì da accantonare;

b) calcolo dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la media calcolata ai sensi della lettera a), esclusi quelli accantonati di cui alla lettera a);

c) calcolo della soglia come somma della media aritmetica e dello scarto medio aritmetico dei ribassi di cui alla lettera b);

d) calcolo di un valore percentuale pari al prodotto delle prime due cifre dopo la virgola della somma dei ribassi di cui alla lettera a) applicato allo scarto medio aritmetico di cui alla lettera b);

e) calcolo della somma di tutte le cifre, sia prima che dopo la virgola fino al secondo decimale, della somma dei ribassi di cui alla lettera a);

f) la soglia di anomalia è uguale alla soglia di cui alla lettera c):

1. decrementata del valore di cui alla lettera d), nel caso in cui il valore di cui alla lettera e) sia pari;
2. incrementata del valore di cui alla lettera d), nel caso in cui il valore di cui alla lettera e) sia dispari.

2) Tutti gli sconti pari o inferiori alla soglia di anomalia di cui al punto 1), inclusi quelli accantonati nel calcolo di cui al punto 1), lettera a), sono offerte "non anomale".

Tra tutte le offerte "non-anomale", la stazione appaltante individua come vincitrice l'impresa che abbia offerto lo sconto maggiore. Lo sconto di aggiudicazione corrisposto a questa impresa aggiudicataria è pari allo sconto maggiore tra tutti quelli ammessi ed escluso quello dell'impresa aggiudicataria (c.d. "metodo del secondo prezzo"). In caso di pareggio con più offerte identiche allo sconto maggiore, il vincitore è estratto a sorte tra queste offerte e lo sconto di aggiudicazione riconosciuto è pari allo sconto offerto dall'aggiudicataria.

Descrizione del metodo del "secondo prezzo": una volta pervenute le offerte, espresse come sconto rispetto alla base d'asta, la stazione appaltante procede al calcolo della soglia di anomalia come indicato al punto 1) ed esclude tutte le offerte che presentino sconti superiori a tale soglia. Dopodiché, per le offerte individuate come "non-anomale", la stazione appaltante ordina i relativi sconti dal maggiore al minore come $s_1 > s_2 > \dots > s_N$: vince l'impresa con sconto pari a s_1 e lo sconto di aggiudicazione del contratto è pari a s_2 . Nel caso di un pareggio tra due (o più) sconti più alti (ovvero se $s_1 = s_2$), allora l'impresa vincitrice è sorteggiata tra tutte quelle che abbiano offerto lo sconto più alto e lo sconto di aggiudicazione è pari allo sconto offerto da questa stessa impresa.

METODO C

1) L'applicazione di questo metodo richiede che, in via preliminare, la stazione appaltante abbia indicato nel bando di gara o nell'invito di partecipazione lo sconto di riferimento che rappresenta, indicativamente, la soglia di anomalia al netto di una componente randomica dipendente dagli sconti ricevuti. Tale sconto è espresso come percentuale della base d'asta rispetto a cui le imprese formulano i loro sconti e viene individuato o tra i valori riportati nella Tabella A (in PDF) oppure discostandosi da questi e motivando la scelta in base all'esigenza di selezionare un'offerta con caratteristiche di prezzo-qualità congrue con i bisogni della stazione appaltante stessa. In questo secondo caso, la stazione appaltante applica criteri verificabili per determinare lo sconto di riferimento, confrontando i benefici di sconti maggiori con i costi di selezionare un'offerta vincitrice con qualità potenzialmente inferiore.

2) La soglia di anomalia è determinata come segue:

a) calcolo della somma e della media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del 10 per cento, arrotondato all'unità superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e quelle di minor ribasso; le offerte aventi un uguale valore di ribasso sono prese in considerazione distintamente nei loro singoli valori; qualora, nell'effettuare il calcolo del 10 per cento, siano presenti una o più offerte di eguale valore rispetto alle offerte da accantonare, dette offerte sono altresì da accantonare;

b) calcolo dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la media calcolata ai sensi della lettera a), esclusi quelli accantonati di cui alla lettera a);

c) calcolo di un valore percentuale pari al prodotto delle prime due cifre dopo la virgola della somma dei ribassi di cui alla lettera a) applicato allo scarto medio aritmetico di cui alla lettera b);

d) calcolo della somma di tutte le cifre, sia prima che dopo la virgola fino al secondo decimale, della somma dei ribassi di cui alla lettera a);

e) la soglia di anomalia è uguale allo sconto di riferimento di cui al punto 1):

1. decrementata del valore di cui alla lettera c), nel caso in cui il valore di cui alla lettera d) sia pari;
2. incrementata del valore di cui alla lettera c), nel caso in cui il valore di cui alla lettera d) sia dispari.

3) Tutti gli sconti superiori alla soglia di cui alla lettera e) del punto 2) sono automaticamente esclusi. Tra le offerte non escluse, incluse quelle inizialmente accantonate per il calcolo di cui alla lettera a), la stazione appaltante individua come vincitrice quella con lo sconto maggiore. Lo sconto di aggiudicazione corrisposto all'impresa aggiudicataria è quello che questa stessa impresa ha presentato. In caso di pareggio tra le offerte di maggior ribasso, il vincitore è deciso con un sorteggio. Se tutte le offerte presentate sono anomale, la stazione appaltante valuta l'effettiva anomalia in contraddittorio".

Come già diffusamente chiarito dalla giurisprudenza amministrativa, infatti, *“l’art. 54 del d.lgs. 36/2023 ha previsto per gli appalti sotto la soglia di rilevanza comunitaria un’espressa deroga al procedimento di verifica dell’anomalia dell’offerta, disciplinato dal successivo art. 110, purché: l’appalto abbia a oggetto lavori e servizi, l’aggiudicazione avvenga con il criterio del prezzo più basso, il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a cinque, l’importo della commessa sia inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria e non vi sia un interesse transfrontaliero certo. In caso di sussistenza di tutti i requisiti de quibus la stazione appaltante è tenuta a inserire nella lex specialis di gara l’espressa previsione che, qualora le offerte siano pari o superiori a cinque, si procederà all’esclusione automatica delle proposte anomale e, qualora non opti per il sorteggio, il metodo prescelto per il calcolo della soglia di anomalia, che dovrà essere individuato tra i tre previsti dall’allegato II. 2 del codice”*¹⁰.

Nulla quaestio in ordine ai primi quattro elementi, considerato che:

- le soglie di rilevanza comunitaria sono quelle indicate dall’art. 14¹¹;
- il criterio di aggiudicazione¹² del prezzo più basso è quello in cui viene in rilievo la sola componente economica, senza la presentazione di alcuna offerta tecnica;

- per offerte ammesse si intendono quelle che siano in possesso dei requisiti di partecipazione e delle quali possa essere aperta l’offerta economica.

Più complicato, invece, è il discorso relativo all’interesse transfrontaliero per il quale, a differenza degli altri elementi, non soccorre alcuna definizione elaborata dal Legislatore all’interno del D. Lgs. 36/2023 ovvero che sia prevista in altra disciplina.

Nel corso degli anni La CGUE e la giurisprudenza sovranazionale¹³ (e di riflesso quella domestica), hanno individuato una serie di criteri sintomatici in grado di restituire l’effettività attrattività ultranazionale di una determinata commessa e, di conseguenza, la sussistenza in concreto dell’interesse transfrontaliero certo.

Si assiste, nella sostanza, ad una valutazione di merito che può avvenire sulla base di una serie di elementi quali:

- il valore effettivo della commessa, di certo più appetibile laddove, ancorché non esorbitante il limite della soglia di rilevanza comunitaria, risponda ad una valutazione economica comunque importante;
- la collocazione territoriale del luogo di esecuzione della commessa, di certo

10. T.A.R. Piemonte Torino, Sez. I, 15/05/2024, n. 514.

11. *“Per l’applicazione del codice le soglie di rilevanza europea sono: a) euro 5.538.000 per gli appalti pubblici di lavori e per le concessioni; b) euro 143.000 per gli appalti pubblici di forniture, di servizi e per i concorsi pubblici di progettazione aggiudicati dalle stazioni appaltanti che sono autorità governative centrali indicate nell’allegato I alla direttiva 2014/24/UE; se gli appalti pubblici di forniture sono aggiudicati da stazioni appaltanti operanti nel settore della difesa, questa soglia si applica solo agli appalti concernenti i prodotti menzionati nell’allegato III alla direttiva 2014/24/UE; c) euro 221.000 per gli appalti pubblici di forniture, di servizi e per i concorsi pubblici di progettazione aggiudicati da stazioni appaltanti sub-centrali; questa soglia si applica anche agli appalti pubblici di forniture aggiudicati dalle autorità governative centrali che operano nel settore della difesa, quando gli appalti concernono prodotti non menzionati nell’allegato III alla direttiva 2014/24/UE; d) euro 750.000 per gli appalti di servizi sociali e assimilati elencati all’allegato XIV alla direttiva 2014/24/UE. Nei settori speciali le soglie di rilevanza europea sono: a) euro 5.538.000 per gli appalti di lavori; b) euro 443.000 per gli appalti di forniture, di servizi e per i concorsi pubblici di progettazione; c) euro 1.000.000 per i contratti di servizi, per i servizi sociali e assimilati elencati nell’allegato XIV alla direttiva 2014/24/UE”.*

12. Cfr. art. 107 del D. Lgs. 36/2023.

13. Cfr. Comunicazione della Commissione Europea 2006/C 179/02. Cfr. anche sentenze del 15 maggio 2008 SECAP e Santorso, C-147/06 e C-148/06, EU: C2008:277; 11/12/2014 C-113/13, EU:C:2014:2440; 18/12/2014, C-470/13, EU:C:2014:269; 16/04/2015, C-278/14, EU:C:2015:228.

maggiormente attrattiva se più vicina ai confini territoriali, in modo tale da rendere più agevole la presenza *in loco* dell'operatore economico estero ma, soprattutto, maggiormente conveniente sotto il profilo economico;

- il contenuto tecnico della commessa, all'evidenza rispondente dell'interesse (anche) dell'operatore economico estero ad ampliare non solo il novero di clienti ma anche il *background* di competenze da spendere globalmente.

Un giudizio che sia orientato verso la sussistenza di una attrattività ultranazionale della commessa da appaltare, fa sì che la Stazione appaltante non possa prevedere – proprio perché la prestazione pretesa è di interesse comunitario per ragioni che si pongono al di fuori del canonico schema prettamente economico –, in seno alla legge di gara l'operatività di tale istituto la cui inclusione, infatti, condurrebbe (o, per meglio dire, potrebbe condurre) ad un sindacato di illegittimità della relativa clausola in ipotesi di sua applicazione ad opera della committenza pubblica.

Proprio in ordine alla effettiva legittimità di una clausola di esclusione automatica ed alla presupposta valutazione circa la sussistenza di un interesse transfrontaliero¹⁴, la giurisprudenza amministrativa si è soffermata:

- sulla differenza tra il valore della commessa e la soglia di rilevanza comunitaria per lo specifico contratto. Tanto minore è, infatti, il distacco tra i due parametri economici (i.e. quanto più il contratto sotto-soglia è vicino alla rilevanza comunitaria), quanto potenzialmente maggiore sarà

l'attrattività della commessa per gli operatori economici stranieri;

- sulla distanza geografica del luogo di esecuzione dell'appalto rispetto ai confini nazionali: anche in questo caso, si è evidenziato come una distanza di poche centinaia di chilometri tra il luogo di esecuzione della commessa ed il confine interno potesse giustificare l'appetibilità dello stesso appalto anche in termini di potenziale partecipazione di operatori economici esteri;
- la qualità delle prestazioni da eseguire.

La contestuale ricorrenza di queste condizioni – che la Stazione appaltante deve compiutamente svolgere priva dell'avvio dell'intervento pubblico –, fa sì che l'appalto da affidare, ancorché privo di rilevanza comunitaria, possa comunque godere di un interesse transfrontaliero certo, che giustifica l'impossibilità per la Stazione appaltante di introdurre in seno alla disciplina di gara la relativa clausola.

2. La necessaria previsione della clausola di esclusione automatica in seno alla disciplina di gara

Quid iuris, in caso di silenzio della disciplina di gara circa l'operatività, o meno, della clausola di esclusione automatica?

Come si è detto in precedenza, sotto l'egida della disciplina emergenziale la giurisprudenza amministrativa aveva chiarito che la regola dell'esclusione automatica operasse anche in ipotesi di mancata sua previsione all'interno della disciplina di gara da parte della Stazione appaltante¹⁵.

14. T.A.R. Lombardia,

15. Si veda, a mero titolo esemplificativo, TAR Piemonte, n. 736/2020: "conformemente ai principi generali vigenti in materia di contrattualistica pubblica, nelle gare per l'affidamento degli appalti sotto soglia l'applicazione, da parte della stazione appaltante, dell'esclusione automatica delle offerte sospettate di anomalia prevista dal decreto semplificazioni, qualora, come nella specie, il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a cinque, non deve essere appositamente enunciata e motivata negli atti costituenti la disciplina di gara, in quanto, diversamente opinando, si svaluterebbe indebitamente il principio di eterointegrazione legislativa della stessa disciplina di gara e si minerebbe l'obiettivo, posto alla base della normativa emergenziale del 2020, di celerità delle procedure di scelta del contraente".

La finalità di accelerare al massimo l'affidamento delle commesse pubbliche prive di rilevanza comunitaria in vista di una riattivazione degli investimenti pubblici durante il periodo emergenziale, ha fatto sì che il Legislatore non lasciasse alcun margine di discrezionalità in capo alle Stazioni appaltanti circa la necessaria previsione, o meno, di una clausola di esclusione automatica delle offerte individuate anomale dalla stessa committenza pubblica.

Con riferimento alla disciplina vigente, una recentissima pronuncia del TAR Lazio¹⁶ ha chiarito ciò che in realtà già traspare dalla chiara formulazione letterale dell'art. 54 del D. Lgs. 36/2023, ovverosia che in caso di silenzio della disciplina di gara sull'operatività dell'istituto in questione, non possa operare il meccanismo di eterointegrazione della *lex specialis* ad opera del cennato referente normativo, essendo comunque sempre necessaria l'espressa inclusione, in seno alla legge di gara, della clausola in argomento.

Tanto, si badi, anche e soprattutto in adesione del più che condivisibile principio del *clare loqui* da parte della Stazione appaltante¹⁷, espresso, sulla scia della giurisprudenza sovranazionale, dalla nota pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 19/2016 che riteneva illegittima l'esclusione dei concorrenti ad una procedura di affidamento avvenuta sulla base dell'imposizione di regole non espresse in maniera chiara, precisa ed univoca in seno all'atto indittivo della medesima procedura¹⁸.

3. Considerazioni finali

Lo strumento sin qui analizzato, per quanto assolva una finalità in parte anche meritoria – l'ambizione, come si è avuto modo di constatare, è quella di rendere il più snello e celere possibile l'iter di affidamento dei contratti sotto-soglia, quale percorso che emerge *ictu oculi* nel Codice dei contratti pubblici del 2023 –, considerata anche l'intelaiatura dell'intero D. Lgs. 36/2023, che si affranca dall'impostazione burocratica tipica della previgente disciplina per abbracciarne una invece improntata al perseguimento del risultato (in linea, più in generale, con il passaggio da una Pubblica Amministrazione mera esecutrice delle disposizioni di legge ad una Pubblica Amministrazione di risultato) non appare proprio coerente con tale assetto.

Sotto tale angolo prospettico, infatti, può non venire in rilievo ciò che viene sacrificato – o, per meglio dire, ciò che il Legislatore è pronto a sacrificare –, in nome della ragioni di speditezza, accelerazione e semplificazione proprie dell'affidamento dei contratti sotto-soglia: la possibilità di approvvigionarsi di una prestazione che sia qualitativamente in linea con gli standard richiesti, ed al contempo particolarmente conveniente, sotto il profilo economico, per la Stazione appaltante.

Affidare l'individuazione della soglia di anomalia nei contratti interessati dall'operatività della clausola di esclusione automatica a mere operazioni algebriche ed al contempo conseguire

16. T.A.R. Lazio, Sez. II-bis, 01 aprile 2025, n. 6479.

17. Cfr. sentenza 2 giugno 2016, C-27/15, Pippo Pizzo, della CGUE, ove si afferma che "il principio di parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza devono essere interpretati nel senso che ostano all'esclusione di un operatore economico da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico in seguito al mancato rispetto, da parte di tale operatore, di un obbligo che non risulta espressamente dai documenti relativi a tale procedura o dal diritto nazionale vigente, bensì da un'interpretazione di tale diritto e di tali documenti nonché dal meccanismo diretto a colmare, con un intervento delle autorità o dei giudici amministrativi nazionali, le lacune presenti in tali documenti. In tali circostanze, i principi di parità di trattamento e di proporzionalità devono essere interpretati nel senso che non ostano al fatto di consentire all'operatore economico di regolarizzare la propria posizione e di adempiere tale obbligo entro un termine fissato dall'amministrazione aggiudicatrice".

18. Si veda Luca R. Perfetti, "Codice dei contratti pubblici commentato", pg. 336, Vicenza, 2023.

l'effetto di allontanare immediatamente l'operatore economico che con la rispettiva offerta si ponga al di sopra di tale soglia, rischia di precludere alla committenza pubblica la possibilità di approvvigionarsi di una prestazione ottimale ad un prezzo che sia assolutamente competitivo poiché quell'operatore economico è in grado, grazie al proprio ciclo aziendale, di conseguire economie di scala in grado di produrre benefici per i suoi clienti restituiti in termini di maggiore convenienza economica delle offerte che va a formulare.

Argomenti, questi, che però, pur essendo effettivamente sussistenti, non possono essere proiettati all'esterno per effetto di una regola che, ove prevista, staggisce con l'automatico allontanamento dalla gara quell'operatore economico che, pur potendoselo permettere, ha formulato una offerta che si pone al di sopra della soglia di anomalia.

E tale risultato non appare propriamente in linea con quel vero e proprio obbligo di risultato che caratterizza l'azione delle Stazioni appaltanti, chiamate a perseguire, *expressis verbis* per quanto previsto dall'art. 1 del D. Lgs. 36/2023, *"il risultato dell'affidamento del contratto e della sua esecuzione con la massima tempestività e il miglior rapporto possibile tra qualità e prezzo, nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza"*.

Se a questo si aggiunge, poi, che se accelerare vuol dire, in linea con gli impegni assunti a livello europeo¹⁹, conseguire un livello di rapidità decisionale²⁰ importante e, dunque, accorciare i tempi che conducono dalla presentazione dell'offerta alla stipula del contratto, non è detto che tale strumento possa essere effettivamente in grado di garantire tale specifico risultato.

Si pensi, ad esempio, ai casi in cui si metta in discussione la legittimità della clausola di esclusione automatica contenuta all'interno della disciplina di gara sulla base della cui applicazione è stata disposta in danno dell'operatore economico l'esclusione dalla procedura di affidamento, deducendo in sede processuale l'illegittima sua inclusione all'interno della *lex specialis* poiché la commessa da affidare presenta carattere transfrontaliero.

In questo caso si sarebbe al cospetto di una (non proprio agevole) valutazione di merito sull'effettiva sussistenza degli indici sintomatici di un interesse transfrontaliero che potrebbe condurre, in caso di condivisione degli argomenti esposti dall'operatore economico, ad un prolungamento dei tempi di conclusione della procedura o di stipula del contratto che tutto vuol dire, tranne che effettiva celerità e speditezza dell'azione della Stazione appaltante, in astratto perseguita proprio attraverso lo strumento sin qui analizzato.

19. Si veda, sul punto, il Milestone n. M1C1/84-bis.

20. Rapidità decisionale intesa come forbice temporale che intercorre tra la presentazione dell'offerta e la stipula del contratto.

Tra acquiescenza al provvedimento amministrativo (di aggiudicazione) e tempestività del ricorso: al Consiglio di Stato una questione trasversale in punto di sottoscrizione di un Accordo Quadro con più fornitori

di Antonio Ragazzo

SOTTO
LA
LENTE

Premessa

Il 'cantiere sempre aperto' delle pubbliche commesse impone agli operatori che quotidianamente ne fanno parte di confrontarsi con questioni e dinamiche complesse, spesso di carattere trasversale.

Non fa eccezione a questo assunto la sentenza del giudice amministrativo¹ oggetto di approfondimento in questa sede che, nel dirimere una controversia instaurata in occasione della partecipazione di due operatori ad una procedura conclusa mediante la stipula di un accordo quadro, si lascia apprezzare per completezza e ampiezza di respiro relativamente a temi tra loro diversi e, tuttavia, accomunati per le implicazioni pratiche che hanno determinato.

Come meglio si avrà modo di dire, infatti, nel pronunciamento in questione, per valutare la fondatezza della pretesa del ricorrente all'annullamento dell'aggiudicazione, il giudicante ha potuto (e dovuto) percorrere vie argomentative eterogenee.

Così, dallo studio delle ripercussioni – in punto di interesse a ricorrere – conseguenti all'eventuale sottoscrizione di un accordo quadro che solo per una quota parte è stato aggiudicato al ricorrente, l'attenzione si è spostata sulla diversa tematica afferente la tempestività del ricorso nel caso di asserita carenza documentale concomitante con l'avviso di aggiudicazione al secondo graduato.

1. Cons. St., sez. III, 17 marzo 2025, n. 2185.

1. Il fatto

La controversia da cui origina il pronunciamento in questione afferisce ad una procedura aperta sopra soglia comunitaria per la conclusione di accordi quadro, per la fornitura di guanti medicali e dispositivi di protezione individuale per aziende ed enti di un servizio sanitario regionale; gara bandita nella vigenza del D. Lgs. 50/2016.

Come pure non manca di evidenziare il giudice in sentenza, va subito sottolineato il dato che, per quanto attiene agli accordi quadro interessati dalla procedura, lo stesso capitolato normativo prevede(va) che *“per il lotto n.11 [fossero] individuati, utilizzando la graduatoria di gara, n.2 operatori economici con cui stipulare l’Accordo Quadro secondo la seguente suddivisione: - nel caso di due aggiudicatari: il 60% delle quantità/importo totali riferito all’Impresa prima in graduatoria, 40% delle quantità/importo totali riferito all’Impresa seconda in graduatoria”*.

La procedura, in questo senso, e come pure si legge in sentenza, prevede(va) la stipula – pertanto – di accordi mono-fornitori e, almeno per uno dei vari lotti (il numero 11), pluri-fornitori.

Ciò posto, la società ricorrente ha impugnato, relativamente al lotto in discorso, la determinazione dirigenziale con la quale veniva disposta l’aggiudicazione definitiva a favore della controinteressata, dal momento che, la stessa ricorrente, classificatasi in seconda posizione, in applicazione della citata clausola del capitolato, si era vista aggiudicare la fornitura per una percentuale del 40%; in luogo di quella riconosciuta, invece, alla prima graduata – controinteressata – che si era vista aggiudicare la commessa per il corrispondente valore ulteriore del 60%.

La ricorrente che, come pure meglio si dirà appresso, ai fini della tempestività del ricorso

evidenziava di aver potuto rilevare i vizi dedotti nel gravame solo a seguito dell’accesso (parzialmente) consentito dalla stazione appaltante in data successiva rispetto a quella di pubblicazione dell’aggiudicazione, articolava plurime censure.

Per quanto attiene specificatamente in questa sede, basti rilevare che, la stessa, lamenta(va) l’errata valutazione dell’offerta tecnica presentata dalla società graduata in prima posizione. E, più nel dettaglio, che tale censura mira(va) a contestare in particolar modo le valutazioni condotte dalla Commissione giudicatrice con riferimento a due elementi valutativi dell’offerta tecnica – attinenti, rispettivamente, ai *“Piani di sostenibilità ambientale”* e ai *“Piani di sostenibilità dell’etica del lavoro”*.

Tra l’altro, e anche ai fini dell’ergonomia del presente commento, mette conto evidenziare pure che, nel caso di specie, la Commissione giudicatrice si era anche fatta assistere da un consulente esterno e che, più esattamente, muovendo dal contenuto della relazione tecnica da quest’ultimo rilasciata, la stessa Commissione aveva attinto nel formulare le proprie determinazioni ai fini dell’attribuzione dei coefficienti e dei successivi punteggi alle offerte tecniche dei concorrenti interessati: la relazione in argomento era stata poi prodotta come allegato assieme ai verbali ed alla determina di aggiudicazione nel febbraio del 2024.

Simili censure sono state puntualmente sconfessate dal tribunale di merito² che, senza mancare, tra l’altro e preliminarmente, di evidenziare la tardività (su cui meglio *infra*) del gravame proposto, ha comunque statuito l’infondatezza e l’inammissibilità delle censure formulate. Alla sentenza, che ha quindi rigettato le domande proposte, articolando rilievi non innovativi, veniva proposto appello.

2. T.A.R. Toscana, 17 luglio 2024, n. 17.

2. L'acquiescenza ricavata dalla sottoscrizione dell'Accordo Quadro.

La sentenza del Consiglio di Stato, a differenza di quanto accaduto in sede di merito, si confronta anzitutto con una eccezione sollevata dalla controinteressata, e relativa alla dimostrazione della "acquiescenza [in tesi] manifestata dalla ricorrente per effetto della sottoscrizione, in data 9 aprile 2024, dell'Accordo Quadro [...] [che, la stessa,] essendosi collocata in seconda posizione nella graduatoria conclusiva della gara, si [era] aggiudicata [...] per il 40% delle quantità/importo totali", giusta Capitolato normativo.

Da tale eccezione, secondo l'incedere della controinteressata, deriverebbe la assenza di un reale interesse – che, lo si ricorda, è condizione indefettibile dell'azione giudiziaria in sede amministrativa – ad agire e, pertanto, conseguirebbe la inammissibilità del ricorso introduttivo.

Ora, al fine di meglio comprendere le ragioni che hanno condotto i giudici di Palazzo Spada a ritenere ammissibile il rilievo di parte in discorso può essere utile concentrare l'attenzione sull'istituto dell'Accordo Quadro e, più nello specifico, sulla disciplina che – nei tratti essenziali rimasta immutata³ nel passaggio tra i due Codici – allo stato la normativa contempla.

L'istituto, disciplinato dall'art. 59 del D. lgs. 36/2023, prevede al primo comma che "le stazioni appaltanti possono concludere accordi quadro di durata non superiore a quattro anni, salvo casi eccezionali debitamente motivati, in particolare con riferimento all'oggetto dell'accordo quadro. [...]" e, ancora, che "l'accordo quadro indica il valore stimato dell'intera operazione contrattuale", senza che "in ogni caso la stazione appaltante [possa] ricorrer[vi] [...] in modo da eludere l'applicazione del codice o in modo da ostacolare, limitare o distorcere la concorrenza." A conclusione del comma, si prevede poi che "in particolare, e

salvo quanto previsto dai commi 4, lettera b), e 5 ai fini dell'ottenimento di offerte migliorative, il ricorso all'accordo quadro non è ammissibile ove l'appalto consequenziale comporti modifiche sostanziali alla tipologia delle prestazioni previste nell'accordo".

Il Correttivo, tra l'altro, è intervenuto al primo comma, prevedendo – condivisibilmente – che nei casi ivi previsti "la decisione a contrarre di cui all'articolo 17, comma 1, indica le esigenze di programmazione sulla base di una ricognizione dei fabbisogni di ricorso al mercato per l'affidamento di lavori, servizi e forniture" e, per il caso peculiare di cui al comma 4, lettera a), relativo alla stipula di un accordo con più operatori secondo le modalità normativamente previste a quella lettera, che "la decisione a contrarre indica altresì le percentuali [n.d.a. come, ad esempio, nel caso oggetto della presente analisi] di affidamento ai diversi operatori economici al fine di assicurare condizioni di effettiva remuneratività dei singoli contratti attuativi".

Sempre l'art. 59, al comma successivo, afferma che "gli appalti basati su un accordo quadro sono aggiudicati secondo le procedure previste dal[lo] [stesso] [...] articolo, applicabili tra le stazioni appaltanti, individuate nell'indizione della procedura per la conclusione dell'accordo quadro, e gli operatori economici selezionati in esito alla stessa" e che "non possono in sede di appalto apportarsi modifiche sostanziali alle condizioni fissate nell'accordo quadro [stesso]".

La lettura del secondo comma chiarisce un aspetto, nella prassi forse a volte adombrato, non irrilevante: l'Accordo Quadro figura come 'il punto di arrivo' della procedura selettiva volta ad individuarne il (o i) sottoscrittore(i) secondo le regole previste ai commi 3 e 4 dell'art. 59; ed è nella cornice di regole tracciate da tale Accordo che poi vengono aggiudicati diversi, ulteriori e singoli appalti che, per richiamare il dato letterale della norma di cui poc'anzi, sull'Accordo Quadro stesso sono "basati".

3. Si veda per il vecchio Codice l'art. 54 del D. Lgs. 50/2016.

Dal punto di vista civilistico l'Accordo stipulato tra le parti – Stazione Appaltante ed Operatori Economici – assume, a tutti gli effetti, i connotati di un contratto normativo volto a delimitare i confini entro cui le parti saranno poi chiamate a regolare le ulteriori pattuizioni successive mediante la stipula di cc.dd. "contratti attuativi".

L'espressione è utilizzata anche dal Legislatore che, in considerazione dell'importanza pratica rivestita da tali aspetti, nel regolare la fase di attuazione dell' Accordo Quadro a monte, avverte l'esigenza di specificare come "quando in fase di stipula dei contratti attuativi dell'accordo non sia possibile preservare l'equilibrio contrattuale e non risulti possibile ripristinarlo mediante una rinegoziazione secondo oggettiva buona fede, ai sensi dell'articolo 12, comma 1, lettera b), è fatta salva la facoltà dell'operatore economico o della stazione appaltante di non procedere alla stipula". Si aggiunge, ancora, che "quando in fase di esecuzione dei singoli contratti attuativi dell'accordo non sia possibile preservare l'equilibrio contrattuale e non risulti possibile ripristinarlo mediante una rinegoziazione secondo oggettiva buona fede, è fatta salva la facoltà della stazione appaltante o dell'appaltatore di invocare la risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta, fermo restando quanto previsto dall'articolo 122, comma 5, del codice".

La natura civilistica di accordo normativo propria dell'Accordo Quadro di cui si è detto, come anticipato, consente di comprendere più agevolmente le conclusioni a cui è pervenuto nel caso di specie il giudice amministrativo nel trattare l'eccezione di acquiescenza già richiamata.

Come sottolinea il giudice "giova [...] evidenziare, in punto di fatto, che la sottoscrizione dell'Accordo Quadro da parte della ricorrente è avvenuta in data 9 aprile 2024, ovvero prima della proposizione del ricorso originario (notificato alle controparti in data 18 aprile 2024)".

In linea con la natura giuridica dell'Accordo "la sottoscrizione del contratto, [che] costitu[isce] tipica manifestazione della volontà negoziale del contraente, è per definizione libera" e non può certo "ritenersi coartata dalla adozione del presupposto provvedimento di aggiudicazione" che, invece, ha "la [sola] funzione di legittimare l'aggiudicataria ad instaurare la relazione contrattuale con la stazione appaltante".

Se questo è, allora, "ne consegue che, sottoscrivendo il contratto – che prevedeva una ripartizione della fornitura, coerente con la posizione conseguita nella graduatoria conclusiva dalla aggiudicataria, non soddisfattiva delle sue aspettative – la ricorrente ha inequivocabilmente accettato gli effetti del provvedimento di aggiudicazione successivamente impugnato, prestandovi di fatto integrale quanto consapevole acquiescenza."

In altri termini ancora, mediante la libera manifestazione della propria autonomia negoziale, la ricorrente, decidendo di stipulare l'Accordo, pur se nei limiti del 40% aggiudicato, ha, per un verso, dato luogo a conseguenze di tipo squisitamente civilistiche (facilmente intuibili) e, per altro verso, dato luogo anche a conseguenze di matrice amministrativa non trascurabili, in linea con quell'insegnamento giurisprudenziale che, pure richiamato in sentenza, insegna che "l'acquiescenza al provvedimento amministrativo, in linea di principio, è ravvisabile in presenza di atti o comportamenti univoci, posti liberamente in essere dal destinatario dello stesso, tali da dimostrare la chiara e inconfutabile sua volontà di accettarne gli effetti e l'operatività"⁴.

Alla luce di ciò, allora, come chiosa lo stesso Consiglio di Stato, "non rileva in senso contrario evidenziare, come fa la ricorrente [...], che essa, pur dopo la sottoscrizione dell'Accordo Quadro, [avrebbe] conserva[to] l'interesse all'esecuzione della fornitura nella maggiore percentuale del 60%", poiché con la sottoscrizione dell'accordo, essa ricorrente ha invece dimostrato "di volere

4. Cons. St., Sez. V, 29 aprile 2024, n. 3853.

accettare gli effetti, per quanto fin da quel momento lesivi del [preteso] interesse [alla quota maggiore], dell'impugnato provvedimento di aggiudicazione".

Il ricorso introduttivo del giudizio doveva in sostanza, già per questa ragione, essere dichiarato inammissibile.

3. La tempestività delle censure (in rapporto alla Adunanza plenaria 2020, n.12 e al caso peculiare di specie).

La sentenza in commento, riconosciuta la inammissibilità del gravame per assenza di interesse a ricorrere, non si sottrae dal confronto argomentativo relativo alla pretesa (in)tempestività del gravame che pure era stato già oggetto di considerazione in sede di merito.

Più chiaramente, già in primo grado il T.A.R. era stato già chiamato a confrontarsi con tale censura e la aveva risolta nel senso che, effettivamente, dal momento che le doglianze promosse erano state "formulate sulla base dei soli verbali allegati alla determina di aggiudicazione"; in considerazione del fatto che detta documentazione era stata "messa a disposizione della ricorrente già a partire dal 20 febbraio 2024", allora, certamente non avrebbe potuto dirsi tempestivo il deposito del ricorso successivo al canonico termine ridotto di 30 giorni valevole per le procedure d'appalto – ricorso depositato, per comodità di lettura, nella giornata del 18 aprile 2024.

Sulla farsa riga di quanto sostenuto dal 'collega' di *primae curae*, come anticipato, anche il Consiglio di Stato non perde l'occasione per evidenziare la intempestività dell'impugnativa originaria e, anzi, contestualmente – per quanto qui interessa – si impegna a meglio chiarire il perimetro applicativo del 'suo' noto insegnamento in tema di 'dilazione temporale' dei termini a ricorrere nel caso di parziale produzione documentale in materia di appalti – per cui si rimanda ad Adunanza Plenaria n. 12 del 2020.

Il ricorrente, infatti, aveva insistito in entrambi i gradi di giudizio, sostenendo la piena legittimità della propria iniziativa processuale, giustificandola, ai fini e per l'impostazione della propria difesa, con l'impellente esigenza di disporre di ulteriore documentazione tecnica rispetto a quella messa a disposizione nel 20 febbraio 2024. La stessa documentazione, messa a disposizione solo successivamente – il giorno 19 marzo 2024 – darebbe ragione, secondo la tesi sposata, del deposito oltre il termine di 30 giorni.

In quest'ottica, e sempre secondo il ricorrente, la necessità di attendere la produzione di ulteriore documentazione rispetto a quella ostesa in sede di pubblicazione dell'aggiudicazione, sarebbe resa evidente dacché "la verifica della ragionevolezza e/o irragionevolezza delle valutazioni compiute dalla Commissione, per essere effettiva e non meramente presuntiva, [avrebbe] reso imprescindibile conoscere la documentazione tecnica dell'aggiudicataria" onde evitare "ragionando diversamente, che [la stessa ricorrente si mettesse nella condizione di proporre un ricorso "al buio", nel solco di una prassi che l'intervento nomofilattico della Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato di cui alla sentenza 2 aprile 2020, n. 10, ha [invece] inteso contrastare".

La apparente persuasiva difesa della parte, tuttavia, si scontra colla netta presa di posizione del giudicante d'appello che, facendo eco a quanto sostenuto dal T.A.R. prima di lui, muovendo da una attenta ed accorta analisi fattuale delle osservazioni critiche promosse nel ricorso principale, evidenzia, in effetti, che "la ricorrente non ha affatto attinto – né quindi, di riflesso, ha avuto concretamente bisogno di attingere – [ad altra] documentazione tecnica [che fosse] esterna al [...] verbale [...] [già prodotto in data 20 febbraio 2024] al fine di ricevere conferma degli ipotetici vizi già da essa [documentazione] ricavabili dall'esame del provvedimento di aggiudicazione e dei relativi allegati".

Ne viene, in sostanza, la assoluta pretestuosità del tentativo di giustificare la tempestività del gravame facendo richiamo alla necessità di

visionare quella ulteriore documentazione che, a dire il vero, si pone(va) invece in termini di assoluta irrilevanza rispetto all'oggetto della controversia.

In linea con queste riflessioni, dunque, e come anticipato, si coglie l'occasione per puntellare quell'insegnamento giurisprudenziale dell'Adunanza Plenaria n. 12 del 2020, a mente del quale "la proposizione dell'istanza di accesso agli atti di gara comporta la 'dilazione temporale' quando i motivi di ricorso conseguano alla conoscenza dei documenti che completano l'offerta dell'aggiudicatario ovvero delle giustificazioni rese nell'ambito del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta".

Preliminarmente si chiarisce che al fine di legittimare la 'dilazione del termine' per proporre il ricorso, i documenti oggetto della richiesta di accesso devono essere indispensabili per la rilevazione dei vizi dedotti col ricorso stesso: pertanto, posto ciò, da un lato, dovranno intendersi come ricorsi "al buio" esclusivamente quelli proposti "senza conoscere le ragioni della eventuale illegittimità del provvedimento impugnato" mentre, dall'altro lato, "non [saranno] qualificabili come ricorsi 'al buio' quell[i] che, pur suscettibil[i] di essere propost[i] già sulla scorta di una adeguata conoscenza degli atti rilevanti, non derivi[no] da una completa ostensione documentale e sia[no] quindi suscettibil[i] di integrazione ai fini meramente specificativi delle doglianze formulate e/o della loro corroborazione probatoria".

Del resto, e sempre secondo il giudice, "ove si accedesse ad una diversa impostazione, la decorrenza del termine per la proposizione del ricorso sarebbe rimessa alle variabili quanto opinabili valutazioni del ricorrente, dipendendo dal punto di vista del singolo operatore l'apprezzamento della convenienza della proposizione del ricorso in relazione al grado di pregnanza probatoria dei documenti disponibili".

Non scalfiscono le conclusioni riportate i rilievi – pure mossi dalla ricorrente – intesi a valorizzare le disposizioni del Codice -----5----- che, allo stato, consentono una *disclosure* 'totale' tra i candidati graduati nelle prime posizioni e che, pertanto, potrebbero lasciar deporre nel senso che lo stesso Legislatore richieda la totale conoscenza di ogni aspetto dell'offerta, al fine di giustificare eventuali pretese azionabili.

Difatti, ed in chiusura, come si legge condivisibilmente in sentenza, "non può attribuirsi rilievo decisivo alle disposizioni invocate dalla appellante, estrapolate dal D.lgs. n. 36/2023, essendo le stesse, [solo] funzionali ad arricchire il bagaglio conoscitivo dei candidati attraverso strumenti di accesso di carattere semplificato ed automatico, senza incidere sul tema della decorrenza del termine per la proposizione del ricorso, ancorata come si è detto alla acquisizione di documenti atti a far percepire al concorrente, con ragionevole grado di verosimiglianza e sostenibilità probatoria, i vizi inficianti le attività della stazione appaltante".

4. Brevi considerazioni conclusive

Dalla analisi condotta possono ricavarsi almeno due aspetti operativi meritevoli di sottolineatura.

Anzitutto, emerge con chiarezza che è quantomai necessario orientarsi, dal lato degli operatori economici, con la massima attenzione e la più avveduta prudenza nelle scelte negoziali successive alla fase pubblicistica.

Nel caso in esame, come visto, la sottoscrizione del contratto quadro ha consentito al giudice di valutare un simile comportamento come acquiescenza agli effetti dell'atto amministrativo, v'è, tuttavia, che non è affatto difficile immaginare altre ed ulteriori situazioni ove il comportamento 'contrattuale' della parte assuma carattere dirimente: si pensi, a titolo esemplificativo, al caso opposto di un

operatore reticente rispetto alla firma (per qualsivoglia ragione) del contratto aggiudicato e alla conseguente responsabilità di natura pre-contrattuale cui lo stesso possa incappare.

Dal lato delle stazioni appaltanti, di contro, emerge senza ombra di dubbio la necessità di orientare la propria azione amministrativa a buone prassi, capaci di evitare 'antipatiche' lungaggini: tra queste prassi rientra certamente l'impegno a consentire una conoscenza degli atti cui fondano (tutte) le ragioni che giustifichino le scelte operate durante la procedura di gara, di modo da evitare – come correttamente è stato rilevato nel caso qui d'interesse – che pretestuose censure possano giustificare il tentativo di rimediare ad inadempienze (processuali) degli attori economici interessati.

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

Appalti pubblici e tutela “rafforzata” della manodopera: a due anni dalla entrata in vigore del Codice dei Contratti Pubblici

di Andrea Stefanelli e Maria Antonietta Portaluri

IL
PUN
TO

Introduzione

La tutela rafforzata del lavoro negli appalti è uno degli aspetti più significativi del nuovo Codice dei contratti pubblici (D.Lgs.n. 36/2023) e, sicuramente, quello su cui sono intervenuti più volte, nel corso di questi primi 2 anni d'applicazione del nuovo Testo Unico, i giudici amministrativi chiamati a pronunciarsi sull'applicazione pratica delle norme (artt. 11 e 41) che rappresentano la declinazione del principio.

L'art. 11 del Codice ha introdotto l'obbligo, per le stazioni appaltanti, di **indicare nel bando di gara** (e oggi anche nella Determina a contrarre) il **CCNL leader**, con la prevista possibilità però di indicare, da parte dell'appaltatore un CCNL diverso purché si dimostrino l'equivalenza delle tutele, mentre l'art. 41 dispone che le medesime P.A. appaltanti, in sede di progettazione di un lavoro o servizio, debba **stimare il costo**

della manodopera e ad indicarlo nel bando, scorporandolo dall'importo complessivo a base di gara e, conseguentemente, di renderlo “non ribassabile”.

Quest'ultima disposizione ha sollevato diverse questioni interpretative: la prima è se il divieto di ribasso dei costi di manodopera sia da considerare un divieto “assoluto” o “relativo”, con conseguenze opposte agli esiti di un'aggiudicazione, mentre la seconda ha riguardato gli effetti che può avere sulla procedura di gara il fatto che la stazione appaltante, contravvenendo ad una indicazione del Codice, non provveda nel bando a “scorporare” i costi della manodopera.

Il quadro normativo si completa con una altra previsione del Codice (art. 108, comma 9) che obbliga i concorrenti ad indicare separatamente i costi (effettivi) della manodopera impiegata per l'esecuzione dell'appalto.

La disposizione non è nuova, in quanto era presente anche nel vecchio Codice, ma nuova è la previsione *“a pena di esclusione”*; risulta evidente che la *ratio* è sempre quella di una *“tutela rafforzata del lavoro”*, in quanto si vuole evitare che le offerte presentate dagli operatori economici vadano a detrimento dei costi del personale che, quindi, unitamente agli oneri aziendali in materia di salute e sicurezza, dovranno ora essere separatamente indicati nell’offerta economica, pena l’esclusione dalla procedura di gara.

Non solo, in quanto il concorrente, che nella propria offerta indica un costo della manodopera *“inferiore”* al costo stimato/scorporato dalla P.A. appaltante, è chiamato a giustificare e dimostrare la **congruità della propria offerta** e non sono mancate questioni relative ai criteri con cui si calcola il costo della manodopera (con riguardo al monte-ore, al costo medio, al computo delle figure trasversali a più commesse ecc.) nonché alle giustificazioni ammesse, come ci sono state pronunce (ancorché isolate) che si sono spinte a ritenere che nel costo della manodopera, indicata dal concorrente in offerta, debbano essere indicati (e quindi verificati) anche i costi della manodopera dei subappaltatori, quando si ricorra al subappalto in maniera importante (ex multis TAR Veneto 21/6/2024 n. 1560).

Da ultimo è interessante la pronuncia che ha riguardato il caso in cui una Stazione appaltante ha sottostimato i costi di manodopera in quanto ha preso, come riferimento, un contratto collettivo nazionale non corretto (TAR Toscana n. 1440/2024), questione questa ora chiarita (come vedremo in seguito) dal Correttivo.

1. I due orientamenti della giurisprudenza sul divieto di ribasso dei costi della manodopera (art.41, 14 comma Codice)

La prima questione affrontata dalla giurisprudenza – e su cui ad oggi non vi è ancora un orientamento univoco – è se la norma (art. 41, comma 14) introduca un **divieto assoluto di ribasso dei “costi della manodopera”** indicati/scorporati nel bando di

gara (con la conseguenza che la percentuale di ribasso offerta dai concorrenti si applichi esclusivamente sull’importo a base d’asta, al netto dei costi della manodopera), oppure se si tratti di un **divieto relativo** (con la conseguenza che i concorrenti applichino detta percentuale di ribasso sull’importo totale a base d’asta, ma questa volta comprensivo anche dei costi di manodopera).

Il dubbio nasce dalla formulazione ambigua dell’art. 41, comma 14 che prevede due paragrafi, tra loro incongruenti: *“I costi della manodopera e della sicurezza sono scorporati dall’importo assoggettato al ribasso”* (art. 41, c. 14 **secondo periodo**) e *“resta ferma la possibilità per l’operatore economico di dimostrare che il ribasso complessivo dell’importo deriva da una più efficiente organizzazione aziendale”* (art. 41, c. 14 **terzo periodo**).

Le diverse interpretazioni giudiziali partono quindi da due differenti letture della norma, l’una più strettamente letterale, l’altra più orientativamente sistematica.

L’interpretazione letterale porta a concludere per l’assoluta *“non ribassabilità”* dei costi della manodopera indicati dalla stazione appaltante, analogamente a quanto previsto per i costi della sicurezza, con la conseguenza che si ritiene legittima l’esclusione delle offerte che esprimono il ribasso percentuale unico sull’intero importo dell’appalto (cfr. **TAR Reggio Calabria 8/2/2024 n.119 e TAR Reggio Calabria 8/2/2024 n.120**), secondo cui *“vanno escluse le offerte che esprimono il ribasso percentuale unico sull’importo complessivo dell’appalto e non invece sull’importo ribassabile (quindi al netto dei costi della manodopera) in presenza di un bando di gara che distingue tra importo a base di gara e importo ribassabile”*; alle stesse conclusioni giunge anche il **TAR Salerno 11/1/2024 n 147**, secondo cui *“qualora la lex specialis di gara abbia nettamente distinto una parte del valore del contratto di appalto come spesa incompressibile (quella afferente al costo del personale) ed abbia specificato, con riferimento alla restante parte della base d’asta, l’offerta del massimo ribasso, solo su questo*

costo l'operatore è legittimato a proporre la sua offerta in ribasso".

Tale impostazione è stata seguita di recente anche dal **TAR Catania, 27/2/2025, n. 738**, secondo cui la previsione (art. 41, c. 14) del Codice, "innovando" rispetto al precedente D.Lgs.n. 50/2016, comporterebbe l'obbligo di sottrarre i costi della manodopera dall'importo cui applicare il ribasso offerto in gara dagli operatori economici.

L'interpretazione sistematica della norma (a favore della quale si è espressa l'ANAC, prima nel Bando-Tipo di giugno 2023 e poi nella Delibera 15/11/2023 n. 528) porta a conclusioni opposte, ritenendo possibile la presentazione di un "ribasso unico" applicato sull'intero importo comprensivo anche dei costi della manodopera, a condizione che il concorrente dimostri che il "ribasso complessivo offerto derivi da una sua più efficiente organizzazione aziendale". Si deve rilevare che la giurisprudenza che da subito ha seguito questa interpretazione (**TAR Firenze, 29/1/2024, n. 120**) ha comunque evidenziato "un limite invalicabile, che è il rispetto dei trattamenti salariali minimi inderogabili previsti dalla legge (tabelle ministeriali)".

Secondo i giudici toscani, che per primi hanno sposato la interpretazione sistematica, dev'essere consentito ai concorrenti di giustificare un eventuale ribasso sui costi della manodopera ma non giustificare il ribasso con un "risparmio" sul costo del lavoro, come indicato nelle Tabelle ministeriali che individuano il costo medio ("....se il legislatore avesse voluto considerare tali costi fissi e invariabili, non avrebbe avuto senso richiedere ai concorrenti di indicarne la misura nell'offerta economica (art. 108, 9 comma), né avrebbe avuto senso includere anche i costi della manodopera tra gli elementi che possono concorrere a determinare l'anomalia dell'offerta (art. 110), pertanto i **costi della manodopera sono assoggettabili a ribasso**" ... "l'operatore economico può dimostrare che il ribasso complessivo dell'importo deriva da una più efficiente organizzazione aziendale con un limite invalicabile che è il rispetto dei trattamenti salariali minimi inderogabili previsti dalla legge").

Tale impostazione è stata seguita di recente dal **TAR Piemonte 12/02/2025 n. 340**, che ha annullato per illegittimità il provvedimento d'esclusione basato sulla tesi secondo cui il ribasso offerto "doveva essere applicato alla base d'asta con sottrazione dei costi della manodopera" ed affermando che "**Il costo della manodopera, che il concorrente ha l'onere di indicare separatamente all'interno dell'offerta economica, è passibile di essere incluso nell'ambito del ribasso complessivamente offerto.** [...] L'interpretazione in discorso è stata avallata dalla giurisprudenza amministrativa (Cons. Stato, Sez. V, 9.06.2023, n. 5665)". Nello stesso senso anche il **TAR Bari, 15/3/2025, n. 35**, secondo cui "i costi della manodopera sono comunque assoggettabili a ribasso, purché l'operatore dimostri che la riduzione complessiva dei relativi importi derivi "da una più efficiente organizzazione aziendale".

Concludendo quindi, seppur questo secondo orientamento sembra essere prevalente, si può comunque affermare che non vi sia ancora un orientamento univoco della giurisprudenza ed il recente Correttivo (D.Lgs.n. 209/2024), che nulla dispone sul punto, è stata forse l'occasione "persa" per fare definitivamente chiarezza sul tema.

2. Mancata indicazione nel bando dei costi della manodopera: gli effetti sulla procedura gara

Il Codice non lascia dubbi circa l'onere in capo alle P.A. appaltanti di indicare nei bandi il CCNL ed il costo della manodopera da applicarsi ma, nonostante ciò, non sono mancati i casi in cui, all'atto di pubblicazione dei documenti di gara, nulla si dice al riguardo dei contratti da applicare e dei costi della manodopera da rispettare.

Secondo i giudici, tuttavia, la circostanza che **nel bando la stazione appaltante non abbia indicato il costo della manodopera né il CCNL da applicare** (entrambe contestazioni mosse da un ricorrente) **NON rende il bando immediatamente impugnabile**; in altri termini non siamo in presenza di clausole immediatamente escludenti, potendo

i concorrenti comunque formulare la propria offerta (TAR Catania 6/6/2024 n. 2137). Nello stesso senso il TAR Milano 5/7/2024 n. 2077, che giunge alla conclusione per cui la *"mancata indicazione dei costi della manodopera da parte della stazione appaltante non è un vizio che travolge l'intera procedura di gara perché non impedirebbe ai concorrenti di formulare l'offerta. Non è impossibile per i concorrenti formulare l'offerta in quanto, pur in assenza di tale indicazione, possono far riferimento alle indicazioni contenute nell'art. 110, comma 5 del Codice (con cui l'art. 41 va coordinato) che prevede che il costo del personale non debba essere inferiore ai minimi salariali retributivi indicati nelle apposite tabelle ministeriali"*.

3. Obbligo dei concorrenti di indicare in offerta il costo della manodopera (art. 108, comma 9) e le pronunce sul costo medio orario, sulle figure trasversali a più appalti, sulle giustificazioni durante la verifica nonché sulla congruità delle offerte.

Il Codice (art. 108, comma 9) ha introdotto, altresì, l'obbligo d'indicare, separatamente in offerta, i costi della manodopera - richiesta che, come visto, non si trattava di una novità, essendo già contenuta nel precedente Codice appalti - mentre nuova appare la previsione secondo cui tale adempimento è obbligatorio, ovvero disposto **a pena di esclusione**.

La norma sancisce in maniera definitiva che la mancata indicazione in offerta dei costi di manodopera e della sicurezza determina l'estromissione del concorrente, senza che lo stesso **possa sanare la mancata indicazione ricorrendo al "soccorso istruttorio"**; gli appaltatori devono quindi prestare molto attenzione a tale adempimento, per non rischiare l'espulsione della propria offerta.

Peraltro si segnala un atteggiamento molto severo dei giudici amministrativi verso il mancato adempimento da parte degli appaltatori, anche rispetto ai casi in cui sia la stazione appaltante a venir meno al proprio obbligo (TAR Lazio 6/8/2024, n. 15720 *"la stazione appaltante*

ha immediata evidenza di quanto l'operatore economico suppone di dover corrispondere per tale fattore produttivo").

Non sono mancate infine pronunce (sebbene isolate) che si sono spinte oltre in nome della *"tutela rafforzata della manodopera"* affermando che, quando il concorrente ricorra *"quasi totalmente"* al subappalto, nei *"costi della manodopera"* indicati nella sua offerta debbano essere inseriti anche i costi di manodopera sostenuti dalle imprese subappaltatrici (*"i costi della manodopera non sono solo i 'propri costi' ma anche i costi della manodopera sostenuti per realizzare l'appalto e, quindi, se l'impresa affida in subappalto - peraltro quasi interamente - alcune attività previste nel contratto, i costi che dovranno essere considerati e verificati sono anche i costi della manodopera delle imprese subappaltatrici che eseguono le prestazioni"* (TAR Veneto 21/6/2024 n. 1560).

3.1 Verifica di congruità della offerta: corretta "quantificazione" e "giustificazione" dei costi della manodopera

Una serie di pronunce si sono occupate infine della corretta *"quantificazione"* e *"giustificazione"* dei costi della manodopera in sede di verifica della congruità dell'offerta.

Il Consiglio di Stato è intervenuto per chiarire come **calcolare correttamente "il costo medio orario"** posto a base del *"costo complessivo della manodopera"* e cosa si intenda per *"monte ore"*, distinguendo tra monte ore contrattuale o al monte ore effettivo (**Consiglio Stato 15/10/2024, N. 8265**).

La pronuncia è significativa perché richiama alcuni punti fermi costantemente affermati dalla giurisprudenza (*ex multis* **Cons. Stato, 15/2/2024, n. 1509 e 6/2/2024, n. 1220**), chiarendo che il monte ore contrattuale si riferisce alla quantità di prestazioni che l'appaltatore dovrà erogare a favore della stazione appaltante (l'obbligazione principale dell'appaltatore), mentre il monte ore teorico si

riferisce al rapporto tra lavoratore e datore di lavoro, ovvero all'obbligazione principale del lavoratore nell'ambito di un rapporto d'impiego, nonchè, infine, il monte ore effettivo (ore mediamente lavorate) rileva invece ai fini della congruità dell'offerta nella logica delle tabelle ministeriali, ed al costo medio annuo del personale viene applicato un divisore inferiore rispetto a quello puramente teorico, al fine di determinare un costo orario più elevato, idoneo a coprire anche la frazione di costo che l'appaltatore dovrà sostenere per sostituire il personale assente (per malattia, ferie e altre evenienze).

L'appaltatore deve comunque garantire il servizio in caso di assenze del personale al fine di adempiere integralmente all'obbligazione assunta verso la stazione appaltante in base al monte ore contrattuale indicato in offerta.

Solo il monte ore contrattuale, dunque, esprime il tempo reale del servizio per cui la concorrente si è impegnata contrattualmente in sede di offerta; così " *l'individuazione del monte ore contrattuale costituisce dunque, parametro numerico di riferimento per lo svolgimento del giudizio di congruità dell'offerta*", mentre " *il monte ore effettivo (determinato delle ore annue mediamente lavorate ricavate mediante riduzione del monte ore teorico complessivo della percentuale di assenza dedotta dall'impresa) può essere utilizzato ai fini del calcolo del costo orario medio, così giustificando l'eventuale scostamento rispetto ai valori ufficiali (risultanti dalle tabelle ministeriali)*" ... Quindi "se il monte ore effettivo ben può essere utilizzato per giungere alla determinazione del costo orario medio, ovvero quale divisore, tale costo va poi però moltiplicato per le ore contrattuali, che rappresentano l'effettivo costo che l'impresa deve sostenere per lo svolgimento della commessa e per cui si è impegnata contrattualmente (anche a far fronte alle necessarie sostituzioni per le varie evenienze sopra indicate)".

Chiariti questi principi, i giudici si sono infine pronunciati anche su un'altra questione,

ovvero **la mancata giustificazione dei costi delle ore aggiuntive** (per le unità operative di pronto intervento), che rientrano nell'offerta migliorativa formulata dall'operatore economico, e secondo i giudici il fatto che l'Amministrazione non le abbia richieste non consente d'escludere le medesime ore dalla verifica della congruità dei costi della manodopera. Per i giudici, quindi, non conta che le ore aggiuntive non siano state richieste dalla P.A., ma conta il fatto che tali ore aggiuntive risultino (pacificamente) offerte dall'impresa che, quindi, era tenuta a giustificare il costo (**Consiglio Stato n. 8265 del 15/10/2024**).

3.2 Verifica di congruità della offerta: costo della manodopera e figure trasversali a più appalti

Un altro aspetto ha poi riguardato il costo delle figure non impiegate esclusivamente per uno specifico appalto, ma trasversali a più commesse e significativa, sotto questi aspetti, è la pronuncia del **Consiglio di Stato 16/9/2024 n. 7582**, che chiarisce come debbano essere considerate, ai fini dell'indicazione del costo del personale, le risorse utilizzate trasversalmente anche in altre commesse.

La vicenda riguarda una gara di ristorazione scolastica in cui l'impresa 2° graduata impugnava l'aggiudicazione ritenendo che il provvedimento d'aggiudicazione fosse illegittimo in quanto **la vincitrice aveva omissis di quotare, nel costo del personale, quelle tre figure direttive di coordinamento** (Responsabile commessa, Dietista e Coordinatore), espressamente richieste nel Capitolato.

L'impresa aggiudicataria aveva indicato, infatti, la disponibilità delle tre risorse ma non ne aveva quotato il costo ritenendo che dette tre figure, **non essendo impiegate esclusivamente in quella specifica commessa - ma in più appalti** - i relativi costi non andavano indicati tra i costi diretti di quella specifica gara.

Pronunciandosi sul caso il Collegio – pur confermando l’orientamento del Consiglio di Stato (cfr. sentenza 18/8/2023, n. 7815), che riteneva obbligatoria l’indicazione del costo dei dipendenti “stabilmente impiegati” nella commessa e non anche delle figure professionali impiegate “*occasionalmente o in maniera trasversale per altri contratti*” – ha ritenuto che tale orientamento non potesse essere invocato nel **caso di specie in cui le risorse, sebbene per parte del proprio tempo, erano impiegate operativamente nella commessa.**

Secondo il Collegio, quindi, la stazione appaltante deve operare un’analisi attenta al caso concreto, al fine di verificare l’effettivo impiego delle risorse umane nello specifico appalto, con l’obiettivo di “*accertare se si tratti non di “figure manageriali apicali e trasversali, esterne e di mero supporto all’esecuzione dell’appalto, ovvero impiegate in via indiretta e solo occasionalmente ma, al contrario, figure direttamente operative, stabili, dedicate alla specifica commessa. In questo caso il costo di tali figure deve essere inserito nei costi del personale”.*

Il secondo profilo significativo della sentenza riguarda i **giustificativi** che possono essere **portati in sede di verifica di anomalia** ed il Collegio, confermando che il **costo delle 3 risorse doveva essere inserito in offerta** e non si poteva assorbire nella voce “Costi di gestione e spese generali”, conclude per l’esclusione della aggiudicataria, in quanto la possibilità di consentire all’offerente di presentare giustificativi, durante la verifica di anomalia, trova un limite nella possibilità di presentare una nuova offerta, in violazione del principio di immodificabilità della offerta.

In altri termini, la necessità della quotazione del costo per il personale impiegato, prevista a causa di esclusione, persegue l’obiettivo di garantire la presentazione di un’offerta seria e verificabile e consentire alla impresa in sede di verifica della anomalia dell’offerta, di giustificare costi non indicati in origine nella propria offerta, sarebbe come permettere all’offerente di presentare una nuova offerta, in violazione del principio della sua immodificabilità.

4. Corretta individuazione del CCNL (art. 11) e i riflessi sulla stima dei costi della manodopera, tra disposizione del Correttivo e prime pronunce dei giudici

La corretta stima del costo della manodopera (indicata nei bandi di gara) è strettamente legata alla corretta individuazione del CCNL applicabile all’appalto e nei due anni d’applicazione del 3° Codice appalti la vera difficoltà operativa per i committenti pubblici è stata proprio la definizione dei criteri con cui scegliere, in presenza di più CCNL applicabili, quello da indicare nel bando, oltre ovviamente alla definizione dei “parametri” per la verifica dell’equivalenza delle tutele tra Contratti Collettivi diversi (cd. “Dichiarazione di equivalenza”).

Al riguardo attivano oggi indicazioni importanti dal **Correttivo al Codice dei Contratti Pubblici** (D.Lgs.n. 209/2024), il cui art. 73 e l’Allegato I.01 riguardano espressamente propri questi aspetti.

Quanto ai criteri per l’individuazione del CCNL da indicare nei documenti di gara da parte del committente, si prevede:

- la stretta connessione dell’ambito di applicazione del contratto collettivo rispetto alle prestazioni oggetto dell’appalto (determinata anche attraverso i codici ATECO e i codici CPV).
- il CCNL per quel determinato Settore preso a riferimento dal Ministero del Lavoro e delle politiche sociali per la redazione delle Tabelle per la determinazione del costo medio del lavoro (nel caso di assenza di Tabelle si deve fare richiesta al Ministero).

Ed è proprio il riferimento alle Tabelle del Ministero per la determinazione del costo medio del lavoro ad essere stata considerata dai giudici, anche prima del Correttivo, elemento fondamentale, ragion per cui le PP.AA. appaltanti, ai fini della determinazione del costo della manodopera, devono prendere come riferimento le Tabelle sul costo medio del lavoro adottata dal Ministero e, quindi, i relativi CCNL.

La questione è già stata oggetto di una interessante sentenza del **TAR Toscana n.1440/2024**, che ha annullato l'aggiudicazione di una gara ritenendo che il RUP avesse commesso un errore nella valutazione della dichiarazione di equivalenza; secondo i Giudici toscani infatti il RUP, nel valutare la dichiarazione di equivalenza tra il CCNL indicato nel bando (CCNL Multiservizi) e quello dell'impresa vincitrice (CCNL cooperative sociali), non aveva fatto riferimento al CCNL Multiservizi "corretto", in quanto non era stato preso quello sottoscritto in data 21/11/2021 ma un precedente CCNL Multiservizi sottoscritto in data 8/6/2021, per cui l'aggiudicazione è stata annullata imponendo alla P.A. appaltante una nuova verifica della equivalenza delle tutele e, quindi, del costo del personale.

Revoca del controllo giudiziario per esito positivo della misura e riviviscenza della informazione interdittiva antimafia.

Note a margine della Sentenza del Cons. Stato, Sez. III, 10 marzo 2025, n. 1937

di Giuseppe Totino e Aldo Cimmino

SOTTO
LA
LENTE

Premessa

Come è noto, il Legislatore italiano, nell'ambito delle riforme concernenti la disciplina della prevenzione alle infiltrazioni mafiose nell'economia legale, ha previsto una serie di istituti di ispirazione partecipativa e collaborativa, volti a riequilibrare opposte esigenze.

Da un lato l'interesse dello Stato a garantire il corretto impiego delle risorse pubbliche e, dunque, la necessità di prevenire tentativi di infiltrazione mafiosa nel ciclo di vita degli appalti pubblici; dall'altro la necessità di assicurare l'effettività delle tutele costituzionali alla libertà di iniziativa economica.

Tra l'altro, tali riforme si inseriscono in una visione più ampia del contrasto alle infiltrazioni mafiose in economia. Se in origine, infatti, gli istituti applicati dall'autorità giudiziaria o amministrativa avevano come unico obiettivo quello della repressione, anche anticipata rispetto all'accertamento di qualsivoglia forma di responsabilità, attualmente il legislatore, ampliando il ventaglio degli istituti di reazione a tentativi di inquinamento mafioso, ha strutturato

un sistema ispirato ad una progressione applicativa delle misure antimafia, nel rispetto del principio di proporzionalità.

In tale sistema, lo Stato è chiamato ad effettuare delle valutazioni caso per caso, distinguendo le ipotesi di grave condizionamento mafioso, per le quali è necessario intervenire in maniera penetrante, da quelle ove il condizionamento risulti solo occasionale, aprendosi una prospettiva di risanamento per l'impresa interessata.

Il riferimento è, naturalmente, al controllo giudiziario delle imprese, di cui all'art. 34 *bis*, Codice antimafia, e alle misure amministrative di prevenzione collaborativa di cui all'art. 94 *bis*, del medesimo Codice, di recentemente introdotte dal legislatore.

Mentre per l'ammissione al controllo giudiziario delle imprese è necessario che una informazione interdittiva antimafia sia stata adottata dal Prefetto e sia valida ed efficace, la misura amministrativa di prevenzione collaborativa viene concessa in luogo della informazione interdittiva antimafia, sostituendosi, dunque, alla misura di rigore.

Così, nel caso del controllo giudiziario, l'efficacia della misura prefettizia viene solamente sospesa per tutta la durata del controllo giudiziario, con conseguente riviviscenza della sua efficacia una volta revocata la misura del controllo.

Ora, nell'ambito della partecipazione ad una procedura ad evidenza pubblica, il fatto che la misura interdittiva riprenda efficacia e produca i suoi effetti escludenti, qualora il controllo giudiziario sia stato revocato per esito negativo, appare del tutto coerente con le finalità di prevenzione perseguite dal legislatore e con il principio di continuità nel possesso dei requisiti di partecipazione di ordine generale.

Il paradosso, tuttavia, emerge nel caso in cui il controllo giudiziario venga revocato per esito positivo e ciò determini, in ogni caso, la riviviscenza della misura interdittiva, pregiudicando la partecipazione dell'operatore che, proprio in virtù della citata misura di prevenzione, sia ritornato *in bonis*.

In tale caso, infatti, proprio la rigorosa applicazione del principio di continuità nel possesso dei requisiti di partecipazione di ordine generale, imporrebbe alla Stazione appaltante di procedere all'esclusione, ovvero allo scioglimento del vincolo contrattuale, nei confronti di una impresa che, tuttavia, è stata ritenuta non più soggetto alle infiltrazioni mafiose dal giudice della prevenzione.

Da tale prospettiva, considerata la *ratio* degli istituti di "risanamento" aziendale, ci si è chiesti se il richiamato principio di continuità non debba essere interpretato secondo una concezione più sostanzialista e maggiormente aderente alla realtà aziendale alla quale si riferisce.

Muovendo da queste premesse, il presente contributo mira ad emarginare la recente sentenza pronunciata dal Cons. Stato, Sez. III, 10 marzo 2025, n. 1937.

1. La vicenda processuale

Con determina del direttore generale, l'Azienda Ospedaliero Universitaria delle Marche disponeva la risoluzione del contratto di appalto stipulato con l'appaltatore, relativo ai lavori di realizzazione di una nuova palazzina sanitaria e direzionale-amministrativa dell'Ospedale Torrette di Ancona.

La gara finalizzata all'aggiudicazione del predetto appalto veniva indetta in data 25 maggio 2022 e in sede di presentazione dell'offerta l'appaltatore ricorrente, nel DGUE allegato all'offerta, specificava di essere stato ammesso alla misura del controllo giudiziario ex art. 34 *bis* del Codice antimafia per un periodo di diciotto mesi.

Il ricorrente si vedeva aggiudicare la gara e, a valle del positivo accertamento dei requisiti prescritti, veniva comunicata l'efficacia dell'aggiudicazione, dandosi atto che *"... l'impresa risulta iscritta alla white list dal 15.12.2021 a seguito di ammissione a controllo giudiziario ex art. 34bis del D. Lgs. 159/2011 con scadenza al 15.6.2023"*.

Alla data di scadenza del periodo di controllo giudiziario (ossia il 15 giugno 2023) - e dunque alla prima data utile - l'appaltatore ricorrente inoltrava alla Prefettura competente l'istanza di aggiornamento della propria posizione antimafia ai sensi dell'art. 91, co. 5, del Codice antimafia, trasmettendo alla stessa Prefettura il decreto adottato dal Tribunale, Sezione misure di prevenzione, con il quale veniva positivamente definito il procedimento di controllo giudiziario, sul presupposto che *"... l'azienda ha operato senza subire alcun condizionamento della criminalità organizzata e pertanto si ritiene che ad oggi possa continuare ad operare in un contesto economico sano"*.

Decorso il termine di trenta giorni assegnato dalla legge alla Prefettura per l'evasione dell'istanza di aggiornamento, il ricorrente si vedeva costretto a proporre ricorso al TAR avverso il silenzio-inadempimento formatosi sulla domanda. Tuttavia, l'Azienda Ospedaliero Universitaria delle Marche comunicava l'avvio

del procedimento finalizzato alla risoluzione del contratto di appalto, ai sensi dell'art. 108, co. 2, lett. b), D.lgs. n. 50/2016, sul presupposto della avvenuta scadenza del periodo di controllo giudiziario.

Nelle more, la Prefettura definiva positivamente il procedimento di aggiornamento, procedendo alla revoca del provvedimento interdittivo e all'applicazione delle disposizioni di cui all'art. 94 *bis* del Codice antimafia. Per l'effetto la stessa Prefettura disponeva la reiscrizione della società nella *white list*.

“ La giurisprudenza amministrativa è stata chiamata a chiarire se, a seguito della revoca del controllo giudiziario per esito positivo della misura, e contestuale riviviscenza della misura interdittiva antimafia, il contratto stipulato con l'appaltatore tornato in bonis debba comunque essere sciolto, per violazione del principio della continuità nel possesso dei requisiti, ovvero se quest'ultimo non debba forse essere interpretato secondo una concezione sostanzialista, coerentemente, peraltro, alle finalità avute di mira dal legislatore con l'introduzione della misura di prevenzione del controllo giudiziario. ”

Senonché, la Stazione appaltante comunicava all'appaltatore ricorrente l'avvenuta risoluzione del contratto. L'appaltatore ricorrente ritenendo illegittimo il complessivo operato della stazione appaltante, presentava ricorso e con sentenza n. 455/2024 il TAR Marche lo accoglieva.

La sentenza di prime cure veniva successivamente impugnata con ricorso in appello dall'Azienda Ospedaliero Universitaria delle Marche. La Terza Sezione del Consiglio di Stato, tuttavia, lo respingeva, confermando il rigetto del ricorso di primo grado.

2. I rapporti tra l'informazione interdittiva antimafia e le misure del controllo giudiziario e delle misure amministrative di prevenzione collaborativa. Il quadro normativo

Prima di addentrarsi nel merito della pronuncia in commento, appare utile riepilogare il dato normativo in materia di prevenzione antimafia, limitatamente ai rapporti tra l'informazione interdittiva antimafia e le misure a scopo "risanante" e di "bonifica" aziendale.

Come è noto, l'art. 94, c. 2, del Codice dei contratti stabilisce che *"È altresì causa di esclusione la sussistenza, con riferimento ai soggetti indicati al comma 3, di ragioni di decadenza, di sospensione o di divieto previste dall'articolo 67 del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159 o di un tentativo di infiltrazione mafiosa di cui all'articolo 84, comma 4, del medesimo codice. Resta fermo quanto previsto dagli articoli 88, comma 4 bis, e 92, commi 2 e 3, del codice di cui al decreto legislativo n. 159 del 2011, con riferimento rispettivamente alle comunicazioni antimafia e alle informazioni antimafia. La causa di esclusione di cui all'articolo 84, comma 4, del codice di cui al decreto legislativo n. 159 del 2011 non opera se, entro la data dell'aggiudicazione, l'impresa sia stata ammessa al controllo giudiziario ai sensi dell'articolo 34-bis del medesimo codice. In nessun caso l'aggiudicazione può subire dilazioni in ragione della pendenza del procedimento suindicato."*

A sua volta, l'art. 34 *bis*, co. 6, del Codice antimafia, c.d. controllo giudiziario volontario, statuisce che: *"Le imprese destinatarie di informazione antimafia interdittiva ai sensi dell'articolo 84, comma 4, che abbiano proposto l'impugnazione del relativo provvedimento del prefetto, possono richiedere al tribunale competente per le misure di prevenzione l'applicazione del controllo giudiziario di cui alla lettera b) del comma 2 del presente articolo. Il tribunale, sentiti il procuratore distrettuale competente, il prefetto che ha adottato l'informazione antimafia interdittiva nonché gli altri soggetti interessati, nelle forme*

di cui all'articolo 127 del codice di procedura penale, accoglie la richiesta, ove ne ricorrano i presupposti; successivamente, anche sulla base della relazione dell'amministratore giudiziario, può revocare il controllo giudiziario e, ove ne ricorrano i presupposti, disporre altre misure di prevenzione patrimoniali."

L'articolo 91, co. 5, ultimo periodo, del Codice antimafia, poi, stabilisce che: *"Il prefetto, anche sulla documentata richiesta dell'interessato, aggiorna l'esito dell'informazione al venir meno delle circostanze rilevanti ai fini dell'accertamento dei tentativi di infiltrazione mafiosa"*.

Il decreto-legge 6 novembre 2021, n. 152 ha poi disposto, con l'art. 49, comma 1, l'introduzione dell'art. 94 bis del Codice antimafia.

Tale norma, al comma 1, stabilisce che: *"Il prefetto, quando accerta che i tentativi di infiltrazione mafiosa sono riconducibili a situazioni di agevolazione occasionale, prescrive all'impresa, società o associazione interessata, con provvedimento motivato, l'osservanza, per un periodo non inferiore a sei mesi e non superiore a dodici mesi"* di una serie di misure amministrative di prevenzione collaborativa.

Al comma 4, la medesima norma precisa che: *"Alla scadenza del termine di durata delle misure di cui al presente articolo, il prefetto, ove accerti, sulla base delle analisi formulate dal gruppo interforze, il venir meno dell'agevolazione occasionale e l'assenza di altri tentativi di infiltrazione mafiosa, rilascia un'informazione antimafia liberatoria ed effettua le conseguenti iscrizioni nella banca dati nazionale unica della documentazione antimafia"*.

Dalla lettura delle norme su citate emergono, *in primis*, rapporti tra il controllo giudiziario e le misure amministrative di cui all'art. 94 bis del Codice antimafia. In particolare, il legislatore ha stabilito che qualora il giudice disponga il controllo giudiziario di cui all'art. 34, co. 2, lett. b) del Codice antimafia, c.d. controllo giudiziario d'ufficio, le misure

amministrative cessano di essere applicate. In secondo luogo, vengono descritti i rapporti tra controllo giudiziario c.d. volontario, misure amministrative di prevenzione e informazione interdittiva antimafia.

Più specificatamente, il controllo giudiziario volontario e le misure amministrative di prevenzione collaborativa presuppongono entrambe un accertamento da parte del Prefetto che, nel primo caso, sfocia in una informazione interdittiva antimafia valida ed efficace, nel secondo caso, nell'adozione delle misure amministrative, non risultando sussistenti i presupposti per l'adozione di una misura interdittiva.

Ne deriva che, nell'ipotesi delle misure amministrative di prevenzione collaborativa, l'operatore economico dovrà solo adempiere alle prescrizioni imposte dal Prefetto e, all'esito del periodo di adempimento delle prescrizioni, spetterà allo stesso Prefetto valutare se adottare la misura interdittiva ovvero ritenere che non sussistono ulteriori rischi di infiltrazione mafiosa.

Nell'ipotesi del controllo giudiziario, invece, l'operatore è chiamato prima ad impugnare il provvedimento prefettizio dinanzi il giudice amministrativo al fine di ottenerne, quantomeno, la sospensione in via cautelare e, successivamente, a richiedere al giudice ordinario specializzato l'ammissione al controllo giudiziario.

Tuttavia, in caso di revoca del controllo giudiziario per esito positivo del percorso di bonifica aziendale, la informazione interdittiva antimafia riprende comunque efficacia e produce, in ogni caso, i propri effetti sino alla revoca della misura medesima.

Pertanto, l'operatore dovrà tempestivamente avviare il procedimento di aggiornamento della posizione antimafia, ai sensi dell'art. 91, co. 5, del Codice antimafia, al fine di evitare che la riviviscenza degli effetti interdittivi travolga la sua partecipazione ad una procedura ad evidenza pubblica, ovvero il suo diritto a proseguire l'esecuzione del contratto.

3. L'orientamento del Consiglio di Stato

L'ipotesi sopra citata è esattamente quella che il giudice amministrativo, con la sentenza in epigrafe emarginata, ha affrontato, offrendo una chiave di lettura alternativa del principio di continuità nel possesso dei requisiti di partecipazione di ordine generale.

Anzitutto, il Consiglio di Stato si sofferma sull'esame degli istituti coinvolti. In particolare, i giudici chiariscono che il meccanismo dell'aggiornamento delle informative interdittive ai sensi dell'art. 91, co. 5, ultimo periodo, del Codice antimafia, sconta necessariamente dei tempi procedurali, specialmente nel caso in cui la richiesta di aggiornamento sia formulata dall'impresa interessata sulla scorta dell'esito favorevole del controllo giudiziario, per cui è pressoché inevitabile che *medio tempore* l'originaria misura interdittiva riacquisti formalmente efficacia.

Sebbene l'appellante abbia obiettato che l'appaltatore avrebbe potuto formulare la propria richiesta di aggiornamento anche prima della scadenza del controllo giudiziario, il Consiglio di Stato precisa che tale obiezione non tiene conto, da un lato, del diritto dell'impresa di fondare la richiesta di aggiornamento proprio sull'esito positivo del controllo, dall'altro, della circostanza per la quale tale "cautela" non avrebbe potuto dare comunque la certezza di evitare la soluzione di continuità del possesso dei requisiti, essendo evidentemente non prevedibili *a priori* – nonostante una eventuale richiesta "ora per allora" – i tempi dell'istruttoria prefettizia.

Inoltre, chiarisce ancora il Consiglio di Stato, sul terreno della diligenza esigibile e dell'affidamento nell'operatore economico, va evidenziata la circostanza per la quale l'appaltatore, già in sede di presentazione dell'offerta era sottoposto al controllo giudiziario, dichiarando la propria condizione nell'ambito del DGUE, pertanto la Stazione appaltante, al momento della stipula del contratto di appalto, era perfettamente a conoscenza dell'esistenza della pregressa

misura interdittiva, nonché della sua sospensione per effetto dell'ammissione dell'impresa al controllo giudiziario, anteriore alla partecipazione alla gara, ed era in grado di prevedere, tenuto conto dei tempi previsti per la realizzazione dell'opera, che in corso di esecuzione sarebbe sopravvenuta un'interruzione nel possesso del requisito richiesto dal Codice dei contratti.

I giudici amministrativi, poi, stigmatizzano l'operato dell'Amministrazione aggiudicatrice anche sotto altro e diverso profilo. Sul versante dei rimedi esperibili a disposizione della Stazione appaltante, infatti, il Consiglio di Stato chiarisce che in caso di informazione interdittiva antimafia, il D.lgs. n. 50/2016, applicabile *ratione temporis*, non prevede il mezzo della risoluzione.

In particolare, i casi di risoluzione doverosa ai sensi dell'art. 108, co. 2, D.lgs. n. 50/2016 (peraltro *in parte qua* l'art. 122, co. 2, del vigente Codice dei contratti non presenta differenze sostanziali), vanno interpretati in modo rigorosamente restrittivo, e pertanto la previsione relativa all'ipotesi in cui "*nei confronti dell'appaltatore sia intervenuto un provvedimento definitivo che dispone l'applicazione di una o più misure di prevenzione di cui al codice delle leggi antimafia e delle relative misure di prevenzione*", non si riferisce all'ipotesi della riviviscenza di una misura interdittiva, trattandosi di misura diversa da quelle di prevenzione disciplinate nel Libro I, Titolo II, del Codice antimafia.

In quest'ultima ipotesi, è ragionevole ritenere che non vi siano esiti obbligati, ma si riespanda la facoltà dell'Amministrazione di decidere se, e soprattutto quando, intervenire sul contratto in senso risolutorio.

E ciò in coerenza con la disciplina eurounitaria dei contratti pubblici, la quale – evidentemente perché durante la fase di esecuzione non vi è un problema di *par condicio* rispetto del confronto concorrenziale, potendo accordarsi almeno pari rilievo alle esigenze dell'Amministrazione – non contempla mai ipotesi di risoluzione obbligatoria del contratto, neanche nei casi

in cui si accerti la presenza fin dall'inizio di una causa di esclusione (si veda in tal senso l'articolo 73 della direttiva 2014/24/UE).

Tale impostazione, inoltre, risulta coerente anche con il principio del risultato che si estende alla fase esecutiva, suggerendo di lasciare all'Amministrazione, ogni volta che ciò sia possibile, un margine di valutazione sull'opportunità di portare a compimento l'esecuzione dell'appalto con l'originario affidatario, ovvero azzerare tutto a individuare un nuovo contraente.

“ La vicenda interdittiva sopravvenuta va valutata sulla base di una interpretazione sostanzialistica del principio di continuità nel possesso dei requisiti di partecipazione; per cui, nel caso sia revocato il controllo giudiziario per esito positivo della misura ma al riacquisto di efficacia della misura originaria si accompagna la richiesta di aggiornamento e l'avvio da parte del Prefetto della necessaria istruttoria, tenuto conto dei tempi che quest'ultima necessariamente richiede, è ragionevole riconoscere all'Amministrazione un margine di valutazione sul da farsi che tenga conto, oltre che della durata di tale iter procedimentale, anche dello stato di esecuzione del contratto e dell'opportunità di affidare la residua esecuzione a un altro operatore economico. ”

Ciò non significa che la stazione appaltante debba ritenere *tamquam non esset* la vicenda interdittiva sopravvenuta, ma piuttosto che, se al riacquisto di efficacia della misura originaria si accompagna la richiesta di aggiornamento e l'avvio da parte del Prefetto della necessaria istruttoria, tenuto conto dei tempi che

quest'ultima necessariamente richiede, è ragionevole riconoscere all'Amministrazione un margine di valutazione sul da farsi che tenga conto, oltre che della durata di tale *iter* procedimentale, anche dello stato di esecuzione del contratto e dell'opportunità di affidare la residua esecuzione a un altro operatore economico.

In tale ottica, dunque, si inserisce l'interpretazione sostanzialistica del principio di continuità nel possesso dei requisiti di partecipazione. Tale principio, infatti, deve necessariamente accordarsi con i criteri di proporzionalità e ragionevolezza, con l'interesse pubblico alla corretta e celere esecuzione del contratto, nonché con il principio del risultato introdotto dal nuovo Codice dei contratti.

Sicché, la Stazione appaltante non deve esercitare il proprio potere unicamente in ragione di una sopravvenienza di natura formale, consistente nella riviviscenza degli effetti interdittivi a seguito di revoca del controllo giudiziario per esito positivo della misura, ma deve valutare, in un'ottica sostanzialistica del principio di continuità nel possesso dei requisiti di partecipazione, la reale sussistenza o meno dei presupposti, fattuali o giuridici, per la prosecuzione del rapporto negoziale.

4. Conclusioni

La sentenza annotata appare particolarmente interessante al fine di indagare i profili di operatività concreta del principio di continuità nel possesso dei requisiti di partecipazione nella fase di esecuzione del contratto di appalto.

In materia di continuità nel possesso dei requisiti di ordine generale, la giurisprudenza è ormai granitica.

In particolare, i giudici amministrativi ritengono che l'operatore economico sia tenuto a garantire la continuità nel possesso dei requisiti, non solo di qualificazione, ma anche di ordine generale, per tutta la fase del procedimento, fino alla stipula del contratto, nonché per tutta

la durata dell'esecuzione del contratto, fino al compimento delle obbligazioni contrattuali¹.

La giurisprudenza, tuttavia, non si spinge a chiarire quali siano le conseguenze qualora l'appaltatore abbia perso, in corso di esecuzione, taluno dei requisiti di cui agli articoli 94 e ss. del Codice dei contratti.

Tale aspetto è stato, in parte, affrontato dall'ANAC, che in un recente Parere di precontenzioso, n. 69/2023, ha chiarito che la stazione appaltante ha la facoltà di risolvere il contratto di appalto ove l'appaltatore sia stato raggiunto da misure cautelari, ovvero provvedimenti di rinvio a giudizio, per reati di corruzione, ipotesi che, come noto, integra il concetto di grave illecito professionale.

L'ANAC, inoltre, ha precisato che ai fini del corretto esercizio del potere unilaterale di risoluzione, la Stazione appaltante è comunque tenuta ad effettuare una valutazione discrezionale delle circostanze integranti il grave illecito professionale di cui è venuta a conoscenza in corso di esecuzione del contratto. Alla luce di tali coordinate ermeneutiche, dunque, è possibile affermare che durante l'esecuzione del contratto di appalto non possano operare automatismi in ordine allo scioglimento del vincolo contrattuale, fatta eccezione per le ipotesi di risoluzione previste dal Codice dei contratti di cui al vigente art. 122.

In tutti gli altri casi, sia che si tratti delle vicende sopravvenute che il Codice dei contratti ricomprende nell'ambito delle cause di esclusione automatiche, sia che si tratti di quelle che il medesimo Codice annovera nell'ambito dei gravi illeciti professionali, spetta alla Stazione appaltante valutare se procedere con gli strumenti della risoluzione contrattuale, del recesso, ovvero della sospensione dell'esecuzione di cui all'art. 121 del Codice dei contratti.

E ciò in quanto nessun automatismo può sostituirsi alla volontà delle parti, neppure sotto la forma del principio di continuità nel possesso dei requisiti che, come osservato, va temperato con contrapposte esigenze e misurato anche in relazione ad eventuali difetti di coordinamento normativo tra istituti.

“ **Il complesso delle disposizioni attualmente vigenti, sebbene calibrato sulla progressività delle misure di contrasto alle infiltrazioni mafiose, consentendo di adeguare la risposta sanzionatoria in ragione della gravità e persuasività dell'infiltrazione mafiosa nell'attività di impresa, tuttavia, sconta un difetto di coordinamento tra procedimento amministrativo e procedimento giudiziario, alimentando il paradosso applicativo per cui l'impresa alla quale viene revocato il controllo giudiziario per esito positivo della misura si vede comunque escluso dalla procedura di gara, ovvero esonerato dall'esecuzione del contratto, a causa della contestuale revoca della misura interdittiva antimafia, ove il procedimento di aggiornamento della posizione antimafia non intervenga tempestivamente.** ”

Il RUP e la decisione a contrarre

di Stefano Usai

IL
PUN
TO

Uno degli atti relativi ai procedimenti/procedure di acquisto tra i più (a torto) sottovalutati è la decisione a contrarre.

In generale, la decisione a contrarre (come ora emerge dall'articolo 17 del codice) viene considerato come atto che determina un appesantimento nel procedimento/procedura e, non a caso, nelle ipotesi di acquisizione semplificate (si pensi in particolare all'affidamento diretto) da più parti, all'ANAC, ne è stata addirittura richiesta la "soppressione/eliminazione".

Ciò è quanto si legge nelle relazioni tecniche che accompagnano la prima versione delle linee guida ANAC n. 4 (relative alle acquisizioni semplificate nel sottosoglia e alla modalità di strutturazione dei procedimenti/procedure).

Nei riscontri alle richieste o di eliminare la "determinazione" a contrarre o di collocarla a valle del procedimento di acquisto (in pratica come ora previsto nel secondo comma dell'articolo 17 del codice di cui si dirà più avanti), l'ANAC ha invece sempre evidenziato la rilevanza dell'atto in parola che "indica" il procedimento/procedura e costituisce un autentico atto di micro organizzazione di come il RUP (che se non coincide con il dirigente/responsabile del servizio) intenda strutturare e gestire l'acquisizione.

Atto di micro organizzazione, pertanto, di frequente lettura – in caso di ricorsi – da parte dei giudici amministrativi che può "salvare" il procedimento/procedura contestato visto che consente di dare valenza esterna agli atti tecnici

(dal bando alla lettera di invito) e, soprattutto, di previamente spiegare, ad esempio, la mancata applicazione di disposizioni codicistiche laddove sia consentito da esse derogare con adeguata motivazione.

Si pensi, e si tratta solo del primo esempio, alla proposta del RUP di non seguire le indicazioni espresse dall'ANAC nel bando tipo n. 1/2023 (di obbligatoria applicazione alle procedure di acquisto di beni/servizi nel sopra soglia comunitario).

In questo senso, l'articolo 83 comma 3 prevede infatti che *"Successivamente all'adozione da parte dell'ANAC di bandi tipo, i bandi di gara sono redatti in conformità degli stessi. Le stazioni appaltanti, nella delibera a contrarre, motivano espressamente in ordine alle deroghe al bando-tipo"*.

La decisione su come strutturare/organizzare l'acquisizione quindi, che deve essere condivisa dal dirigente/responsabile del servizio (qualora questo non sia anche RUP) deve essere esplicitata nella decisione a contrarre.

“ La decisione su come strutturare/organizzare l'acquisizione quindi, che deve essere condivisa dal dirigente/responsabile del servizio (qualora questo non sia anche RUP) deve essere esplicitata nella decisione a contrarre. ”

1. Il passaggio da “determina” a “decisione a contrarre” con il nuovo codice

L’art. 17, come anticipato, disciplina – in modo sostanzialmente omologo a quanto accadeva con il pregresso articolo 32 -, la fase iniziale del procedimento/procedura di acquisizione.

Ogni affidamento deve essere preceduto da apposito atto e le stazioni appaltanti/enti concedenti sono tenute (non si tratta, pertanto, di una facoltà) ad adottare una “decisione di contrarre individuando gli elementi essenziali del contratto e i criteri di selezione degli operatori economici e delle offerte”.

Cambia, pertanto, il riferimento dei pregressi codici alla “determina” per una più diretta precisazione relativa alla “pubblicazione” della decisione su cosa e su come si intenda fare e procedere.

Il mutamento è tutt’altro che irrilevante tendente, in effetti, a dare maggiore responsabilità (a responsabilizzare) gli attori che devono avviare procedure di acquisto.

Viene meno, quindi, un riferimento astratto ad una determina per spiegare che nell’atto in parola si esprime una decisione imputabile direttamente al RUP ed al dirigente/responsabile del servizio (qualora le due figure/ruolo non dovessero coincidere).

E già si anticipa che la decisione a contrarre non è atto del RUP nel senso che questo soggetto, se non coincide con il titolare deputato alla firma

a valenza esterna, non potrà firmarla dovendo, caso mai, proporla al proprio responsabile del servizio.

Questo aspetto risultava piuttosto chiaro non tanto nell’articolo citato ma, piuttosto, nel secondo comma dell’articolo 15 (in tema di nomina del RUP) e, in particolare, nel testo proposto dagli estensori che poi non è stato approvato a vantaggio del testo attuale (anche corretto dal recente decreto correttivo ⁽¹⁾).

Il testo (solo) proposto prevedeva infatti che *“Il responsabile dell’unità organizzativa titolare del potere di spesa nomina il RUP tra i dipendenti della stazione appaltante o dell’ente concedente, preferibilmente in servizio nell’unità medesima, in possesso di competenze professionali adeguate in relazione ai compiti a lui affidati, nel rispetto dell’inquadramento contrattuale e delle relative mansioni”*.

Fermo restando che il testo “fotografa” perfettamente ciò che oggi deve accadere nelle stazioni appaltanti/enti concedenti (anche se non approvato in questa versione, ciò che ai nostri fini rileva è il (non obbligatorio) collegamento tra RUP e titolare “del potere di spesa”.

E’ quest’ultimo infatti deputato a dare valenza esterna agli atti tecnici della gara e, pertanto, a firmare la decisione a contrarre predisposta dal RUP.

L’accezione/riferimento alla titolarità del potere di spesa ben si innesta e coordina con le disposizioni (anche) contabili – si pensi al principio contabile 4/2 -, in cui si impone che

1. Il secondo comma dell’articolo 15, dopo la modifica del correttivo, prevede che *“Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti nominano il RUP tra i dipendenti assunti anche a tempo determinato della stazione appaltante o dell’ente concedente, preferibilmente in servizio presso l’unità organizzativa titolare del potere di spesa, in possesso dei requisiti di cui all’allegato I.2 e di competenze professionali adeguate in relazione ai compiti al medesimo affidati, nel rispetto dell’inquadramento contrattuale e delle relative mansioni. Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti che non sono pubbliche amministrazioni o enti pubblici individuano, secondo i propri ordinamenti, uno o più soggetti cui affidare i compiti del RUP, limitatamente al rispetto delle norme del codice alla cui osservanza sono tenute. Resta in ogni caso ferma la possibilità per le stazioni appaltanti, in caso di accertata carenza nel proprio organico di personale in possesso dei requisiti di cui all’allegato I.2., di nominare il RUP tra i dipendenti di altre amministrazioni pubbliche. L’ufficio di RUP è obbligatorio e non può essere rifiutato. In caso di mancata nomina del RUP nell’atto di avvio dell’intervento pubblico, l’incarico è svolto dal responsabile dell’unità organizzativa competente per l’intervento”*.

ogni intervento comportante una spesa deve avere la copertura finanziaria fin dall'avvio. E la copertura finanziaria viene "certificata" con la prenotazione di impegno di spesa che costituisce aspetto centrale della decisione a contrarre.

Non a caso, il secondo comma dell'articolo 1 dell'allegato II.1 (in tema di procedura negoziata) ricorda che *"La procedura prende avvio con la determina a contrarre ovvero con atto equivalente secondo l'ordinamento della singola stazione appaltante che contiene l'indicazione dell'interesse pubblico che si intende soddisfare, le caratteristiche delle opere, dei beni o dei servizi oggetto dell'appalto, l'importo massimo stimato dell'affidamento e la relativa copertura contabile, la procedura che si intende seguire con una sintetica indicazione delle ragioni della scelta, i criteri per l'individuazione degli operatori da invitare alla procedura negoziata a seguito dell'indagine di mercato o della consultazione degli elenchi, i criteri per la selezione degli operatori economici e delle offerte nonché le principali condizioni contrattuali"*.

L'aspetto centrale, pertanto, che il RUP (se non coincide con il responsabile del servizio) può solo verificare in funzione propositiva è il riferimento alla necessità che nella decisione a contrarre ⁽²⁾ "la relativa copertura contabile" ovvero la prenotazione di impegno di spesa che rimane di competenza del titolare del potere di spesa.

“ Con il nuovo codice cambia, pertanto, il riferimento dei pregressi codici alla “determina” per una più diretta precisazione relativa alla “pubblicazione” della decisione su cosa e su come si intenda fare e procedere. ”

2. La decisione a contrarre negli enti locali

Le competenze sull'adozione dell'atto (nel senso della firma della decisione a contrarre) appare ancora più evidente per gli enti locali e quindi nel decreto legislativo 267/2000.

In questo senso, ad esempio, nell'articolo 192, primo comma si legge che *"1. La stipulazione dei contratti deve essere preceduta da apposita determinazione del responsabile del procedimento di spesa indicante:*

- a) il fine che con il contratto si intende perseguire;*
- b) l'oggetto del contratto, la sua forma e le clausole ritenute essenziali;*
- c) le modalità di scelta del contraente ammesse dalle disposizioni vigenti in materia di contratti delle pubbliche amministrazioni e le ragioni che ne sono alla base".*

Il riferimento *"al responsabile del procedimento di spesa"* - e quindi il soggetto che ha poteri a valenza esterna coincidendo con il dirigente/ responsabile del servizio -, deve essere considerato in relazione agli aspetti contabili della decisione a contrarre.

In questo senso, ricorda il terzo comma dell'articolo 183 sempre del T. Unico in commento ricorda che *"Durante la gestione possono anche essere prenotati impegni relativi a procedure in via di espletamento. I provvedimenti relativi per i quali entro il termine dell'esercizio non è stata assunta dall'ente l'obbligazione di spesa verso i terzi decadono e costituiscono economia della previsione di bilancio alla quale erano riferiti, concorrendo alla determinazione del risultato contabile di amministrazione (...)"*.

La previsione, necessariamente aggiornata, deve essere letta nel senso che il responsabile del procedimento di spesa, nel momento in

2. Nell'allegato II.1 si riporta il pregresso riferimento alla determinazione a contrarre perché lo stesso riprende, in sostanza, il contenuto delle linee guida ANAC n.4.

cui avvia un intervento comportante spendita, deve (non è una facoltà) adottare l'atto con la prenotazione di impegno di spesa (ovvero la decisione a contrarre).

Completa questa precisazione di tipo "contabile" (ma che riguarda in modo rilevante il RUP tenuto a predisporre gli atti, compresa la decisione a contrarre) ciò che spiega il primo comma dell'articolo in commento.

Primo comma che rimarca come *"l'impegno (nda di spesa) costituisce la prima fase del procedimento di spesa, con la quale, a seguito di obbligazione giuridicamente perfezionata è determinata la somma da pagare, determinato il soggetto creditore, indicata la ragione e la relativa scadenza e viene costituito il vincolo sulle previsioni di bilancio, nell'ambito della disponibilità finanziaria accertata (...)".*

Da qui la conferma che gli "atti" amministrativi rimangono nella competenza del responsabile del servizio (se non coincide con il RUP) che è tenuto (se condivide il contenuto e le decisioni del RUP), pertanto, a firmare la decisione a contrarre, la decisione di affidamento, a stipulare il contratto ed ad assumere (firmare) la decisione di impegno di spesa.

Il RUP, invece, dovrà firmare i cc.dd. atti tecnici dal bando alla lettera di invito fermo restando che gli stessi non hanno una esistenza autonoma e distinta dalla decisione a contrarre che con questa vengono "approvati" ricevendo "valenza" esterna.

“ Gli “atti” amministrativi rimangono nella competenza del responsabile del servizio (se non coincide con il RUP) che è tenuto (se condivide il contenuto e le decisioni del RUP), pertanto, a firmare la decisione a contrarre, la decisione di affidamento, a stipulare il contratto ed ad assumere (firmare) la decisione di impegno di spesa. ”

3. La decisione a contrarre e l'affidamento diretto

L'ordinaria sequenza, decisione a contrarre, decisione di affidamento, stipula del contratto e decisione di impegno di spesa viene modificata – per volontà del legislatore – nel caso dell'affidamento diretto per il quale la decisione a contrarre (in realtà è una decisione di affidamento) si colloca "a valle" del procedimento di acquisto e non (come accade tradizionalmente) "a monte".

Il secondo comma dell'articolo 17 spiega, infatti, che *"In caso di affidamento diretto" la decisione a contrarre "individua l'oggetto, l'importo e il contraente, unitamente alle ragioni della sua scelta, ai requisiti di carattere generale e, se necessari, a quelli inerenti alla capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale".*

Il legislatore, quindi, impone l'atto unico ed in questo senso l'acquisizione nelle PAD "rispettano" questa indicazione visto che per poter acquisire il CIG occorre formalizzare (sulle piattaforme) l'affidamento.

Il richiamo al "contraente" supera anche (ma questo si deve soprattutto al recente DM del 10 ottobre 2024 che modifica, anche, il principio contabile 4/2) il riferimento all'affidatario visto che suppone già che questo sia diventato "parte" del contratto (sia pur semplificato).

L'indicazione però – e questo è il dato di maggior rilievo –, chiarisce che si tratta di decisione di affidamento addirittura efficace visto che implica la previa verifica dei requisiti.

Spiega la relazione tecnica, rispetto all'atto in parola (relativamente all'affidamento diretto) come lo stesso sia costitutivo dell'affidamento. Atto che conterrà – in via del tutto eccezionale visto il superamento della regola secondo cui l'impegno esige il previo perfezionamento dell'obbligazione giuridica (e quindi la previa stipula del contratto) –, anche l'impegno di spesa (come spiegato appunto nel DM appena citato).

“ L’ordinaria sequenza, decisione a contrarre, decisione di affidamento, stipula del contratto e decisione di impegno di spesa viene modificata – per volontà del legislatore – nel caso dell’affidamento diretto per il quale la decisione a contrarre (in realtà è una decisione di affidamento) si colloca “a valle” del procedimento di acquisto e non (come accade tradizionalmente) “a monte”. ”

Contenendo l’impegno di spesa, vale quanto sopra spiegato, anche quest’atto non è del RUP (salvo che coincida con il responsabile del servizio) visto che questo si limiterà alla sua redazione sintetizzando quanto imposto/ richiesto dalla disposizione dell’articolo 17 sopra riportata.

Da notare che il contenuto della decisione in commento si arricchisce dell’obbligatoria indicazione del contratto collettivo che l’affidatario dovrà applicare al proprio personale coinvolto nell’esecuzione delle prestazioni affidate.

In questo senso, il nuovo secondo comma dell’articolo 11 del codice (introdotto dall’articolo 2 del decreto legislativo 209/2024) prevede che *“Nei documenti iniziali di gara e nella decisione di contrarre di cui all’articolo 17, comma 2 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”*.

4. La decisione a contrarre ed il “problema” della nomina del RUP

Se il RUP (o un suo collaboratore) predispone la proposta di decisione a contrarre, evidentemente, la sua nomina/individuazione precede questo momento istruttorio.

Il responsabile unico, pertanto, non viene nominato/individuato con la decisione a contrarre (visto che “esiste” prima) ma verrà individuato/nominato con un atto *ad hoc* che compete, evidentemente, al responsabile del servizio titolare del potere di spesa.

L’atto in parola è l’ordine di servizio visto che con questo – come anche confermato dalla giurisprudenza (tra le ultime il Tar Abruzzo sentenza n. 158/2022) -, si gestisce la micro organizzazione lavorativa.

Si tratta di atto, quindi, di tipo civilistico (con conseguente cognizione del giudice ordinario) e non di mero atto/provvedimento amministrativo.

“ Il responsabile unico, pertanto, non viene nominato/individuato con la decisione a contrarre (visto che “esiste” prima) ma verrà individuato/nominato con un atto ad hoc (un ordine di servizio) che compete, evidentemente, al responsabile del servizio titolare del potere di spesa. ”

5. Il contenuto della decisione a contrarre

Sul contenuto dell’atto in argomento si devono registrare almeno due indicazioni, una sintetica (nel primo comma dell’articolo 17) una maggiormente adeguata contenuta nel comma 2, art. 1 dell’allegato II.1 sopra riportato.

Al di là del contenuto specifico ovvero il fatto che, in ogni caso, l’atto deve sintetizzare *“gli elementi essenziali del contratto e i criteri di selezione degli operatori economici e delle offerte”*, l’aspetto di maggior rilievo oltre alla questione della necessaria copertura finanziaria

assicurata con la prenotazione di impegno di spesa e che l'atto determina l'avvio della procedura. Nel caso di complessi atti tecnici, quindi, (dal bando alla lettera di invito) gli stessi risulteranno "approvati" dalla decisione a contrarre.

È grazie alla decisione a contrarre che questi documenti vengono, praticamente, "abilitati" a produrre effetti verso l'esterno visto che con la decisione a contrarre viene "esternalizzata" la volontà di avviare la procedura con l'indicazione degli strumenti che verranno utilizzati (che variano ovviamente a seconda della tipologia di procedura decisa dal RUP).

“
**È grazie alla decisione a contrarre
 che questi gli atti tecnici
 (dal bando, capitolato etc)
 vengono, praticamente, “abilitati” a
 produrre effetti verso l'esterno visto
 che con la decisione a contrarre
 viene “esternalizzata” la volontà
 di avviare la procedura con
 l'indicazione degli strumenti che
 verranno utilizzati (che variano
 ovviamente a seconda della tipologia
 di procedura decisa dal RUP).**
 ”

Il subappalto “a cascata”. Profili normativi e giurisprudenziali dell’istituto nel Nuovo Codice

di Claudio Beneduce

IL
PUN
TO

Premessa

Il presente contributo si occupa dei profili evolutivi che hanno riguardato il **subappalto c.d. “a cascata”**. L’istituto, oggi non più vietato, è espressamente disciplinato dal co. 17 dell’art. 119 del Nuovo Codice, come da ultimo integrato e modificato dal decreto legislativo 31 dicembre 2024, n. 209. In particolare, si esaminano, con pensiero critico e tenuto conto delle risultanze delle prime applicazioni concrete del “nuovo” istituto, e gli elementi di forza e le criticità che contraddistinguono l’impiego di tale modalità d’esecuzione della commessa dell’appalto.

Invero, il subappalto per definizione codicistica **è il contratto con il quale l’appaltatore affida a terzi l’esecuzione di parte delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto, con organizzazione di mezzi e rischi a carico del subappaltatore (si veda l’art. 119 comma 2 del D.Lgs 36/2023).**

Costituisce, comunque, subappalto di lavori qualsiasi contratto stipulato dall’appaltatore con terzi avente ad oggetto attività ovunque espletate che richiedono l’impiego di manodopera, quali le forniture con posa in opera e i noli a caldo, se singolarmente di importo superiore al 2 per cento dell’importo delle prestazioni affidate o di importo superiore a 100.000 euro e qualora l’incidenza del costo della manodopera e del personale sia superiore al 50 per cento dell’importo del contratto da affidare. Nel rispetto dei principi di cui agli articoli 1, 2 e 3, previa adeguata motivazione nella decisione di contrarre, le stazioni

appaltanti, eventualmente avvalendosi del parere delle Prefetture competenti, indicano nei documenti di gara le prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto da eseguire a cura dell’aggiudicatario in ragione delle specifiche caratteristiche dell’appalto, ivi comprese quelle di cui all’articolo 104, comma 11, in ragione dell’esigenza di rafforzare, tenuto conto della natura o della complessità delle prestazioni o delle lavorazioni da effettuare, il controllo delle attività di cantiere e più in generale dei luoghi di lavoro o di garantire una più intensa tutela delle condizioni di lavoro e della salute e sicurezza dei lavoratori ovvero di prevenire il rischio di infiltrazioni criminali. Si prescinde da tale ultima valutazione quando i subappaltatori siano iscritti nell’elenco dei fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori di cui al comma 52 dell’articolo 1 della legge 6 novembre 2012, n. 190, oppure nell’anagrafe antimafia degli esecutori istituita dall’articolo 30 del decreto-legge 17 ottobre 2016, n. 189, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 dicembre 2016, n. 229. 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. L’affidatario comunica alla stazione appaltante, prima dell’inizio della prestazione, per tutti i sub-contratti che non sono subappalti, stipulati per l’esecuzione dell’appalto, il nome del sub-contrattante, l’importo del

subcontratto, l'oggetto del lavoro, servizio o fornitura affidati. Sono, altresì, comunicate alla stazione appaltante eventuali modifiche a tali informazioni avvenute nel corso del subcontratto. È altresì fatto obbligo di acquisire autorizzazione integrativa qualora l'oggetto del subappalto subisca variazioni e l'importo dello stesso sia incrementato".

Parimenti, **il co.3 del medesimo articolo** espressamente individua quelle attività che per la loro "specificità" non possono configurarsi come attività affidate in subappalto e segnatamente *"Non si configurano come attività affidate in subappalto, per la loro specificità, le seguenti categorie di forniture o servizi: a) l'affidamento di attività secondarie, accessorie o sussidiarie a lavoratori autonomi, per le quali occorre effettuare comunicazione alla stazione appaltante; b) la subfornitura a catalogo di prodotti informatici; c) l'affidamento di servizi di importo inferiore a 20.000 euro annui a imprenditori agricoli nei comuni classificati totalmente montani di cui all'elenco dei comuni italiani predisposto dall'ISTAT, oppure ricompresi nella circolare del Ministero delle finanze n. 9 del 14 giugno 1993, pubblicata nel supplemento ordinario n. 53 alla Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana n. 141 del 18 giugno 1993, nonché nei comuni delle isole minori di cui all'allegato A annesso alla legge 28 dicembre 2001, n. 448; d) le prestazioni secondarie, accessorie o sussidiarie rese in favore dei soggetti affidatari in forza di contratti continuativi di cooperazione, servizio o fornitura sottoscritti in epoca anteriore alla indizione della procedura finalizzata alla aggiudicazione dell'appalto. I relativi contratti sono trasmessi alla stazione appaltante prima o contestualmente alla sottoscrizione del contratto di appalto.*

Si tratta di un istituto, così come disciplinato e definito dal Codice dei Contratti Pubblici, che è sempre stato, a ragione delle caratteristiche delineate dal Legislatore italiano, foriero di formali rimproveri - e, in alcuni casi gravi, anche di procedure di infrazione - da parte della Commissione Europea.

Pertanto, **il Nuovo Codice dei Contratti Pubblici, di cui al Decreto legislativo 31**

marzo 2023, sensibile alla realizzazione degli obiettivi "di stretta aderenza alle direttive europee", in attuazione delle indicazioni fornite dall'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante delega al Governo in materia di contratti pubblici, ha integralmente riformato la disciplina dell'istituto del subappalto, oggi regolato dall'art. 119 del D.Lgs 36/2023, **riconoscendo come ammissibile (recte non vietando) il rimedio esecutivo del subappalto "a cascata", cioè che le prestazioni o lavorazioni del contratto di appalto, già subappaltate, possono formare oggetto di ulteriore subappalto.**

“ **Il subappalto per definizione codicistica ai sensi dell'art. 119 co. 2 del D.Lgs 36/2023 è il contratto con il quale l'appaltatore affida a terzi l'esecuzione di parte delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto, con organizzazione di mezzi e rischi a carico del subappaltatore.** ”

1. Il subappalto a cascata nel Vecchio Codice dei Contratti Pubblici D.Lgs 50/2016

L'art. 105 co. 19 del D.Lgs 50/2016 (Vecchio Codice dei Contratti Pubblici) prevedeva espressamente che "L'esecuzione delle prestazioni affidate in subappalto non può formare oggetto di ulteriore subappalto". La disciplina codicistica previgente vietava, pertanto, qualsiasi impiego delle modalità esecutive del subappalto a cascata.

La ratio di tale indiscriminato divieto risiedeva - con tutta probabilità - nella necessità di tutela del mercato dalle (possibili) infiltrazioni della criminalità organizzata, minaccia particolarmente avvertita e sentita nell'ordinamento sociale, economico e prima ancora giuridico italiano.

Tuttavia, nel corso del tempo, la Corte di Giustizia Europea, **(si veda sul punto Corte di giustizia dell'Unione europea, sezione V, sentenza 26 settembre 2019, C-63/18, Vitali s.p.a.)** compulsata dalla Commissione Europea, ha riconosciuto che un siffatto limite generalizzato, imposto ex lege dall'art. 105 cit., si poneva in antinomia e dunque in netto contrasto con gli obiettivi, in particolare, delle Direttive 2014/24 UE e 2014/25 UE nella parte in cui non agevolava la maggiore partecipazione delle piccole medie imprese agli appalti pubblici ed anzi ne precludeva l'accesso.

In altri termini, la giurisprudenza eurounitaria ha riconosciuto, in più pronunce, che il divieto per il subappaltatore di subappaltare ulteriormente alcune prestazioni o servizi oggetto della commessa pubblica (il c.d. subappalto a cascata) realizza un "inammissibile" caso di **gold planting**, ovvero la introduzione di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive europee – dunque eccessivi – e tanto in spregio agli obiettivi liberali del mercato europeo.

La Corte costituzionale con la pronuncia 27/05/2020, (ud. 05/05/2020, dep. 27/05/2020), n.100 ha infatti individuato la ratio della pratica di gold planting id est quella procedura caratterizzata dalla introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive comunitarie, nella necessità di impedire l'introduzione, in via legislativa, di oneri amministrativi e tecnici, ulteriori rispetto a quelli previsti dalla normativa comunitaria, che riducano la concorrenza in danno delle imprese e dei cittadini.

Sul punto, si richiama la compiuta ricostruzione operata **dalla IV Sez. del Consiglio di Stato nella recentissima pronuncia n. 648/2025 del 28.1.2025** che ha affermato che *"la giurisprudenza della Corte di giustizia ha avuto modo, per quanto di rilievo nel presente giudizio, di chiarire che, in materia di subappalto, ogni normativa nazionale deve essere improntata e, conseguentemente, necessariamente interpretata nel senso di consentire la più ampia partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica". In particolare, i Giudici di Palazzo*

Spada hanno affermato che "la sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea del 26 settembre 2019, nella causa C-63/18, ha chiarito che "secondo una giurisprudenza costante, e come risulta dal considerando 78 della direttiva 2014/24, in materia di appalti pubblici, è interesse dell'Unione che l'apertura di un bando di gara alla concorrenza sia la più ampia possibile. Il ricorso al subappalto, che può favorire l'accesso delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici, contribuisce al perseguimento di tale obiettivo (v. in tal senso, sentenza del 5 aprile 2017, Borta, C-298/15, EU:C:2017:266, punto 48 e giurisprudenza ivi citata)".

La citata Pronuncia conclude ribadendo – con forza - la contrarietà di fondo all'operare nella materia in esame di automatismi preclusivi e alla mancata previsione di una valutazione caso per caso e ricorda che *"l'esigenza di adeguamento della disciplina in materia di subappalto ai rilievi contenuti nella procedura d'infrazione n. 2018/2773 e ai principi affermati nelle sentenze della CGUE Vitali e Ferrari ha, infine, ispirato la formulazione dell'art. 119 del nuovo codice degli appalti, che, come noto, ha eliminato il limite quantitativo rigido di ammissibilità del subappalto e il divieto del subappalto a cascata".* In altri termini, le limitazioni precedentemente imposte dal Legislatore italiano non hanno una matrice sovranazionale.

Difetta nelle direttive europee una disciplina limitativa della possibilità di ricorrere al subappalto ed anzi la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha sempre dichiarato apertura all'utilizzo di tale modulo esecutivo dell'appalto **(Si veda in termini analoghi anche la Cgue, sentenza, 5 aprile 2017, causa C-298/15).**

Si inserisce in tale filone **anche la Segnalazione del 4 novembre 2020, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato** che, nel sottoporre al Legislatore Italiano le criticità riguardanti i limiti di utilizzo del subappalto sì come disciplinanti dall'art. 105 del D.Lgs 50/2016, ha evidenziato che *"Considerata la prossima scadenza delle soluzioni temporaneamente apprestate dal legislatore*

, l'Autorità osserva di aver già sottolineato, in alcune recenti occasioni, la valenza pro-concorrenziale dell'istituto del subappalto, anche ipotizzando un ampliamento dei limiti al suo utilizzo, al fine di aumentare le possibilità per le piccole e medie imprese di operare sui mercati. Si è evidenziato come, secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia UE del 26 settembre 2019 nel caso C-63/18 Vitali, una normativa nazionale come quella italiana, che vieta in modo generale e astratto il ricorso al subappalto oltre una percentuale fissa dell'affidamento, indipendentemente dal settore economico interessato dall'appalto, dalla natura dei lavori o dall'identità dei subappaltatori, non può essere ritenuta compatibile con la Direttiva 2014/24/UE. È stato pertanto auspicato di modificare le norme limitative del subappalto per il concessionario pubblico, che risultano in contrasto con la normativa europea" e pertanto "considerata la giurisprudenza euro-unitaria intervenuta sul punto, l'Autorità ritiene opportuna una modifica normativa volta a: (i) eliminare la previsione generale e astratta di una soglia massima di affidamento subappaltabile; (ii) prevedere l'obbligo in capo agli offerenti, che intendano ricorrere al subappalto, di indicare in sede di gara la tipologia e la quota parte di lavori in subappalto, oltre all'identità dei subappaltatori; (iii) consentire alle stazioni appaltanti di introdurre, tenuto conto dello specifico contesto di gara, eventuali limiti all'utilizzo del subappalto che siano proporzionati rispetto agli obiettivi di interesse generale da perseguire e adeguatamente motivati in considerazione della struttura del mercato interessato, della natura delle prestazioni o dell'identità dei subappaltatori. Si auspica che il legislatore vorrà tenere in debita considerazione le osservazioni sopra espresse."

In sintesi, la giurisprudenza amministrativa, già particolarmente attenta a tema (si cita in termini analoghi le considerazioni emerse nel dispositivo della **Sentenza della I Sez. del TAR Lecce – Puglia del 5.12.2019 n. 1938/2019**) ha ritenuto che, in applicazione dei principi dettati dalla CGUE, non possa più ritenersi applicabile "a priori" il limite al subappalto a cascata, ma che debba comunque essere valutato in concreto se il ricorso a tale

modalità di subappalto abbia effettivamente violato i principi di trasparenza, di concorrenza e di proporzionalità. L'indirizzo pretorio, come spesso accade, attento alle mutevoli, dinamiche e muliformi concrete realtà imprenditoriali, che sono esempre più spesso oggetto di repentini e drastici cambiamenti funzionali ad un costante adeguamento alle condizioni e alle regole del gioco del mercato, anticipa (quando, pur non potendo, sopperisce) le lacune del Legislatore italiano, che dopo ben oltre otto anni è intervenuto sul punto con l'introduzione recte l'ammissione del subappalto a cascata ex art. 119 co. 17 del D.lgs 36/2023.

“ **L'art. 105 co. 19 del D.Lgs 50/2016 (Vecchio Codice dei Contratti Pubblici) prevedeva espressamente che "L'esecuzione delle prestazioni affidate in subappalto non può formare oggetto di ulteriore subappalto". La disciplina codicistica previgente vietava, pertanto, qualsiasi impiego delle modalità esecutive del subappalto a cascata.** ”

2. Il subappalto a cascata nel Nuovo Codice dei Contratti Pubblici D.Lgs 36/2023

Come anticipato nelle premesse, oggi, su pressante sollecitazione delle direttive europee e in applicazione dei dettati del diritto vivente della giurisprudenza amministrativa, non sussiste più (né può sussistere) il divieto generale – e generalizzato – all'impiego del subappalto a cascata. Infatti, il "nuovo" comma 17 dell'art. 119 del Nuovo Codice dei Contratti Pubblici prevede che "Le stazioni appaltanti indicano nei documenti di gara le prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto che, pur subappaltabili, non possono formare oggetto di ulteriore subappalto, in ragione delle specifiche caratteristiche dell'appalto e dell'esigenza, tenuto conto della natura o della complessità delle prestazioni o delle lavorazioni

da effettuare, di rafforzare il controllo delle attività di cantiere e più in generale dei luoghi di lavoro o di garantire una più intensa tutela delle condizioni di lavoro e della salute e sicurezza dei lavoratori oppure di prevenire il rischio di infiltrazioni criminali.

“ **Il “nuovo” comma 17 dell’art. 119 del Nuovo Codice dei Contratti Pubblici prevede che “Le stazioni appaltanti indicano nei documenti di gara le prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto che, pur subappaltabili, non possono formare oggetto di ulteriore subappalto, in ragione delle specifiche caratteristiche dell’appalto e dell’esigenza, tenuto conto della natura o della complessità delle prestazioni o delle lavorazioni da effettuare, di rafforzare il controllo delle attività di cantiere e più in generale dei luoghi di lavoro o di garantire una più intensa tutela delle condizioni di lavoro e della salute e sicurezza dei lavoratori oppure di prevenire il rischio di infiltrazioni criminali. Si prescinde da tale ultima valutazione quando i subappaltatori ulteriori siano iscritti nell’elenco dei fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori di cui al comma 52 dell’articolo 1 della legge 6 novembre 2012, n. 190, ovvero nell’anagrafe antimafia degli esecutori istituita dall’articolo 30 del decreto-legge 17 ottobre 2016, n. 189, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 dicembre 2016, n. 229.”**

”

Si prescinde da tale ultima valutazione quando i subappaltatori ulteriori siano iscritti nell’elenco dei fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori di cui al comma 52 dell’articolo 1

della legge 6 novembre 2012, n. 190, ovvero nell’anagrafe antimafia degli esecutori istituita dall’articolo 30 del decreto-legge 17 ottobre 2016, n. 189, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 dicembre 2016, n. 229.”

In altri termini, la disciplina vigente ammette l’adozione delle misure dell’appalto a cascata, riconoscendo alla P.A. un onere motivazionale discrezionale di indicare in sede di gara quelle prestazioni e lavorazioni, che non possono essere “ulteriormente” subappaltabili, giustificando tale limitativa con riferimento: i) alle caratteristiche specifiche dell’appalto; ii) alle esigenze da soddisfare; iii) alla natura e la complessità delle prestazioni o delle lavorazioni da effettuare; iv) all’esigenza di rafforzare il controllo delle attività di cantiere (luoghi di lavoro); v) alla volontà di garantire più tutela delle condizioni di lavoro e di salute e sicurezza dei lavoratori vi) alla necessità di prevenire il rischio di infiltrazioni criminali.

Punto di riferimento, pertanto, delle analisi e delle indagini della P.A. in veste di stazione appaltante diventano, su prescrizione normativa del Legislatore, le peculiarità intrinseche ed estrinseche delle prestazioni e lavorazioni oggetto dell’appalto.

Inoltre, con il correttivo al Codice dei Contratti del 2023 – e, precisamente con l’art. 41 co. 1 lett) del D.Lgs 209/2024 - al comma 17 citato è stato aggiunto, infine, il seguente periodo: *«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.»*

Tale norma da ultimo introdotta risponde alla necessità di dirimere i diversi dubbi emersi circa la effettiva normativa cui soggiaceva l’istituto del subappalto a cascata, precedentemente oggetto di contrasti e giurisprudenziali e dottrinali che hanno imposto al Legislatore una soluzione quantomeno chiarificatrice.

Non vi è, dunque, più differenza tra la disciplina applicabile al subappalto “puro” e quella applicabile al subappalto a cascata.

In sintesi, anche a tale istituto, quando non “motivatamente” escluso, si applicano le prescrizioni e le regole previste dal Nuovo Codice in tema di subappalto e, pertanto, a titolo esemplificativo, il “sub” appaltatore deve essere qualificato per le lavorazioni e le prestazioni da eseguire, non devono sussistere a suo carico le cause di esclusione di cui al Capo II del Titolo IV della Parte V del Codice e l’offerta deve indicare i lavori o le parti di opere ovvero i servizi e le forniture o parti di servizi e forniture che si intende subappaltare a cascata. Il comma 17 del nuovo art. 119 tende a soddisfare le prescrizioni dell’UE, eliminando il divieto generale e astratto del c.d. subappalto a cascata, e consentendo, tuttavia, alle stazioni appaltanti di prevederne delle limitazioni specifiche e motivate, nel rispetto dei principi di trasparenza e di tutela del mercato del lavoro.

3. Conclusioni

L’istituto del subappalto “a cascata” risponde, certamente, alla necessità di realizzare gli obiettivi liberali del mercato nazionale ed europeo, permettendo, da un lato, all’operatore economico – risultato vincitore – di ridurre i costi e affidare alcune attività e/o lavori a imprese specialistiche che possono svolgerle in modo più efficiente e immediato e, dall’altro lato, alle piccole medie imprese di risultare (finalmente) competitive anche nelle procedure ad evidenza pubblica, che generalmente è monopolio di poche e grandi realtà.

È chiaramente un efficace strumento di risposta al monopolio concorrenziale dell’“elite” imprenditoriale e di sostegno alle emergenti piccole realtà aziendali, che vanno necessariamente tutelate perché raccontano e tramandano la tradizione culturale, artigianale ed imprenditoriale della storia italiana del dopoguerra.

Tuttavia, tale “modulo” esecutivo non si sottrae tuttavia a molteplici dubbi e rilievi critici.

È evidente che la “distanza” dal centro di committenza – a seguito delle procedure di sub appalto - del soggetto che “materialmente”

esegue i lavori e/o le prestazioni, determina *sine ullo dubio* una perdita di controllo circa la effettiva qualità dell’opera.

Parimenti, il numero maggiore dei soggetti coinvolti nell’appalto espone, certamente, la struttura di direzione della P.A. appaltante a una più complessa e ostica (se non addirittura gravosa) attività di coordinamento tra le diverse imprese protagoniste. Infine, è chiaro che la fisiologica carenza di controllo aumenta certamente i rischi di infiltrazioni di realtà criminose espone le commesse dell’appalto a potenziali influenze illecite.

“ **L’istituto del subappalto “a cascata” risponde, certamente, alla necessità di realizzare gli obiettivi liberali del mercato nazionale ed europeo, permettendo, da un lato, all’operatore economico – risultato vincitore – di ridurre i costi e affidare alcune attività e/o lavori ad imprese specialistiche che possono svolgerle in modo più efficiente e immediato e, dall’altro lato, alle piccole medie imprese di risultare (finalmente) competitive anche nelle procedure ad evidenza pubblica. Tuttavia, tale “modulo” esecutivo non si sottrae tuttavia a molteplici dubbi e rilievi critici.** ”

La parcellizzazione tra tante esecutrici dei progetti, in un sistema di controlli inefficiente, potrebbe facilitare l’introduzione di pratiche illecite.

Il nuovo istituto, pertanto, potrebbe porsi in netto contrasto con gli obiettivi che il Legislatore del “Vecchio” Codice tentava (in alcuni casi anche del tutto invano di perseguire) ovvero norme pubblicistiche “*le finalità, quali la prevenzione di infiltrazioni criminali e la tendenziale stabilità dell’esecutore (dove il divieto di subappalto a cascata e la fissazione di soglie di*

"subappaltabilità")" (si veda sul punto ex multis T.A.R. Roma, (Lazio) sez. III, 23/01/2010, (ud. 09/12/2009, dep. 23/01/2010), n.776).

Sarà, pertanto, delicato ed importante il lavoro dell'Amministrazione (e delle sue strutture di coordinamento e sostegno) in sede di indizione di gara. Infatti, ed in modo particolare per ciò che attiene all'istituto del subappalto a cascata, la Pubblica Amministrazione dovrà necessariamente adottare misure che siano il frutto di un sensibile e complessivo bilanciamento tra gli interessi pubblici di tutela e quelli economici delle piccole realtà imprenditoriali.

È evidente, in tali sensi, la responsabilizzazione dei RUP di Gara che dovranno governare una realtà imprenditoriale di soggetti materialmente esecutori dei servizi e dei lavori dell'appalto sempre più eterogenea e rispondenti a "centri" di responsabilità distanti da quello di Committenza pubblica.

In conclusione, la P.A., nel rispetto delle prescrizioni del Nuovo Codice dei Contratti Pubblici e, in modo particolare, del preminente principio del risultato (di cui all'art. 1, D. Lgs. 31 marzo 2023, n. 36), dovrà evitare l'adozione di scelte deflative all'impiego del subappalto a cascata e, al contempo, giustificare una sua legittima esclusione quando sussistono evidenti ragioni di interesse pubblico primarie.

La Norma di Project Management UNI ISO 21502 e Codice Appalti

di Pier Luigi Guida

IL
PUN
TO

1. Perché le norme di project management?

Anche il project management, quale disciplina di gestione progetti, ha razionalizzato il suo corpo di conoscenze in specifici documenti, quali norme o standard di riferimento, che rappresentano per i professionisti e gli operatori di settore delle linee guida di cosiddette "best practice", da mettere in atto allorché s'intenda realizzare progetti in modo per quanto possibile razionale ed efficiente. Ciò vale in particolare quando trattasi di utilizzare ingenti risorse pubbliche e quando i progetti siano complessi e impegnativi. Ma anche i cosiddetti progetti medio-piccoli richiedono la dovuta perizia e attenzione.

Non trattasi, come peraltro già esposto in queste colonne, di norme o regole di natura "scientifica", ma di buone o delle migliori "pratiche" di carattere generale che, in base all'esperienza e alle competenze maturate nel campo e distillate in specifici documenti, si ritiene possano assicurare un certo successo ai progetti intrapresi. Beninteso che gli stessi abbiano alla partenza idonee fondamenta e certe precondizioni di avvio, peraltro ampiamente raccomandate dalla stessa disciplina.

Come per altre materie infatti, quando la comunità internazionale raggiunge un generale accordo su quanto costituisce i migliori o riconosciuti modi di azioni, metodi e comportamenti per affrontare determinati

problemi, in condizioni di lavoro più o meno simili, e tali esperienze siano codificate in standard o linee guida riconosciute di altrettanto valore comune, è verosimile che i risultati previsti di un progetto siano raggiungibili, o meglio conseguibili con la dovuta o sufficiente efficacia ed efficienza. L'efficacia riguarda il raggiungimento soddisfacente degli obiettivi, l'efficacia il fatto che gli stessi siano conseguiti al minor costo e con le risorse disponibili.

Ciò non nega assolutamente il principio che in questo percorso molto dipenderà dalle competenze e dalle capacità personali dei manager, dei gestori e di quanti altri siano responsabili degli stessi progetti, come peraltro si riconosce in tutte le discipline e le professioni; infatti, ciascuno dovrà personalizzare il proprio progetto secondo le condizioni e le particolarità del caso - come si dice in gergo fare "*tailoring*"; ma si riconosce che si debbano avere anche le opportune conoscenze per condurre al meglio il proprio lavoro, e se si vuole, accelerare le proprie competenze e la crescita del proprio percorso professionale.

Già in precedenza in queste colonne ci si è proposti di evidenziare che:

- il project management non è disciplina individuale, ma di tutta la o le organizzazioni che concepiscono, finanziano, promuovono e gestiscono progetti, ciascuna nell'ambito del proprio ruolo;
- le competenze del cliente e committente risultano altrettanti importanti, se non superiori a quelle di coloro, appaltatori e fornitori, che devono realizzare e consegnare i risultati dei progetti;
- deve esistere un linguaggio comune di conoscenze di project management, oltre che di competenze e di valori riconosciuti, per portare a termine i progetti quale impresa "comune" di

cliente e fornitore, quale appunto il caso dei progetti del settore pubblico; di cui in particolare il contratto d'*appalto*, come già peraltro evidenziato, rappresenta modo e strumento di realizzazione, certo importante, ma non sostitutivo del concetto più generale e fondamentale di *progetto*¹.

Degli stessi concetti e "ipotesi di lavoro" si è fatto interprete, peraltro, il nuovo codice dei contratti pubblici, nei diversi *principi* introdotti nella parte iniziale dell'ultima edizione, oltre che avere più esplicitamente introdotto concetti, specifici termini e citato le stesse norme di project management; forse ancora poco note e, si dovrebbe intendere, in fase di progressiva acquisizione e adozione da parte degli stakeholder interessati, quali stazioni appaltanti e operatori economici.

Norme che, infatti, sono richiamate in alcuni punti del citato codice, in particolare in all. I.7, allorché si prevede che:

- *Il DIP (documento di indirizzo alla progettazione), oltre ai contenuti stabiliti, può contenere, in materia di digitalizzazione dei processi e di modellazione informativa, ulteriori riferimenti alla fase esecutiva, anche con riferimento alla pianificazione e gestione della realizzazione prevista dalla norma UNI ISO 21502:2021 e dalla norma UNI ISO 31000 (art. 3, c.3);*
- *Per i lavori complessi (..) è inoltre predisposto, sulla base del computo metrico estimativo di cui all'articolo 31, un modello di controllo e gestione del processo di realizzazione dell'intervento attraverso l'utilizzo della metodologia di cui alla norma UNI ISO 21500 relativa alle strutture analitiche di progetto (art. 30, c.4)*

1. Principi già trattati in altri contributi di questa serie Project management e settore pubblico della Rivista, in bibliografia [3] e seguenti.

2. Le norme della Serie UNI ISO 21500

Nonostante la gestione dei progetti sia nata con lo sviluppo dell'innata capacità dell'uomo di realizzare opere, si fa risalire a Gantt (inizi del '900) la nascita del moderno project management, e la letteratura sia stata prodiga in materia sin dagli anni '60 del secolo scorso, è dagli '80 che si sono infatti sviluppati standard riconosciuti a livello internazionale, quali cosiddetti "corpi di conoscenze" in argomento².

È solo tuttavia nel 2008 che l'ISO, l'organizzazione degli standard internazionali, ha promosso la nascita di una nuova serie di norme di project management, ovvero la serie ISO 21500, dalla sigla della prima norma di riferimento, pubblicata nel 2012.

Nel 2021, dopo una certa evoluzione, sono state rese disponibili nuove edizioni, quali testi appunto citati nel nostro Codice nonché recepiti dal nostro corpo di norme nazionali, sotto l'egida UNI³.

Per completezza di scenario la cosiddetta serie 21500 comprende un gruppo di norme che riguardano diversi aspetti della materia, di

project management detta in senso lato, di cui:

- la norma UNI ISO 21500 rappresenta la capostipite, e riguarda una introduzione alla stessa serie e un inquadramento generale alla materia,
- la norma UNI ISO 21502 riguarda il project management vero e proprio e la gestione progetti *strictu sensu*, oggetto specifico delle presenti note.

Tale premessa si giustifica in Tabella 1, che rappresenta l'elenco attuale delle norme, sui temi specifici, peraltro oggetto di progressiva estensione; mentre in Figura 1 si fornisce uno schema di sintesi.

In particolare, i concetti di *programma* e *portfolio di progetti* sono già stati illustrati in precedente articolo [3].

Inoltre, dovrebbe ritenersi che, quando il Codice nel suddetto richiamo (art.30) cita la UNI ISO 21500, in realtà meglio dovrebbe interpretarsi come "serie di norme UNI ISO 21500", essendo il precedente richiamo (art. 3) più formalmente corretto.

La UNI ISO 21502 è stata redatta con il contributo

Argomento	Numero	Anno edizione
Contesto e concetti	UNI ISO 21500	2021
Project Management	UNI ISO 21502	2021
Governance	UNI ISO 21505	2021
Portfolio management	UNI ISO 21504	2016
Programme management	UNI ISO 21503	2021
Work Breakdown Structure (WBS)	UNI ISO 21511	2021
Valore appreso (Earned Value)	UNI ISO 21508	2021
Vocabolario	UNI ISO/TR 21506	2025

Tabella 1

Serie di Norme "UNI ISO 21500"

2. I termini *norma* e *standard* sono adottati nel presente testo in modo equivalente.

3. I testi originali sono richiamati in [1,2], il tema più generale delle norme è stato trattato in [3], in Bibliografia al termine dell'articolo.

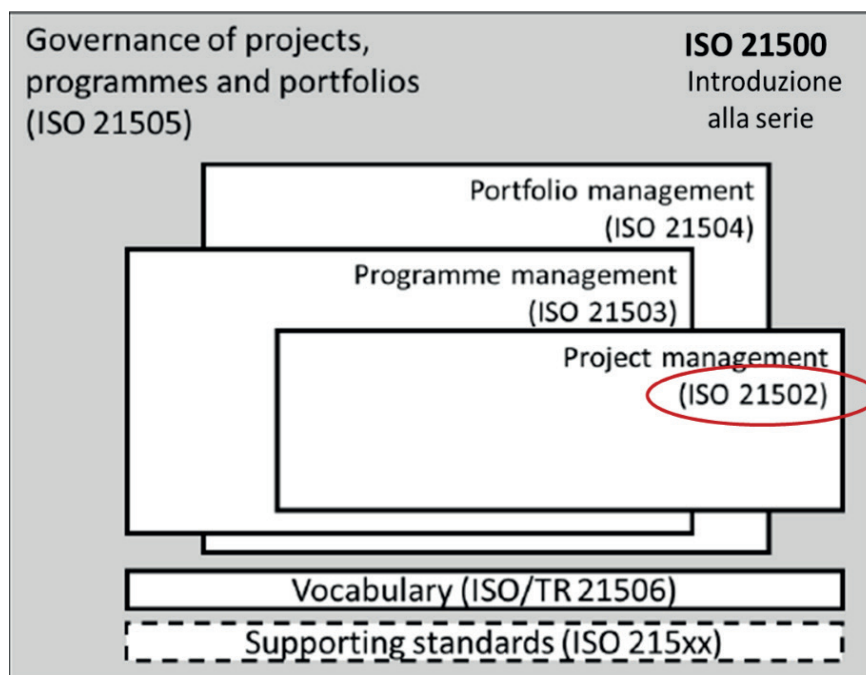


Figura 1
Schema della famiglia di norme ISO 21500 (fra cui si evidenzia quella oggetto dell'articolo)

dei rappresentanti di numerosi paesi, fra cui il nostro, che partecipa al tavolo o comitato tecnico ISO TC 258, tramite rappresentanti di uno specifico comitato dell'UNI, che partecipa anche ai lavori sulle altre norme.

3. L'evoluzione della norma UNI ISO 21502

Lo standard in oggetto incorpora una certa tendenza, sviluppata negli ultimi anni nel campo normativo della gestione progetti, che favorisce un approccio metodologico meno direttivo e stringente per le organizzazioni coinvolte nella realizzazione progetti; in edizione precedente (2012) basato su un modello per "processi", che si è evoluto tuttavia in un modello orientato alle cosiddette "pratiche" di progetto, come si esplicherà in seguito.

Il concetto di "pratica" identifica un certo tipo e numero di attività elementari, il cui svolgimento deve essere assicurato dall'organizzazione, lasciando a quest'ultima il compito di organizzare,

in dettaglio, i metodi, i processi e le procedure necessarie a conseguire i rispettivi risultati. Il concetto è sostanzialmente simile, sebbene più astratto, di quello di processo, più in generale recepito da altri standard, come la più nota UNI EN ISO 9001, posta a base dell'omonima certificazione di qualità delle organizzazioni. Nonostante la differenza possa spesso apparire più formale che sostanziale, oltre che dedicata ai più eserti, tale criterio intende consentire alle organizzazioni e a coloro che praticano il project management, una certa autonomia nel definire propri standard operativi, ovvero più specifici del settore di lavoro e del tipo di progetti interessati.

Ciò rispetta il fatto che la gestione progetti, dovendo ricoprire un ampio spettro di interventi, dalle grandi infrastrutture ad altre e più diffuse applicazioni (quale ad esempio il settore informatico e altri), deleghi alla singola organizzazione la definizione di un livello applicativo di maggior dettaglio, di cui restino responsabili gli stessi operatori e utenti delle norme tecniche.

Di tale livello è ad esempio espressione un modello di "processi", in cui si definiscono input e output per ciascun processo.

Per quanto detto, il documento UNI ISO è abbastanza esplicito allorché raccomanda che:

- resta compito delle organizzazioni definire propri metodi e processi per le attività di progetto
- è necessario compiere le necessarie e opportune attività di personalizzazione (di pratiche e processi) per il singolo progetto (principio del "tailoring").

Si deve inquadrare dunque in detti criteri l'adozione di questa norma, operando il dovuto allineamento con processi e procedure propri nella fattispecie del settore pubblico, sia di carattere generale (codice dei contratti) sia specifici della singola stazione appaltante oltre che del singolo progetto.

La UNI ISO 21500 resta quindi un documento relativamente flessibile, in modo analogo alla corrente filosofia di altri standard, salvo la possibilità di verificarne l'applicazione e il coinvolgimento delle organizzazioni a seguirne i requisiti; non dovendosi trattare, come sempre, l'adozione di tali norme come la risposta formale a quanto recita il documento, quanto farne piuttosto strumento idoneo di lavoro e di miglioramento.

Entrando nello specifico dei contenuti della norma in oggetto, ed escludendo alcune sezioni introduttive, dedicate ai termini e definizioni, la stessa si compone di quattro sezioni principali, rispettivamente dedicate a:

- concetti di project management
- requisiti per formalizzare il project management
- pratiche di project management integrato
- pratiche di gestione di un progetto.

Il documento costituisce quindi uno standard di alto livello della disciplina del project management, nè focalizzato su tecniche e strumenti, che non ha come focus il solo project manager, ma più in generale tutte le organizzazioni e imprese che gestiscono progetti, nonché altri stakeholder come senior manager, dirigenti e altri enti e unità, che ad esempio possano emettere a loro volta standard più specifici, in relazione ad esempio a propri processi e prassi di lavoro.

4. Concetti di project management

In tale quadro lo standard riconosce che il project management non vive da "solo" nelle organizzazioni, ma deve inquadrarsi in un modello gestionale che potrebbe e dovrebbe di fatto ritrovarsi nei diversi contesti, in termini più o meno formalizzati.

A tal fine si presenta in Figura 2 lo schema attraverso cui la norma presenta un quadro di riferimento generale del contesto di project management, in questo si riconoscono:

- i diversi piani dell'*ambiente* del progetto, relativi cioè ad ambiente esterno, organizzazione, cosiddetta governance e realizzazione del progetto in senso stretto,
- le entità attraverso cui si realizzano gli interventi, progetti in senso stretto, nonché programmi e portfolio di progetti,
- i prodotti o risultati in termini di obiettivi, come di seguito esplicitato,
- il ciclo virtuoso, che dai risultati del progetto porta ai benefici, quindi il rinnovarsi di obiettivi, strategie e-business case per nuove iniziative⁴.

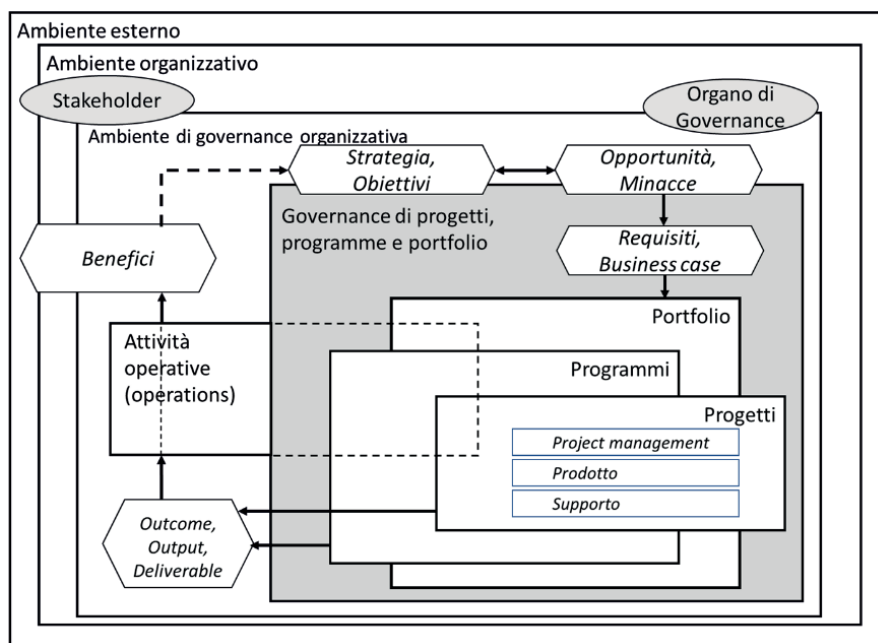


Figura 2
Schema generale di
contesto del project
management (fonte UNI
ISO 21502)

Nel ribadire la differenza fra progetti e attività correnti (cosiddette "operations"), nello standard si osserva che gli "obiettivi di progetto possono essere realizzati da una combinazione di *deliverable*, *output*, *outcome* e *benefici*, in dipendenza del contesto del progetto e della direzione impressa dalla governance".

Si evidenzia, cioè, una progressiva evoluzione dei risultati di un progetto, attraverso cui:

- dai cosiddetti "*deliverable*", ovvero ciò che si deve rilasciare al livello più elementare in termini di prodotti e componenti parziali, ma anche di documenti gestionali,
- si passa agli "*output*", cioè veri e propri prodotti finali riconoscibili o accettabili ad esempio dal cliente;
- quindi da questi agli "*outcome*", traducibili come risultati finali del progetto o risultati di cambiamento per l'organizzazione cliente;
- i quali si possono tradursi in veri e propri *benefici* finali.

La suddetta classificazione dei (più generalmente detti) risultati di progetto, può infatti risultare utile nel definire gli obiettivi da conseguire, avere impatto sull'ambito contrattuale ovvero fare in altri casi chiarezza fra responsabilità cliente e fornitore, oltre che in termini possibilmente economici.

Non basta ad esempio realizzare un ponte o una nuova scuola perché un progetto abbia successo, ma è necessario che l'investimento apporti quei "cambiamenti" di diversa natura nonché i benefici previsti. È inoltre intuibile come in progetti definibili complessi o chiavi-in-mano, la maturazione di risultati finali e benefici non può spesso prescindere da specifiche e parallele attività che l'organizzazione cliente deve in proprio attuare; o altri casi in cui gli stessi contratti di progetto o appalti possano includere attività di transizione, passaggio in esercizio o un primo periodo operativo, in cui i ruoli di cliente e fornitore debbano essere chiaramente espressi allo scopo di conseguire i benefici attesi dal generale intervento.

In altri casi, quali ad esempio interventi di riqualificazione energetica di complessi edilizi e impianti, il successo dell'intervento può dimostrarsi solo dopo un certo periodo di esercizio, ed essere soggetto ad esempio a clausole premianti in relazione alla verifica dei risultati.

Trova perciò posto nello standard quanto in letteratura inglese si era già da tempo definita come catena di valore del progetto, in termini di deliverable > output > outcome > benefici.

Un esempio può meglio chiarire. Nella realizzazione di un impianto di generazione energetica, un deliverable può essere il rilascio di un documento (ad esempio il progetto esecutivo) o una parte già realizzata dello stesso impianto; l'output rappresenta l'impianto completo e accettato in esercizio; l'outcome il cambiamento nonché il nuovo modello operativo dell'uso efficiente dell'energia; infine, i benefici, quale valore reale e misurato nel tempo del flusso dei risparmi conseguiti rispetto alla situazione originale.

Nell'includere in modo più esplicito i benefici fra i possibili obiettivi di progetto, rispetto ad altri standard, si amplia verosimilmente l'ottica e l'ambito stesso di un progetto, rilevando il carattere strategico e differenziando ancora una volta il progetto completo da un più semplice contratto di appalto. Nonché si impegna il cliente a verificare che i risultati finali dell'intervento siano conseguiti, ovvero ad attuare a tal scopo eventuali azioni integrative⁵.

Nell'UNI ISO 21502 si è peraltro evoluta la stessa definizione di project management, il quale - recita il testo - "integra le pratiche, comprese nel presente documento, aventi il fine di dirigere, avviare pianificare, monitorare, controllare il progetto, gestire le risorse assegnate e motivare gli individui coinvolti nel progetto per consentire di realizzarne i benefici.

Il project management si dovrebbe realizzare attraverso un insieme di processi e metodi che si dovrebbero progettare come sistema, e comprendere le pratiche necessarie allo specifico progetto". Oltre a quanto osservato, come si vede è stata data una maggiore enfasi, rispetto a una precedente edizione, agli aspetti motivazionali delle risorse umane.

5. Stakeholder e competenze

Specifici punti d'interesse riguardano la rappresentazione del diagramma degli stakeholder, in Figura 3, e le competenze del personale di progetto. Queste ricordiamo comprendono le competenze tecnico-metodologiche, cioè inerenti gli aspetti gestionali del vero e proprio project management, le competenze comportamentali (anche dette "*soft skills*"), e le competenze cosiddette di business o del contesto ovvero dell'area applicativa specifica del singolo progetto.

5. Si dovrebbe menzionare come la cosiddetta realizzazione dei *benefici* rappresenta secondo altri standard uno dei punti distintivi di un *programma*, mentre ora si riconosce che gli stessi possono rientrare fra gli obiettivi almeno di certi progetti. Purtroppo non è prassi generale che tale aspetto venga curato al termine di un progetto, perdendo la misura dei benefici e la "contabilità" teoricamente a vita intera dell'opera o dei nuovi servizi realizzati

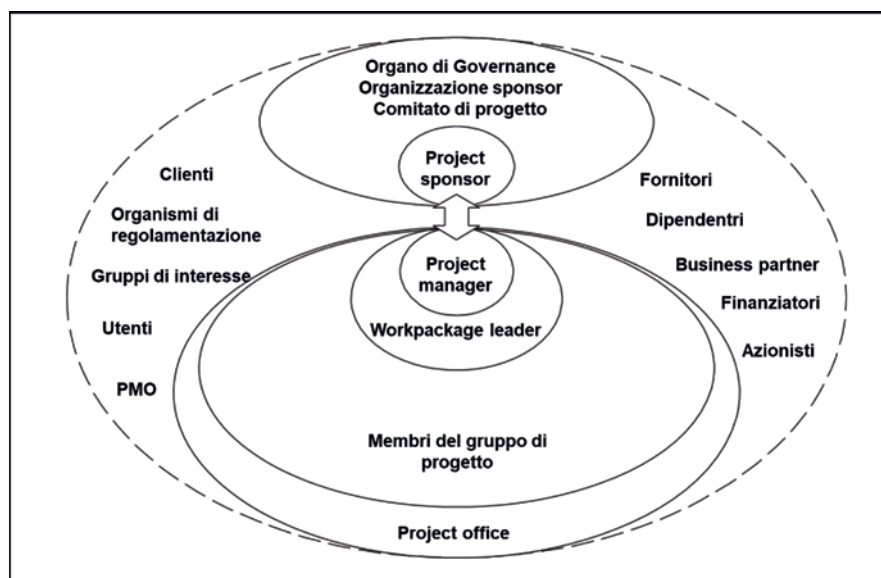


Figura 3
Schema rappresentativo
degli stakeholder di progetto

6. Governance e organizzazione di progetto

Fra i concetti di carattere generale della norma meritano di essere sottolineati la *governance* e l'organizzazione di progetto.

Con "governance" di progetto si intendono nello specifico:

- le politiche e le regole generali attraverso cui si decide se e come avviare nonché come gestire un progetto
- i ruoli e l'organizzazione di progetto
- il ciclo di vita del progetto,

punti che commentiamo brevemente.

La governance di progetto, termine peraltro entrato nell'uso in svariati contesti, riguarda come s'intuisce l'insieme dei principi, politiche, prassi e metodi da seguire su cui basare le attività; in realtà è termine più esteso di quanto potrebbe sembrare, non riguardando solo i livelli più alti decisionali, ma si spinge per esempio sino ad elementi più operativi e di competenza del project manager.

Il particolare fondamentale per l'avvio di ogni nuova iniziativa è il cosiddetto *business case*, cioè lo studio e il relativo documento che giustifica l'inizio e la realizzazione di un progetto,

in termini essenziali di benefici, costi e, spesso negletti, rischi. Il business case è concepito per essere un documento vivo, che intende accompagnare l'intera vita del progetto e al quale restano soggette le possibili decisioni di modifica o cambiamenti che possono insorgere nel corso del medesimo. Buona pratica sarebbe che il business case sopravviva al progetto stesso, almeno sino a documentarne come evidenziato i benefici di quanto realizzato.

Una descrizione relativamente ampia è data dalla norma all'organizzazione e ai ruoli di un progetto, come nello schema in Figura 4. In particolare, qui viene esplicitata l'esistenza di una cosiddetta "*sponsoring organization*", ovvero il promotore o committente di più alto livello del progetto; questo esprime il vero e proprio "sponsor" di progetto, ovvero la persona o l'entità organizzativa responsabile della sua realizzazione; ai lati dello sponsor figurano il project board o comitato guida, quando lo stesso sponsor non ne faccia già parte, e una cosiddetta funzione di *project assurance*. Allo sponsor riporta il project manager e infine da questi dipendono gli workpackage leader. Trattasi quindi di quattro livelli organizzativi, che si dovrebbero riscontrare in ogni progetto, anche se non tutti "obbligatori", salvo sponsor e project manager.



Figura 4
Modello di organizzazione di progetto (UNI ISO 21502)

Nello sponsor si identifica quindi il responsabile strategico o di più alto livello di un progetto; dal quale ne dipendono il successo e i risultati finali (più, pertanto, che dal project manager, peraltro scelto e nominato dal primo).

Il termine di sponsor deriva immutato dal latino e contrariamente a una certa involuzione linguistica ha valore e significato di garante del progetto; si deve a tutti gli effetti qualificare come figura interna all'organizzazione che realizza il progetto, e non già, come alcuni potrebbero intendere, come figura esterna, quale cliente o committente. Il ruolo di sponsor peraltro può coincidere con una persona o, come detto, entità organizzativa, quale appunto un comitato di direzione.

Il responsabile operativo del progetto è in modo ineluttabile il project manager, in tal caso certo una persona; che può avvalersi di

altri "workpackage leader" quali responsabili dell'esecuzione dei singoli workpackage di cui è suddiviso il lavoro.

Si osserva che "workpackage", letteralmente pacchetto di lavoro, abbreviato WP, è il termine entrato nel gergo che designa all'origine (e formalmente) la parte elementare in cui si suddivide tutto il lavoro o l'ambito del progetto; ma progressivamente è venuta a significare più generale anche una parte più alta e di suddivisione gestionale dello stesso⁶. Peraltro, la norma prevede che il project manager possa ricoprire il ruolo di uno, di più o tutti questi, in relazione all'impegno organizzativo.

Nonostante siano definizioni diverse dalla prassi comune – si osservi che la norma ha origine e deve valere anche a livello internazionale – un esempio di mappatura con il settore pubblico è abbastanza naturale.

6. L'insieme degli workpackage, opportunamente strutturato in livelli gerarchici, costituiscono quanto si definisce anche la WBS (*work breakdown structure*) del progetto.

L'organizzazione sponsor può essere un ministero, che assegna i fondi e delega una stazione appaltante (quale un dipartimento interregionale delle opere pubbliche) a realizzare un'opera; quest'ultima designa il project manager - RUP; responsabile unico di progetto -, e questi può avvalersi a sua volta di responsabili di procedimento per singole fasi del progetto. Come si vede, l'organizzazione tipo della norma è del tutto conforme al nostro codice degli appalti, anche in virtù della sua ultima edizione.

Peraltro, l'organizzazione tipo della norma ha natura del tutto generale e interpretabile secondo diverse ottiche, potendosi ad esempio avere la corrispondenza di un workpackage con una fase o singolo contratto di progetto, oltre che potersi espandere su più livelli. Secondo tale modello alcuni, ad esempio, identificano il ruolo di direttore lavori come workpackage leader (fase di esecuzione) che riporta al RUP [5]. Al di sotto dello stesso modello organizzativo può espandersi l'organizzazione del o dei diversi fornitori del progetto, salvo il fatto che questi dovrebbero replicare al proprio interno una simile struttura⁷.

Prima di lasciare il presente schema, si ponga l'attenzione sulla funzione qui definita come *assicurazione di progetto*, che secondo la norma riguarda le "azioni sistematiche e pianificate, necessarie a fornire la confidenza all'organizzazione sponsor e allo sponsor che il progetto sarà verosimilmente in grado di raggiungere i suoi obiettivi".

Detta funzione, che non va peraltro confusa con quella più specifica di assicurazione della qualità, individua piuttosto un ruolo di supporto e consultivo di livello alto del progetto, e che a tutti effetti può indentificarsi con il Collegio

Consultivo Tecnico (CCT), anche introdotto nel nostro Codice (art. 215); un ulteriore parallelo con lo standard internazionale, dalla cui pratica all'estero deriva peraltro anche la citata funzione⁸.

Infine, nello schema si osserva che il project manager può essere affiancato dal qui definito *project office*, la cui funzione, nel completare il parallelo con il linguaggio del nostro settore pubblico, può del tutto coincidere con la funzione di supporto al RUP.

In un prossimo contributo ci proponiamo di completare gli altri punti elencati della UNI ISO 21502.

Bibliografia

- [1] UNI ISO 21502:2021. *Gestione dei progetti, dei programmi e del portfolio - Guida alla gestione dei progetti*. Ente italiano di normazione.
- [2] UNI ISO 21500:2021. *Gestione dei progetti, dei programmi e del portfolio - Contesto e concetti*. Ente italiano di normazione.
- [3] Guida P.L., *Project management e settore pubblico: Dal procedimento al progetto*, Mediappalti, Marzo 2023.
- [4] Guida P.L., *Norme di project management (e non solo)*, Mediappalti, Settembre 2024.
- [5] Di Bonito G., *RUP, Responsabile di fase, Direttore lavori e Workpackage Manager: riflessioni sulle figure introdotte dal Codice dei contratti pubblici e dalla UNI 21502*, il Project Manager, n.61/2025, FrancoAngeli

7. Per cui ad esempio un project manager di un'impresa appaltatrice diviene workpackage manager nel modello di stazione appaltante ecc.

8. IL CCT è entrato nel nostro ordinamento specie allo scopo di "prevenire le controversie o consentire la rapida risoluzione delle stesse", nonostante la funzione espressa nella norma abbia un respiro più generale.

Pareri & Sentenze



TAR Lazio Roma, sez. I quater, 7/4/2025 n. 6924

Improcedibilità del ricorso proposto avverso l'esclusione dalla gara qualora l'aggiudicazione definitiva non sia impugnata nei termini.

Il ricorso posto in essere contro l'esclusione da una gara pubblica è improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse se, pur essendovi stata tempestiva comunicazione, l'aggiudicazione definitiva, che rappresenta l'atto che rende definitiva la lesione dell'interesse attivato dal soggetto escluso, non sia impugnata nei termini. ...Ciò in quanto l'eventuale annullamento della esclusione, che ha effetto viziante e non caducante, lasciando sopravvivere l'aggiudicazione non impugnata, non è idoneo ad attribuire al ricorrente alcun effetto utile (cfr. fra le tante, Cons. Stato, sez. V, 24 maggio 2022, n. 4124; sez. III, 24 marzo 2021, n. 2501; 20 maggio 2020, n. 3200; sez. V, 7 novembre 2018, n. 6290).

Tale conclusione si ritiene condivisibile, infatti l'interesse fatto valere da un soggetto escluso da una gara pubblica è quello di conseguire l'aggiudicazione della gara; rispetto ad esso la rimozione dell'esclusione costituisce un passaggio solo strumentale.

“ Pertanto, data la relazione intercorrente tra esclusione e aggiudicazione, anche quest'ultima deve essere necessariamente impugnata, poiché il difetto di impugnazione dell'aggiudicazione, o l'impugnazione tardiva, produce la l'inutilità di un'eventuale decisione di annullamento dell'esclusione, la quale non varrebbe a rimuovere anche l'aggiudicazione, che sarebbe affetta da un'invalidità ad effetto solo viziante, e non caducante e perciò non permetterebbe un reinserimento dell'escluso nella procedura, ormai esaurita ed inoppugnabile (cfr. Cons. Stato, V, 2 marzo 2021, n. 1783; 28 luglio 2015, n. 3708; 4 giugno 2015, n. 2759). Da tale orientamento può anche ricavarsi l'ulteriore conseguenza che, in caso di annullamento in autotutela dell'esclusione il ricorrente non ottiene il bene della vita cui aspirava con la proposizione del ricorso, consistente, invece, proprio nell'aggiudicazione”.

Consiglio di Stato, Sezione Sesta, 11/4/2025 n. 3117

Clausole sociali: Parità di genere e avvalimento premiale nel RTI. Il possesso del requisito deve essere personale per ciascun componente

"Qualora la lex specialis preveda che, ai fini dell'attribuzione del punteggio per la certificazione di parità di genere (art. 46-bis, d.lgs. 198/2006), ciascuna impresa del raggruppamento debba essere in possesso della certificazione, non è ammissibile l'attribuzione del punteggio premiale sulla base dell'avvalimento interno tra le imprese del medesimo RTI. In tal caso, anche in presenza di un contratto che preveda il trasferimento di risorse gestionali coerenti con la prassi UNI/PdR 125/2022, la certificazione deve risultare intestata a ciascun componente del raggruppamento".

II Disciplinare oltre ad aver previsto per l'ipotesi di avvalimento migliorativo, il divieto di partecipazione simultanea alla stessa gara dell'impresa ausiliata e ausiliaria, aveva espressamente richiesto, con una disposizione inerente il punteggio premiale previsto per le certificazioni di parità di genere, che, al fine dell'ottenimento dello stesso, tutte le imprese dell'RTI costituendo fossero obbligate ad esibire tale certificazione. Così escludendo la possibilità di ricorrere all'avvalimento migliorativo per l'ottenimento di tal punteggio. La sentenza in questione ha delineato in maniera inequivoca come il possesso del requisito debba essere posseduto da ciascun componente del Raggruppamento.

Consiglio di Stato, sez. V, 11/4/2025, n. 3147

Risarcimento da mancata aggiudicazione. Ammissibile il danno da lucro cessante dimostrato

"In caso di illegittima esclusione da una procedura di gara pubblica, il danno da lucro cessante può essere riconosciuto in via equitativa, anche sulla base di una relazione tecnica di parte, purché congruente e non contestata.....". La sentenza in esame chiarisce che, mentre il danno da lucro cessante possa essere riconosciuto dal Giudice, equitativamente, sulla base di una semplice relazione di parte incontestata e congruente; il risarcimento di ulteriori voci di danno, deve essere subordinato ad uno specifico onere probatorio da parte di chi ha subito il danno, onere che non è da considerarsi assolto qualora non vi siano idonee documentazioni allegate a comprova.

"Le spese generali vanno computate nel calcolo del mancato utile anche negli appalti di forniture, in quanto corrispondenti ai costi indiretti dell'organizzazione d'impresa. Parimenti, l'aliunde perceptum può incidere sulla quantificazione dell'utile risarcibile, giustificando una riduzione equitativa, ove non escluso da una comprovata esclusività delle risorse dedicate all'appalto non aggiudicato". Pertanto, anche negli appalti di forniture, le spese generali vanno inserite nel calcolo del mancato utile poiché corrispondono ai costi indiretti inerenti l'organizzazione aziendale; allo stesso modo anche i redditi o i benefici che un'impresa potrebbe aver percepito da altre attività o progetti, può andare ad incidere sull'utile risarcibile, dando manforte ad una riduzione equitativa se non è escluso da una documentata esclusività delle risorse dedicate all'appalto non aggiudicato.

"Il danno curriculare e quello all'immagine aziendale non si presumono in re ipsa, ma richiedono una specifica allegazione e prova degli elementi di fatto idonei a farne presumere l'esistenza. L'esclusione da una gara non è di per sé sufficiente a fondare il pregiudizio, in assenza di dimostrazione del mancato conseguimento di requisiti utili o della perdita di affidabilità sul mercato" pertanto..... nel caso in questione..... la sentenza stabilisce altresì che il danno curriculare e il danno all'immagine aziendale non si presumono a priori ma richiedono una specifica prova degli elementi di fatto idonei a farne presumere la loro esistenza

Consiglio di Stato, sez. III, 11/4/2025 n. 3154***Contratto di avvalimento: è sufficiente la firma digitale con e-mail ordinaria in assenza di marcatura temporale***

"In assenza di una previsione espressa nella lex specialis, la firma digitale dell'ausiliaria, trasmessa via e-mail ordinaria e accompagnata dal relativo report, è idonea a conferire data certa al contratto di avvalimento, non essendo necessaria la marcatura temporale". Si ritiene che la giurisprudenza estensiva, sul punto, abbia correttamente stabilito che non sia necessaria la marcatura temporale per conferire data certa al contratto di avvalimento, ma sia sufficiente la firma digitale dell'ausiliaria trasmessa via mail con l'inerte report.

"Alla luce dell'art. 104 del d.lgs. 36/2023, è legittimo il ricorso all'avvalimento premiale anche in forma "mista", cioè quando il concorrente si avvale dei requisiti di un soggetto terzo sia per la partecipazione alla gara sia per ottenere punteggi tecnici". La sentenza prosegue la sua interpretazione estensiva statuendo che sia legittimo l'avvalimento premiale in forma mista, nel caso in cui il concorrente si avvale dei requisiti di un terzo non solo per partecipare alla gara ma anche per ottenere punteggi tecnici.

"L'inserimento del contratto di avvalimento sia nella busta amministrativa che in quella tecnica non determina automaticamente l'esclusione dell'operatore, se non è dimostrata una reale commistione lesiva della segretezza dell'offerta". La sentenza prosegue con una corretta interpretazione estensiva statuendo che il contratto di avvalimento, anche se inserito sia nella busta amministrativa che in quella tecnica, non determinerebbe l'esclusione automatica dell'operatore a meno che non sia dimostrata una commistione lesiva della segretezza dell'offerta.

TAR Campania Napoli, sez. VIII, 11/4/2025 n. 3057***Servizi di riscossione, offerte anomale e limiti all'uso esperienza pregressa***

"Nelle procedure di affidamento dei servizi di accertamento e riscossione delle entrate, quando il valore dell'appalto è determinato sulla base di un aggio percentuale, tale parametro costituisce riferimento vincolante per la formulazione dell'offerta e delle giustificazioni in caso di verifica di anomalia. È legittima l'esclusione per offerta anomala quando il concorrente – anche se gestore uscente – giustifica il proprio ribasso utilizzando una stima del carico di riscossione che supera in modo rilevante quella indicata dalla stazione appaltante nei documenti di gara. Una simile giustificazione compromette la par condicio e si fonda su presupposti non oggettivi né comuni a tutti i partecipanti. L'esperienza pregressa può integrare, ma non sostituire, i dati ufficiali della "lex specialis".

La sentenza del caso in questione non fa altro che ribadire la "sacralità" della *lex specialis* di gara, legittimando così persino l'esclusione del concorrente, anche se gestore uscente, il quale abbia giustificato il proprio ribasso utilizzando una stima del carico di riscossione che vada a superare in modo rilevante quella indicata dalla stazione appaltante all'interno dei documenti di gara. L'esperienza pregressa potrebbe solo integrare, ma mai sostituire i dati ufficiali della *lex specialis* di gara.

TAR Lazio Roma, sez. IV, ter 14/4/2025 n. 7218

Sopralluogo obbligatorio: è legittima l'esclusione per mancata esecuzione seppur vi sia documentazione tecnica dettagliata

"È legittima l'esclusione da una procedura per mancato sopralluogo quando la lex specialis lo preveda come requisito essenziale ai fini della formulazione dell'offerta".

La Giurisprudenza, con tale sentenza, rimarca nuovamente e correttamente la legittimità dell'esclusione di un operatore economico da una procedura di gara, per mancato sopralluogo, quando quest'ultimo sia stato previsto come requisito essenziale/obbligatorio della formulazione dell'offerta.

"La previsione della lex specialis che subordina l'ammissione alla gara all'effettuazione del sopralluogo non viola il principio di tassatività delle cause di esclusione di cui all'art. 10 d.lgs. 36/2023, se il sopralluogo è funzionale a una sua corretta formulazione".

Non risulta nemmeno violato il principio di tassatività delle cause di esclusione ex art. 10 D.LGS 36/2023 se il sopralluogo è funzionale ad una corretta formulazione dell'offerta.

"Il termine fissato dalla stazione appaltante per l'effettuazione del sopralluogo può essere qualificato come perentorio, ove giustificato da esigenze organizzative e volto a garantire il corretto svolgimento della procedura selettiva, nel rispetto del principio di autoresponsabilità"

Infine, va detto che, in base a tale sentenza si ritiene che possa essere qualificato come perentorio, il termine per effettuare il sopralluogo, qualora sia giustificato da esigenze organizzative e finalizzato a garantire il corretto svolgimento delle procedure selettive di gara.

TAR Calabria Catanzaro, sez. II, 14/4/2025, n. 677

Il criterio di aggiudicazione del minor prezzo, derogando al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, è giustificabile nelle ipotesi di servizi o forniture di natura standardizzata.

"Per consolidato orientamento della giurisprudenza amministrativa: "Il legittimo ricorso al criterio del minor prezzo, in deroga alla generale preferenza accordata a quello di aggiudicazione secondo l'offerta economicamente più vantaggiosa, trova giustificazione nelle ipotesi in cui si tratti di servizi o forniture di natura standardizzata, per i quali non vi è alcuna reale necessità di far luogo all'acquisizione di offerte differenziate, potendosi prescindere da una peculiare e comparativa valutazione della qualità dell'esecuzione, ove questa venga fissata inderogabilmente a priori dal committente nell'allegato tecnico" (Consiglio di Stato sez. III, 23/03/2022, n.2126).

Da quanto innanzi esposto si evince che debba esservi una corrispondenza tra i requisiti stabiliti "a monte" dal committente e i requisiti oggetto delle offerte, salvo una congrua motivazione che sia alla base della equivalenza funzionale delle diverse specifiche del prodotto offerto che sia previsto nell'invito di gara.

Autorità Nazionale Anticorruzione**Parere Precontenzioso Anac n. 75 del 3 Marzo 2025
UPREC/PRE/0028/2025/S/PREC*****Individuazione CCNL applicabile al personale impiegato nell'appalto***

L'Autorità, con la Delibera n. 75 del 03 marzo 2025, ha precisato come la Stazione Appaltante, nell'individuare il CCNL, applicabile al personale impiegato nell'appalto, sia tenuta a seguire scrupolosamente la metodologia dettata all'art. 2 dell'allegato I.01 del Codice verificando, in particolare, la stretta connessione dell'ambito di applicazione del contratto con le prestazioni dedotte nell'appalto.

La corretta individuazione, nel bando di gara, del contratto collettivo applicabile, tende a garantire che, al personale impiegato nell'appalto, siano riconosciute le giuste tutele economiche e normative e che le prestazioni oggetto della commessa siano correttamente eseguite attraverso una vincolante connessione funzionale delle stesse con i profili professionali più appropriati. Questo anche in considerazione dell'obbligo, per l'operatore economico che adotti un diverso CCNL, di dimostrare l'equivalenza delle tutele.

Autorità Nazionale Anticorruzione**Parere di precontenzioso n. 113 del 26 marzo 2025
PREC 0030/2025/S*****Procedura aperta in casi di software già in uso conforme al "favor participationis"***

"Fatta salva la necessità di evitare situazioni di lock-in tecnologico, non risulta lesivo del favor participationis l'operato della stazione appaltante che indice una gara aperta con punteggio attribuito alle proposte migliorative del servizio, pur volendo continuare a servirsi del software gestionale già in uso liberamente acquisibile sul mercato".

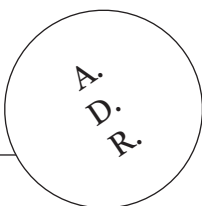
Nel caso in questione l'Operatore economico ricorrente aveva ritenuto lesivo del *favor participationis* quanto stabilito dalla Stazione Appaltante nei documenti di gara, indicando una procedura aperta con punteggio attribuito alle migliorie del servizio, volendo servirsi del software già in uso; tuttavia il Consiglio ha ritenuto che, nel caso che ci occupa, trattandosi di procedura aperta, ed essendo il software già in uso liberamente acquisibile sul mercato, ciò consente anche ad altri O.E., non solo la partecipazione ma anche la possibilità di presentare proposte migliorative del servizio tributi che possano ottenere punteggi elevati, in conclusione non vien fuori alcuna disparità di trattamento tra i concorrenti, come invece lamentato dalla parte istante, e nemmeno una notevole situazione di favore nei confronti dell'attuale gestore.

Autorità Nazionale Anticorruzione**Parere di precontenzioso n.128 del 2 aprile 2025****UPREC-PRE-0071-2025-L-PREC*****Firma digitale del contratto di avvalimento, soccorso istruttorio, marcatura temporale.***

L'Anac ha pubblicato tale parere con il quale chiarisce che il problema della dimostrazione che un contratto di avvalimento sia stato sottoscritto prima del termine per la presentazione delle offerte si ritiene superato dal recepimento, da parte dell'impresa ausiliata che partecipa alla gara, degli effetti del contratto firmato anche solo dall'ausiliaria, con valore di appropriazione dalla parte ausiliata che lo presenta unitamente all'offerta.

In pratica, nel caso esaminato, l'invio formale (mediante la piattaforma telematica di gestione della gara) da parte dell'impresa poi esclusa, entro il termine di scadenza del bando, di una copia originale del contratto di avvalimento, sottoscritta con la sola firma digitale dell'ausiliaria, priva di marcatura temporale (peraltro non prevista dalla legge di gara) e la successiva dimostrazione, mediante soccorso istruttorio, dell'esistenza e sottoscrizione, sempre entro il termine fissato per la presentazione della domanda di partecipazione, di altra copia del contratto con firma digitale dell'ausiliata, è sufficiente a integrare la condizione di validità, efficacia e, quindi, opponibilità a terzi.

A Domanda Rispondiamo



1

La certificazione di Parità di Genere può essere utilizzata ai fini dell'attribuzione del punteggio premiale attraverso il contratto di avvalimento?

Il Consiglio di Stato, con sentenza n. 3117 del 11/04/2025 ha analizzato la fattispecie in cui un raggruppamento di imprese ha inteso ricorrere all'avvalimento premiale per soddisfare un requisito di valutazione tecnica il cui possesso era stato posto nella lex specialis a carico di tutti i soggetti facenti parte del raggruppamento.

La sentenza ha chiarito: - la portata applicativa dell'istituto dell'avvalimento premiale che non può essere utilizzato per eludere una precisa disposizione di gara; - la mancata attribuzione del punteggio tecnico, derivante dall'applicazione di una regola di gara chiara e precisa, non può formare oggetto di impugnazione della relativa clausola, da parte del concorrente escluso dal beneficio.

2

Quali le conseguenze della errata indicazione nel bando di gara del CCNL?

Nell'individuare il CCNL applicabile al personale impiegato nell'appalto, la Stazione appaltante è tenuta a seguire la metodologia descritta all'art 2 dell'allegato I.01 del Codice, verificando, in particolare, la stretta connessione dell'ambito di applicazione del contratto con le prestazioni dedotte nell'appalto o nella concessione, e la maggiore rappresentatività comparativa sul piano nazionale delle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro.

La corretta individuazione, nel bando di gara, del contratto collettivo applicabile, stante l'obbligo per l'operatore economico che adotti un diverso CCNL di dimostrare l'equivalenza delle tutele, risponde alla finalità di garantire che al personale impiegato nell'appalto siano riconosciute le giuste tutele economiche e normative, e che le prestazioni oggetto della commessa siano correttamente eseguite attraverso una vincolante connessione funzionale delle stesse con i profili professionali più appropriati.

Ne consegue che l'indicazione in atti di un CCNL che si ponga in contrasto con le previsioni dell'art. 11 e dell'art. 2 dell'Allegato I.01 del Codice è causa dell'annullamento della procedura di gara (Cfr. Delibera ANAC n. 75 del 03/03/2025).

3

**Nelle concessioni la
presentazione del PEF
(piano economico finanziario)
è sempre obbligatoria?**

Secondo un primo orientamento giurisprudenziale (T.A.R. Lombardia, I, 11 luglio 2024, n. 2132; T.A.R. Puglia, Lecce, II, 06 agosto 2024, n. 982) il PEF ha carattere solo eventuale, ed è rimesso alle disposizioni della *lex specialis* di gara sulla base della specifica concessione da affidare.

Lo stesso art. 182 del D. Lgs. n. 36/2023, nel prevedere che l'affidamento delle concessioni debba avvenire tramite pubblicazione di un apposito bando, al comma 5 individua però il medesimo Piano quale componente a carattere meramente eventuale, disponendo, più precisamente, che gli allegati al bando di concessione comprendono, "a seconda dei casi, lo schema di contratto e il piano economico-finanziario".

Il Consiglio di Stato, sez. V, con sentenza n. 3633 del 29 Aprile 2025 pur non facendo chiarezza sul punto "ha evidenziato la necessità della presenza, se non di un piano economico finanziario in senso stretto, quanto meno di un conto economico idoneo a dimostrare l'equilibrio economico e finanziario dell'iniziativa attraverso la corretta allocazione dei rischi, lungo tutto l'arco temporale della gestione".

4

Nelle categorie merceologiche di cui al D.P.C.M. dell'11 luglio 2018 (Vigilanza armata · Guardiania · Servizio di trasporto scolastico · Facility management immobili · Pulizia immobili · Manutenzione immobili e impianti · Manutenzione strade (servizi e forniture) gli enti locali obbligati a ricorrere a Consip S.p.A. o agli altri soggetti aggregatori per lo svolgimento delle relative procedure al superamento delle soglie previste dalla normativa, possono porre in essere delle autonome procedure di gara?

Ai sensi e per gli effetti del DPCM del 2018 vigente in materia di centralizzazione degli acquisti gli Enti Locali sono obbligati ad aderire alle iniziative attivate dal soggetto aggregatore di riferimento e, quindi, a stipulare il contratto attuativo successivamente alla sottoscrizione dell'Accordo Quadro tra il soggetto aggregatore e l'operatore economico aggiudicatario.

Di conseguenza eventuali procedure autonome in essere dovranno essere annullate e per gli eventuali contratti autonomi in corso di espletamento dovrà essere esercitata la clausola risolutiva espressa obbligatoriamente inserita nel bando di gara. Per poter derogare a tale obbligo normativo l'Ente locale deve motivare in maniera rafforzata la scelta di procedere in maniera autonoma.

5

Il RUP ha delle responsabilità legali e patrimoniali nei confronti della ditta subappaltatrice nel caso in cui quest'ultima dichiari di non aver percepito il pagamento dalla ditta appaltatrice della quota parte del lavoro svolto in subappalto?

L'art. 119, comma 11 del D.Lgs. n. 36/2023, prevede l'obbligo, a carico delle Stazioni Appaltanti, di provvedere al pagamento diretto nei confronti del subappaltatore, cottimista, fornitore o prestatore di servizi quando il subcontraente è una microimpresa o piccola impresa; in caso di inadempimento da parte dell'appaltatore; su richiesta del subcontraente e se la natura del contratto lo consente.

Mentre le stazioni appaltanti non hanno la possibilità di determinarsi in senso contrario, le microimprese o piccole imprese possono liberamente rinunciare al beneficio. Pertanto nel caso in cui la ditta subappaltatrice che rivesta la qualifica di micro e piccola impresa abbia esercitato la facoltà di rinunciare al pagamento diretto delle prestazioni da parte della stazione appaltante, in caso di mancato pagamento dalla ditta appaltatrice della quota parte del lavoro svolto in subappalto e di richiesta di pagamento alla Stazione Appaltante, la responsabilità del RUP sarà esclusa qualora la facoltà di rinunciare al pagamento diretto sia stata manifestata per iscritto e sia stata subordinata alla preventiva accettazione da parte della stazione appaltante (Cfr. Parere MIT n. 2705/2024).

6

L'equo compenso si applica agli affidamenti dei servizi legali?

La sentenza del Consiglio di Stato n. 844/2025, ha affrontato prima dell'entrata in vigore del correttivo, le tematiche dell'applicazione dell'equo compenso e la possibile applicazione di un ribasso rispetto alle tariffe professionali.

Chiarisce che tale norma non trova diretta applicazione nel codice dei contratti, senza però vietare espressamente alle stazioni appaltanti di prevedere discrezionalmente nella lex specialis di gara, delle clausole di non ribassabilità del corrispettivo, oltre le quali l'offerta non possa considerarsi sostenibile in quanto erosiva di minimi tabellari espressamente richiamati.

Tale assunto si fonda anche sulle considerazioni alla base dell'applicazione dell'art. 108 comma 2 del d.lgs. 36/23 nel momento in cui consente che tali servizi, possano essere aggiudicati con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, valorizzando maggiormente l'elemento tecnico o prevedendo limiti alla ribassabilità del corrispettivo in tutto o anche in parte.

7

Il possesso di pregresse esperienze professionali può superare la mancata iscrizione alla Camera di Commercio per attività coerenti con l'oggetto dell'affidamento?

Il Consiglio di Stato, Sez. VII, con sentenza n. 4530 del 04/05/2023 stabilisce che, quando il concorrente è in possesso di un bagaglio esperienziale pregresso, è sufficiente la mera compatibilità tra tutte le risultanze descrittive del certificato camerale e l'oggetto dell'appalto, mentre non si richiede una vera e propria corrispondenza (Cons. St., sez. V, 16 gennaio 2023 n. 529).

Anche a prescindere dal Codice ATECO attivato, ai fini della valutazione dell'idoneità professionale dell'operatore economico occorre quindi esaminare anche l'oggetto sociale come riportato nell'iscrizione camerale (Cons. St., sez. V, 7 febbraio 2023, n. 1307; Cons. St., sez. V, 17 gennaio 2019, n. 431). L'oggetto sociale rappresenta, infatti, la misura della capacità di agire di un'impresa e, ove vi sia la prova effettiva, rappresentata dalla concreta esecuzione di pregresse prestazioni professionali coerenti con l'oggetto dell'appalto, risulta comprovato che l'oggetto sociale è stato concretamente attivato (Cons. St., sez. V, 18 luglio 2022, n. 6131).

8

I componenti degli organi di amministrazione delle pubbliche amministrazioni possono essere destinatari degli incentivi tecnici?

Secondo il parere in funzione consultiva dell'Anac, n. 14 del 09/04/2025, "dalla lettura dell'art. 45 del d.lgs. 36/2023, destinatario dell'incentivo, è il personale dipendente ("il personale proprio") dell'Amministrazione aggiudicatrice; la possibilità di riconoscere l'incentivo al personale dirigente, da intendersi incluso nella categoria del "personale proprio" dell'Amministrazione, non vale a consentire un'applicazione estensiva della norma, al fine di riconoscere detto emolumento anche a soggetti legati all'Amministrazione da un rapporto di lavoro di diversa natura rispetto a lavoro dipendente, come i componenti dell'organo di amministrazione."

9

Quale forma contrattuale usare per perfezionare i contratti di affidamento della P.A.?

Con Parere 2632/2024, il Ministero ha chiarito che l'articolo 18 deve essere interpretato alla luce dei principi sanciti all'interno del primo Libro del Codice dei contratti pubblici, ossia del principio del risultato e di quello della fiducia nell'azione della pubblica amministrazione. "in particolare dei principi del risultato (art. 1), espressione del principio del buon andamento dell'attività amministrativa, e della fiducia (art. 2), che valorizza l'iniziativa e l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici.

Sarà pertanto cura del Dirigente competente individuare la forma di stipulazione più idonea tra quelle elencate dall'art. 18, comma 1, del Codice dei contratti, rispetto all'oggetto dell'appalto e alle specifiche esigenze di regolamentazione del contratto sotto soglia da affidare. Resta ferma la facoltà della stazione appaltante, in base al proprio ordinamento, predeterminare i criteri sulla cui base operare tale scelta".

Dunque, la stazione appaltante è libera di scegliere le modalità di conclusione del contratto, a seconda delle caratteristiche di quest'ultimo, del suo oggetto e delle specifiche esigenze emerse in seno alla procedura di affidamento. L'adozione di un regolamento interno – in cui siano specificati i criteri per la selezione della forma contrattuale più adeguata – rimane una mera facoltà, ma di fatto, sarà la stazione appaltante a selezionare la forma contrattuale più idonea tra quelle elencate al primo comma dell'articolo 18.

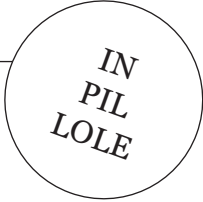
10

Nella diretta selezione degli operatori economici da elenchi precostituiti, può la Stazione Appaltante nell'ambito della sua discrezionalità e in applicazione del principio della fiducia, utilizzare il criterio della territorialità per individuare le ditte da invitare alle procedure negoziate?

Sulla base dei più recenti approdi giurisprudenziali e anche delle indicazioni dell'ANAC, il principio concorrenziale prevale su quello di prossimità territoriale. La clausola territoriale assume rilievo esclusivamente quale elemento premiale ai sensi dell'art. 108, co. 7, d.lgs. 36/2023.

Conseguentemente, laddove la stazione appaltante volesse introdurre la clausola di territorialità quale requisito di partecipazione, la stessa sarebbe illegittima impattando con i principi del *favor participationis* e della *par condicio* tra i concorrenti.

Inosservanza dell'obbligo di indicazione dei Criteri Ambientali Minimi nei bandi di gara: Sentenza n.8354/2025 - T.A.R. LAZIO



IN
PIL
LOLE

La sentenza n. 8354/2025 del T.A.R. Lazio – Roma, Sezione Quinta, offre un’importante occasione per riflettere su alcuni snodi cruciali in merito alla discrezionalità amministrativa e dell’effettività dei principi ambientali. Essa affronta, tra le altre cose, la questione della mancata esplicitazione dei Criteri Ambientali Minimi (CAM) nella documentazione di gara e le implicazioni che ciò comporta sul piano della legittimità e dell’impugnabilità degli atti.

L’obiettivo principale dei CAM è quello di rendere più sostenibili gli acquisti e gli appalti pubblici, incoraggiando l’adozione di soluzioni che riducano l’impatto ambientale, come ad esempio l’uso di materiali riciclabili, la riduzione delle emissioni di CO₂, e la promozione dell’efficienza energetica.

L’inclusione dei CAM nei bandi di gara è obbligatoria per tutte le amministrazioni pubbliche italiane. Gli enti pubblici sono tenuti a verificare che i fornitori rispettino tali criteri quando partecipano ad una gara d’appalto.

Le amministrazioni sono responsabili di verificare che i CAM siano applicati correttamente durante l’intero ciclo di vita dell’appalto, dalla progettazione all’esecuzione del contratto.

In riferimento predetta sentenza, uno dei principali punti di interesse riguarda la qualificazione della mancata menzione dei CAM come “clausola immediatamente lesiva”.

Secondo il TAR, il fatto che il bando non contenga esplicitamente i criteri ambientali minimi impone al soggetto interessato di agire entro il termine decadenziale di trenta giorni dalla pubblicazione del bando.

Il mancato rispetto di tale termine comporta l’irricevibilità del ricorso presentato successivamente. Questa interpretazione, coerente con un orientamento giurisprudenziale ormai consolidato, rafforza l’idea che la tutela giurisdizionale non possa essere usata in modo dilatorio o opportunistico, ma debba essere esercitata con tempestività e trasparenza, specialmente in un ambito come quello degli appalti, dove l’interesse pubblico alla rapida definizione delle procedure è particolarmente forte.

La seconda affermazione centrale del giudice riguarda il merito della questione: l’omissione dei CAM nella lex specialis non comporta la nullità della procedura.

Questo perché i CAM, essendo previsti da norme imperative, si eterointegrano automaticamente nel bando e nel contratto, anche se non espressamente richiamati. Il principio di eterointegrazione consente di sanare, per così dire, una carenza formale con il ricorso diretto alla fonte normativa. Si tratta di una soluzione che richiama al contempo il principio della conservazione degli atti amministrativi (favor validitatis) e il principio di continuità dell'azione amministrativa, soprattutto quando l'interesse pubblico (in questo caso legato all'organizzazione del Giubileo 2025) risulterebbe pregiudicato da un eccessivo formalismo.

Tuttavia, non mancano profili critici che meritano considerazione. Se da un lato l'eterointegrazione tutela l'efficacia delle procedure, dall'altro rischia di compromettere l'effettività delle politiche ambientali. I CAM sono strumenti centrali della strategia nazionale per lo sviluppo sostenibile e rappresentano uno dei principali veicoli attraverso cui l'amministrazione pubblica persegue obiettivi di tutela ambientale e responsabilità sociale.

Se la loro applicazione viene considerata "implicita" a prescindere dalla loro esplicitazione, il rischio è che, nella prassi, se ne sottovaluti l'importanza. In tal senso, la sentenza sembra porre il rispetto della forma e della correttezza procedurale (termine per impugnare, principio di continuità dell'azione amministrativa) al di sopra dell'effettiva valorizzazione dei contenuti sostanziali, come le politiche green.

Un secondo aspetto rilevante della sentenza è quello concernente il principio di self-cleaning, cioè la possibilità per un operatore economico, nonostante una condanna o un illecito, di dimostrare la propria affidabilità attraverso l'adozione di misure correttive. Il TAR ha ritenuto legittimo l'operato della stazione appaltante che, pur in presenza di una condanna per reati ambientali a carico del legale rappresentante dell'impresa aggiudicataria, ha riconosciuto la validità delle misure adottate dall'impresa per prevenire il reiterarsi della condotta illecita, tra cui il pagamento dell'ammenda, la bonifica dell'area oggetto di illecito e la collaborazione con l'autorità giudiziaria.

Questo approccio, che valorizza la buona fede e la volontà di emenda dell'impresa, si muove in linea con il nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 36/2023), che promuove i principi del risultato e della fiducia nell'azione amministrativa.

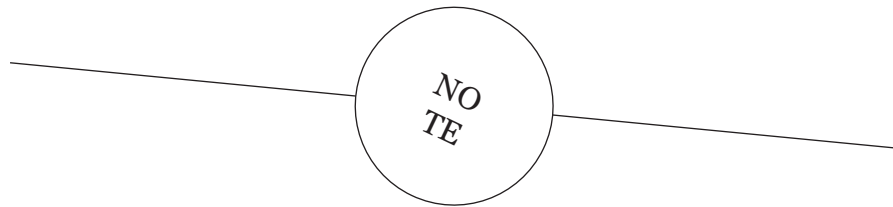
Il self-cleaning, dunque, non è solo una misura tecnica, ma anche un istituto che richiama una visione più inclusiva e meno punitiva dell'affidabilità professionale, fondata sulla valutazione caso per caso e su un bilanciamento concreto degli interessi.

Infine, la sentenza conferma i limiti del sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni discrezionali della stazione appaltante, ribadendo che queste possono essere censurate solo se affette da evidenti vizi logici, irrazionalità o travisamento dei fatti.

Questo riafferma il ruolo garantista del giudice, ma anche la centralità della discrezionalità amministrativa quale strumento di gestione flessibile e contestuale dei complessi equilibri che caratterizzano l'attività pubblica.

In conclusione, la sentenza n. 8354/2025 si colloca nel solco di un diritto amministrativo moderno, che cerca di bilanciare esigenze spesso in tensione: certezza del diritto e tutela dell'ambiente, rapidità delle procedure e rigore della legalità, discrezionalità tecnica e garanzie del giusto procedimento.

Essa evidenzia anche la necessità, per gli operatori del settore, di una consapevolezza sempre più profonda non solo delle regole del gioco, ma anche del momento in cui è necessario agire per tutelare efficacemente i propri interessi.

[illegible]



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!



sulla
Corte dei Conti

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

Medi
Graphic
MEDIAAPPALTI

Rubrica bimestrale
a cura di
Stefano Usai

maggio
2025

allegato alla Rivista mensile
MediAppalti

sommario

La quantificazione degli incentivi nel caso di concessione di servizi Corte dei Conti, sez. regionale Veneto 14/2025

1. Quesiti
2. L'analisi
3. Ulteriori quesiti
4. Le risposte

3

Registrazione della sentenza (non effettuata) e debito fuori bilancio Corte dei Conti, sez. reg. Veneto n. 71/2025

1. Il quesito
2. L'analisi

8

Acquisto di immobili o locazione: necessaria una attenta stima (stima di costi e rientro con le spese) Corte dei Conti, sez. regionale Lombardia 57/2025

1. I quesiti
2. L'analisi
3. La rilevanza della stima
4. I contratti di locazione

10

La quantificazione degli incentivi nel caso di concessione di servizi

La sezione affronta una tematica – in tema di incentivi – tra quelle di maggior rilievo ovvero l’incentivazione in materia di concessione di servizi.

1. I quesiti

I quesiti vengono dall’Amministrazione raggruppati in due parti:

a) la prima parte (punto A della richiesta sub I, II, III) concerne il profilo finanziario dell’incentivazione alle funzioni tecniche.

In particolare, l’Amministrazione chiede di conoscere:

- con riferimento ai punti I e II, se vi sia o meno l’obbligo dell’Ente di prevedere, nel caso di concessione di servizi, nel bilancio di previsione apposite dotazioni da destinare al finanziamento degli incentivi tecnici e, nel caso di appalti di servizi, se vi sia o meno l’obbligo di incrementare gli specifici stanziamenti della percentuale necessaria alla copertura finanziaria degli incentivi tecnici;
- con riferimento al punto III, se, in mancanza degli stanziamenti previsti per la realizzazione dell’opera, sia applicabile per analogia, con riferimento all’art. 45, comma 2, del Codice, quanto stabilito dall’ordinanza della Corte di Cassazione sez. civile n. 25696 del 4 settembre 2023, in ordine al riconoscimento, in luogo del compenso incentivante, della retribuzione aggiuntiva, per lo svolgimento di attività oltre il debito orario delle prestazioni di lavoro, corrispondente alla misura del lavoro straordinario. A tal fine, chiede altresì di conoscere:
 - A) se, ritenuta ammissibile la modalità di retribuzione delle funzioni tecniche attraverso il lavoro straordinario, l’onere relativo debba essere annualmente contenuto entro i limiti del fondo del lavoro straordinario o se possa essere finanziato anche con risorse ulteriori;
 - B) se, ritenuta non ammissibile detta modalità di retribuzione, l’onere per le funzioni tecniche possa essere finanziato, all’interno del fondo risorse;

2. L'analisi

Le questioni, in realtà, sono abbastanza chiare considerato che si richiede se sia (o meno) possibile pagare con quote di straordinario le funzioni incentivabili o, in caso di impossibilità, sia possibile utilizzare parte del fondo per lo sviluppo delle risorse umane (praticamente trasformando la programmata concessione come un obiettivo di performance).

La sezione, in realtà, non sembra dare una risposta positiva all'utilizzo dello straordinario. In effetti, la prima constatazione è che la spesa in materia di incentivi (non prevista nei quadri economici) non può comportare **spese aggiuntive** e *"l'eventuale aggravio di spesa dovrà essere neutralizzato" dalla effettiva copertura in altre disposizioni produttive di risparmi o di maggiori entrate*.

Nell'inciso riportato, però (anche se nel parere non viene evidenziato) è contenuta la risposta la soluzione delle problematiche visto che la sezione puntualizza che *"l'eventuale aggravio di spesa dovrà essere neutralizzato" dalla effettiva copertura in altre disposizioni produttive di risparmi o di maggiori entrate*.

Nel caso della concessione la neutralizzazione della maggiore spesa (per gli incentivi) viene neutralizzata dalla "maggiore entrata" costituita dal canone di concessione. Come in altre circostanze evidenziato, infatti, il canone concessorio ben potrà essere utilizzato per i compensi incentivanti (evitando, ovviamente, la sovra incentivazione).

L'ultima parte del riscontro, anch'essa espressa in termini generali, non fornisce un chiaro approdo (e l'unico possibile appare quello appena evidenziato).

In questa parte della deliberazione, infatti, si legge che *"va, quindi, sottolineato che, anche in caso di scelta di una diversa modalità di retribuzione delle funzioni tecniche, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti devono comunque escludere qualsiasi forma di sovraincentivazione"*.

L'ente concedente, pertanto, nel caso di specie, ha due ordini di limiti: evitare aggravio di spese ed azzerarle con nuove entrate (come detto il canone della concessione) o riducendo le spese.

Non è chiaro se quest'ultimo inciso si riferisca alla necessità di restare dentro le spese del "fondo" dello straordinario (visto che questo potrebbe tollerare violazioni, il limite, solo in presenza di fatti realmente eccezionali, e l'avvio di una concessione non pare possa essere qualificato in questo modo. Tra l'altro, l'eventuale erogazione di "straordinari" esige anche il rispetto delle condizioni legittimanti (ovvero aver svolto del lavoro in "straordinario" fuori dall'orario lavorativo (e non è chiaro il perché gli atti relativi alla concessione non possa essere predisposti in orario lavorativo).

Infine, la sezione ricorda che *"la relazione illustrativa al Codice, con riferimento all'art. 45 comma 3, stabilisce che "gli incentivi per funzioni tecniche (pari all'80 per cento delle risorse di cui al comma 2)*

sono erogati direttamente al personale dipendente, senza la confluenza nel fondo per l'incentivazione come previsto dal vigente articolo 113 del d.lgs. 50/2016", il Collegio ritiene opportuno rappresentare che le forme di incentivazione per funzioni tecniche costituiscono eccezione al generale principio della onnicomprensività del trattamento economico e, pertanto, possono essere riconosciute solo per le attività espressamente e tassativamente previste dalla legge, se e in quanto connotate, non dall'ordinarietà dell'attività spettante ius officii, ma da una complessità di interventi che legittimi la deroga al principio medesimo".

3. Ulteriori quesiti

L'istante pone ulteriori quesiti, ed in particolare:

- a) se gli incentivi tecnici siano attribuibili solo nel caso in cui il servizio sia connotato dal requisito della particolare importanza oppure anche nel caso in cui, a prescindere dalla particolare importanza, il servizio sia di importo superiore alle soglie di rilevanza europee di cui all'art. 14 del Codice;
- b) se l'elencazione dei servizi previsti dall'art. 32, comma 2, dell'Allegato II.14 in sede di prima applicazione del nuovo codice sia o meno tassativa e, nel caso in cui si ritenesse integrabile dall'Amministrazione con proprio atto interno, quale forma debba assumere;
- c) se, nel caso in cui il RUP nomini il Direttore dell'esecuzione (DEC) facoltativamente, vadano comunque riconosciuti gli incentivi e se la nomina facoltativa del DEC debba riferirsi ai servizi che non rientrano in quelli di particolare importanza e ai servizi che non vengano qualificati tali dall'Amministrazione;
- d) se i termini "prestazioni" ed "interventi" di cui all'art. 8, comma 4, dell'Allegato I.2 siano da intendersi riferiti tanto ai servizi quanto alle forniture.

Il resto del quesito chiede chiarimenti sul dettato normativo.

Come detto, la sezione non ha potuto riscontrare visto che si tratta di quesiti inammissibili (come oramai le varie questioni in tema di incentivi) però si può ritenere che il correttivo abbia chiarito più di un aspetto sulla individuazione della casistica di contratti (di beni/servizi) a cui poter associare gli incentivi.

4. Le risposte

In relazione al primo quesito sul fatto che la complessità possa risultare condizionata dal fatto che il contratto sia sotto o sopra soglia.

Si può ritenere alla luce di quanto ora innestato dal correttivo che il riscontro sia nel senso che la complessità non possa ritenersi condizionata dall'importo.

Nel senso che per importi superiori ai 500 mila euro (tanto servizi quanto forniture) sia automaticamente certificata la complessità.

In questo senso il comma 1 e comma 3 dell'articolo 32 dell'allegato II.14.

Mentre in caso di importi inferiori l'articolo si muove su diverse indicazioni.

In primo luogo, indipendentemente dall'importo i servizi possono definirsi complessi (tanto da imporre un DEC distinto dal RUP consentendo di accedere agli incentivi).

- nel caso di interventi particolarmente complessi sotto il profilo tecnologico,
- nel caso di prestazioni che richiedono l'apporto di una pluralità di competenze,
- nel caso di interventi caratterizzati dall'utilizzo di componenti o di processi produttivi innovativi o dalla necessità di elevate prestazioni per quanto riguarda la loro funzionalità
- i servizi (quindi non anche le forniture) che, per ragioni concernente l'organizzazione interna alla stazione appaltante, impongano il coinvolgimento di unità organizzativa diversa da quella cui afferiscono i soggetti che hanno curato l'affidamento.

Ovviamente sono tali anche le forniture che presentino le stesse caratteristiche (oltre al caso in cui siano di importo superiore ai 500 mila euro che sono complessi di default) come emerge dal comma 3 dell'articolo 32.

In tutti questi casi il DEC, come già detto, deve essere distinto dal RUP come condizione primaria per acquisire l'incentivo ma, in realtà, anche per le diverse competenze del DEC (su cui si tornerà). Il secondo quesito mira a capire se l'elenco (di servizi) indicati nell'articolo 32 comma 2 sia tassativo o se l'amministrazione possa autonomamente stabilire regole diverse.

La risposta, evidentemente, si desume dal primo riscontro. E' chiaro però che la certificazione sulla complessità non può essere un solo problema del RUP ma anche dei responsabili (si pensi al responsabile del personale/finanziario e del segretario) che sono tenuti a dei controlli (assicurare la terzietà dell'erogazione come evidenzia la Corte dei Conti Abruzzo n. 111/2024).

Con il terzo quesito (che si riporta per esteso) si chiede *"se, nel caso in cui il RUP nomini il Direttore dell'esecuzione (DEC) facoltativamente, vadano comunque riconosciuti gli incentivi e se la nomina facoltativa del DEC debba riferirsi ai servizi che non rientrano in quelli di particolare importanza e ai servizi che non vengano qualificati tali dall'Amministrazione"*.

Ora – alla luce di quanto sopra esposto – è chiaro che una nomina facoltativa del DEC (ovvero quando non è necessario) non può determinare la possibilità di avere gli incentivi.

La nomina e quindi l'assegnazione dell'incarico deve essere motivata e la prima motivazione è la certificata complessità.

Negli altri casi, quando magari la nomina non è necessaria/imposta dalla complessità e/o dall'importo dell'appalto, ma magari giustificata per il carico di lavoro il compenso del DEC non può essere

l'incentivo ma, ad esempio, il risultato o eventualmente lo straordinario (sempre che ci siano le condizioni legittimanti).

Da notare che nel quesito si ipotizza la nomina del DEC da parte del RUP.

Si deve ritenere che la nomina del DEC sia espressione di un potere dirigenziale; pertanto, se il RUP non è dirigente o non coincide con il responsabile del servizio la nomina dovrà essere disposta da quest'ultimo.

Sull'ultima questione il riferimento a prestazioni/interventi. Dalla norma il riferimento a prestazioni è associato (per effetto del correttivo) alle forniture (con il comma 3) ma si può ritenere che sia asettico.

Registrazione della sentenza (non effettuata) e debito fuori bilancio

1. Il quesito

Il quesito viene posto da un commissario straordinario, in tema di debiti fuori bilancio e rapporti con la mancata registrazione di una sentenza. Circostanza, oggettivamente, che coinvolge anche gli uffici che si occupano di attività contrattuale. Con la domanda si chiede "Se il trattamento contabile delle spese per la registrazione delle sentenze o, in generale, dei provvedimenti giudiziari, rientri nella previsione di cui all'art. 194, lettera a), del d.lgs. n. 267/2000 (TUEL).

In caso positivo, si chiede parere in merito alla eventuale necessità di attivazione della relativa procedura anche laddove il Comune, sebbene risulti vittorioso e, dunque, non sia stato condannato al pagamento delle spese legali, sia destinatario della notifica di avviso di pagamento da parte dell'Agenzia delle entrate per omessa registrazione del provvedimento da parte della controparte soccombente".

2. L'analisi

La premessa della sezione è sull'articolo 194 del decreto legislativo 267/2000 che contempla una serie di ipotesi, tassative in quanto derogatorie rispetto all'ordinario procedimento di spesa e non interpretabili estensivamente al di fuori dei casi e dei limiti ivi previsti, in cui è possibile procedere al riconoscimento di un debito, non previsto ovvero non prevedibile, in modo da ricondurlo nell'alveo delle regolari scritture contabili di bilancio (cfr., ex multis, Sezione regionale controllo per la Lombardia, deliberazione n. 34/2020/PAR; Sezione regionale di controllo per la Basilicata, deliberazione n. 5/2020/PAR).

In particolare, il comma 1 del citato articolo dispone che *"con deliberazione consiliare di cui all'articolo 193, comma 2, o con diversa periodicità stabilita dai regolamenti di contabilità, gli enti locali riconoscono la legittimità dei debiti fuori bilancio derivanti da: a) sentenze esecutive; b) copertura di disavanzi di consorzi, di aziende speciali e di istituzioni, nei limiti degli obblighi derivanti da statuto, convenzione o atti costitutivi, purché sia stato rispettato l'obbligo di pareggio del bilancio di cui all'articolo 114 ed il disavanzo derivi da fatti di gestione; c) ricapitalizzazione, nei limiti e nelle forme previste dal codice civile o da norme speciali, di società di capitali costituite per l'esercizio di servizi pubblici locali; d) procedure espropriative o di occupazione d'urgenza per opere di pubblica utilità; e) acquisizione di beni e servizi, in violazione degli obblighi di cui ai commi 1, 2 e 3 dell'articolo 191, nei limiti degli accertati e dimostrati utilità ed arricchimento per l'ente, nell'ambito dell'espletamento di pubbliche funzioni e servizi di competenza"*.

Nello specifico, in relazione al quesito, spiega la sezione, la lettera a) del comma 1 prevede la riconoscibilità dei debiti fuori bilancio derivanti da *"sentenze esecutive"*, concetto che include, secondo prevalente orientamento giurisprudenziale, tutte le spese del giudizio comprese quelle relative alla registrazione dei provvedimenti in tal sede adottati (cfr. Sezione regionale di controllo per la Sardegna deliberazione n. 2/2009/PAR; Sezione regionale di controllo per la Liguria deliberazione n. 77/2019/PAR).

In relazione, quindi, all'attivazione o meno della procedura in argomento per il riconoscimento del debito de quo, la sezione richiama quanto espresso dalla Sezione delle Autonomie nella deliberazione n. 27/SEZAUT/2019/QMIG, **circa la necessità che il pagamento di un debito fuori bilancio riveniente, in senso ampio, da una sentenza esecutiva sia, sempre, preceduto dall'approvazione da parte del Consiglio dell'ente della relativa delibera di riconoscimento.** Il fatto che la notifica dell'avviso di pagamento per le spese di registrazione da parte dell'Agenzia delle entrate sia dovuta all'inottemperanza della controparte soccombente **non muta**, in quanto trattasi di obbligazione solidale passiva, quanto rappresentato (articolo 57, del D.P.R. 26 aprile 1986, n. 131). Pertanto, si è in presenza di un debito fuori bilancio.

Inoltre, la sezione, stante il consolidato orientamento della giurisprudenza civile, ricorda che l'onere del pagamento delle spese di registrazione è a carico della parte soccombente, ancorché il giudice non abbia ciò specificamente precisato (Cassazione civile sentenze n. 1222/2021 e n. 16700/2022), si sottolinea la sussistenza, in capo all'Ente, del diritto di esercitare l'azione di regresso.

Acquisto di immobili o locazione: necessaria una attenta stima (stima di costi e rientro con le spese)

1. I quesiti

L'istante pone alla sezione un duplice ordine di questioni, in particolare due possibili modus operandi: l'acquisto di immobili e la locazione ad esito di una trattativa avviata con il medesimo soggetto, contemporaneamente venditore di un immobile e locatore di un'area destinata a parcheggi.

Le due alternative si differenziano tra loro in modo sostanziale per i valori di stima dei singoli oggetti trattati, ma configurano sostanzialmente il medesimo impegno economico complessivo a carico del Comune (se non si considerano gli aspetti finanziari ed attuariali dell'operazione).

2. L'analisi

Per l'acquisto di beni, ricorda la sezione, il fondamento della capacità di acquistare è rinvenibile nell'art. 11 cod. civ., a mente del quale "le province e i comuni, nonché gli enti pubblici riconosciuti come persone giuridiche, godono dei diritti secondo le leggi e gli usi osservati come diritto pubblico"; tale norma riconosce la piena capacità di diritto privato per le persone giuridiche pubbliche, limitabile solo se e in quanto previsto da specifiche disposizioni, soggiacendo semmai – per come si evidenzia oltre – un generale vincolo funzionale di compatibilità dell'acquisto con lo scopo pubblico affidato alla cura dell'ente. Secondo la sezione, in via di premessa deve essere rilevato che l'acquisto di beni immobili costituisce una ipotesi di "investimento" realizzata dall'ente locale; come tale, essa

Acquisto di immobili o locazione: necessaria una attenta stima (stima di costi e rientro con le spese)

soggiace alla disciplina dettata dal Tuel, in particolare dal titolo IV, in tema di programmazione e di fonti di finanziamento. Seppur venuti meno vari limiti alla possibilità di acquisto di beni immobili (la prevista indilazionabilità dell'acquisto) la sezione ha affermato che "il riconoscimento dell'autonomia negoziale in materia di acquisizione di beni patrimoniali disponibili non elide la necessità che la sottoscrizione dei contratti di acquisto avvenga nel rispetto dei principi di buon andamento (art. 97, comma 2, Cost.) e dell'equilibrio di bilancio (art. 97, comma 1, e 119 comma 1 Cost.), anche laddove l'ente non faccia ricorso all'indebitamento ed utilizzi risorse disponibili.

Il principio di buon andamento combinato con quello dell'equilibrio di bilancio vincola l'amministrazione a impiegare nel modo più efficiente possibile le risorse di cui dispone ai fini del perseguimento degli interessi pubblici affidati alla sua cura" (Sez. Lombardia n. 198/2024/PAR).

Questa finalità si ricorda nel parere "permea l'amministrazione pubblica nel suo complesso ed è applicabile anche all'attività di diritto privato, nel rispetto di quanto previsto dagli artt. 81, 97 e 119 Cost., oltre che dall'art. 1, comma 1, della legge n. 241/1990".

Per effetto di quanto, secondo quanto emerge dalla deliberazione "è necessario che il Comune" (sottolineatura che deve essere letta come ogni comune e, soprattutto, i responsabili di servizio interessati dall'acquisto per responsabilità d'ufficio) svolga e dia atto di un'approfondita istruttoria, documentando la ragionevolezza e l'utilità dell'acquisto del bene (anche, ma solo in un secondo e distinto momento, nella combinazione con una eventuale locazione passiva dell'area di parcheggio), la finalità pubblica perseguita e formulando una analisi costi/benefici dell'operazione".

3. La rilevanza della stima

Nel ragionamento espresso dalla sezione il momento centrale è quello della stima soprattutto nell'ambito di un intervento immobiliare. Nel caso di specie nel quesito l'ente non ha spiegato quale intende finanziare l'intervento (la fonte di finanziamento), ma, ricorda ancora il collegio, "non sembra revocabile in dubbio, tuttavia, che la centralità dell'attività estimativa sia ancora più evidente nei casi in cui la fonte di finanziamento dell'investimento immobiliare risieda nel ricorso all'indebitamento...

È questa esigenza di contestuale adozione del piano di ammortamento che rende la stima del bene uno snodo fondamentale, in quanto è evidente come la misurazione della vita utile dell'investimento e la congruità del piano di ammortamento siano strettamente correlati e dipendano dalla correttezza dell'attività estimativa" (Sez. Campania n. 52/2021)".

Una volta, poi, intervenuta la decisione di procedere con l'acquisto il relativo iter procedimentale deve essere improntato al rispetto dei principi generali dell'attività amministrativa di cui all'art. 1 della legge 7 agosto 1990, n. 241, nel rispetto delle norme che regolano l'acquisizione di beni e di tutela della concorrenza e parità di trattamento e, in via generale, del principio della scelta del contraente mediante procedura ad evidenza pubblica.

4. I contratti di locazione

Con riferimento invece ai contratti di locazione, la quinta sezione del Consiglio di Stato, con sentenza n. 6824 del 12 luglio 2023, ha osservato che i contratti aventi ad oggetto la locazione di terreni, fabbricati esistenti o altri beni immobili sono ricompresi nel novero delle "esclusioni specifiche" dal Codice dei contratti pubblici (art. 56, comma 1, lett. e), D.Lgs. 31 marzo 2023, n. 36). L'esenzione, è noto, recepisce de plano la previsione dell'art. 10 della direttiva 2014/24/UE, dell'art. 21 della direttiva 2014/25/UE e dell'art. 10, § 8 della direttiva 2014/23/UE.

Nonostante le esclusioni, si conferma nel parere, l'art. 13, comma 5, D.lgs. n. 36/2023 impone, in ogni caso, il rispetto dei "principi" (di matrice così interna come eurocomune) che ispirano e conformano – nella prospettiva del buon andamento (in termini di economicità, efficacia, efficienza ed orientamento al risultato) e della imparzialità (in termini di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità e pubblicità) – l'azione dei soggetti pubblici (arg. etiam ex art. 97 Cost. e art. 1, L. 7 agosto 1990, n. 241). Inoltre, "nella disciplina dei (..) "contratti esclusi" – quali le locazioni – che l'ordinamento, appunto, esclude dall'applicazione delle procedure di scelta del contraente disciplinate dal codice degli appalti ma non dal rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità (art. 4 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 - applicabile alla vicenda ratione temporis ai sensi dell'art. 226, comma 2, d.lgs. n. 36/2023 - che ripropone il testo del previgente art. 27 del d.lgs. n. 12.4.2006, n. 163, e da ultimo, in continuità normativa, l'art. 13, comma 5, del d.lgs. n. 31 marzo 2023, n. 36, che stabilisce che "l'affidamento dei contratti di cui al comma 2 [n.d.r.: contratti esclusi, contratti attivi e contratti a titolo gratuito] che offrono opportunità di guadagno economico, anche indiretto, avviene tenendo conto dei principi di cui agli articoli 1, 2 e 3" (Sez. Lombardia n. 180/2024/PREV, la quale, inoltre, stigmatizza l'inutilità e l'antieconomicità del ricorso ad una procedura aperta di cui erano state violate basilari regole di trasparenza e correttezza, mentre l'amministrazione avrebbe potuto condurre una trattativa privata con un unico candidato, data la natura del contratto a condizioni di maggior vantaggio nell'interesse pubblico).

Anche in questo caso, pertanto, si impone una adeguata valutazione della rispondenza alla pubblica utilità -oltre che alla stretta convenienza economica- dell'assunzione da parte dell'Amministrazione comunale (...) rispetto alla spesa di cui farsi carico". La sezione, tra l'altro, valutata la durata della locazione rileva il mancato rientro delle spese.

La conclusione, quindi, poichè , anche in tema di locazione passiva, l'attività negoziale non è affatto libera come quella che connota, sul piano del fatto, i rapporti tra privati, essendo, per l'appunto, assoggettata ai vincoli che impongono una congrua motivazione delle scelte, la relativa convenienza sia economica che funzionale, la congruità dei prezzi e il dovere di rendere pubblica l'iniziativa negoziale e trasparente il comportamento, al fine di garantire un accesso paritario e non discriminatorio dei potenziali interessati, anche in ragione di una concorrenzialità del mercato funzionale all'interesse pubblico. Solo valutati questi aspetti, quindi, è possibile procedere con le azioni amministrative prospettate.