RIVISTA TRIMESTRALE DEGLI APPALTI

3/2022

EDIAPPALTI

MAGGIOLI EDITORE

Poste Italiane S.P.A. - Spedizione in abbonamento postale - AUT. N° 376/2019 PERIODICO ROC - ISSN 0394-8374 – euro 67,00

IL FORMULARIO DELL'AFFIDAMENTO DI LAVORI PUBBLICI

dopo i Decreti Semplificazioni

- **Schemi di bandi, disciplinari, moduli di offerta, lettere di invito, dichiarazioni, avvisi, istanze**
- **Schede sinottiche**

Settembre 2022 - Codice 88.916.5954.5
F.to 21x29,47 - **Pag. 576** - **€ 98.00**

Il presente lavoro, che non costituisce il solito manuale dottrinario, ha l'obiettivo di fornire agli operatori del settore un agile strumento per la definizione della documentazione amministrativa necessaria allo svolgimento delle principali procedure di gara per appalti di lavori pubblici, ovvero l'aperta, la ristretta e la negoziata. Per ciascuna delle citate procedure sono stati elaborati un breve excursus, ove si evidenziano gli aspetti caratterizzanti la procedura stessa, gli schemi degli atti principali, quali bandi, disciplinari e lettere di invito con relativi allegati necessari all'indizione delle diverse gare, gli schemi di dichiarazioni che devono rendere i componenti della commissione e gli schemi dei verbali di gara. Il tutto è stato suddiviso in base all'importo della procedura da avviare (come disciplinato dalla normativa vigente al momento della pubblicazione) e al criterio di aggiudicazione che si vuole utilizzare.

La modulistica riportata è già stata impiegata in svariate procedure con risultati soddisfacenti; chiaramente si tratta di modelli che possono comunque essere ulteriormente integrati, adeguati e personalizzati dalle singole stazioni appaltanti in base al loro modus operandi.

Considerato che il limite della procedura negoziata per il settore dei lavori pubblici è abbastanza elevato, si è ritenuto necessario inserire nel formulario la documentazione necessaria alla creazione dell'elenco degli operatori economici, per consentire di addivenire facilmente alla scelta delle aziende da invitare alle singole gare indette dalla stazione appaltante.

A completamento ed in chiusura, al fine di evitare all'operatore di dover svolgere continue ricerche, si è predisposta una breve raccolta di norme, decreti ministeriali e atti dell'ANAC richiamati nella documentazione contenuta nel formulario.

AGGIORNAMENTI NORMATIVI

› D.L. 76/2020 conv. in L. 120/2020
› D.L. 77/2021 conv. in L. 108/2021

CONTENUTI AGGIUNTIVI

- schemi di bandi
- disciplinari
- moduli di offerta
- lettere di invito
- dichiarazioni
- avvisi
- istanze

Tutta la modulistica sempre aggiornata fino al 31 dicembre 2023

ALBERTO PONTI

Avvocato amministrativista, esperto in Contrattualistica pubblica, già Vice Segretario Generale, autore di diverse pubblicazioni inerenti all'attività della Pubblica Amministrazione, Docente per il personale delle Pubbliche Amministrazioni.

SERVIZIO CLIENTI Tel +39 0541 628200 - clienti.editore@maggioli.it

MAGGIOLI EDITORE

Rivista fondata nel 1986

RIVISTA TRIMESTRALE DEGLI APPALTI

Fondata da

Arturo Cancrini, Paolo Carbone, Antonio Carullo,
Mauro Ciani, Giovanni Giordano, Matteo Mazzone,
Pier Maria Piacentini, Pierluigi Piselli

Diretta da

Paolo CARBONE
Avvocato

Antonio CARULLO
Professore Alma Mater
Università di Bologna

Pier Maria PIACENTINI
Consigliere di Stato

EDIAPPALTI

MAGGIOLI EDITORE

Comitato di coordinamento scientifico

Pietro Rescigno, Fabio Alberto Roversi-Monaco.

Comitato scientifico

Marco Allegra, Sandro Amorosino, Vito Candia, Dario Capotorto, Antonio Cataudella, Riccardo Chieppa, Angelo Clarizia, Mario Colacito, Giancarlo Coraggio, Diego Corapi, Guido Corso, Rubens Esposito, Rinaldo Geremia, Cesare Loria, Rosario Maresca, Annibale Marini, Marcello Melandri, Fabio Merusi, Giuseppe Morbidelli, Giorgio Pastori, Giuseppe Pericu, Osvaldo Prosperi, Alfonso Quaranta, Filippo Satta, Franco Gaetano Scoca, Vincenzo Spagnuolo Vigorita, Paolo Vittoria.

Direttore responsabile	Antonio Carullo 40125 Bologna, Strada Maggiore, 47 – tel. 051/304967
Direttori	Paolo Carbone, Antonio Carullo, Pier Maria Piacentini
Redattori	Arturo Cancrini, Mauro Ciani, Pierluigi Piselli
Direzione Redazione	00198 Roma, Via Guido D'Arezzo, 28 tel. 06/44237472 – fax 06/44250435 e-mail: p.carbone@carbonemancini.com
amministrazione e diffusione	Maggioli Editore è un marchio di Maggioli s.p.a. Via del Carpino, 8 – 47822 Santarcangelo di Romagna (RN) tel. 0541/628111 – fax 0541/622100 Servizio Abbonamenti tel. 0541/628779 – fax 0541/624457 e-mail: abbonamenti@maggioli.it **www.periodicimaggioli.it** **Maggioli s.p.a.** **Azienda con Sistema di Gestione Qualità certificato ISO 9001:2015** **Iscritta al Registro unico degli operatori di comunicazione**
Pubblicità	MAGGIOLI ADV Concessionaria di Pubblicità per Maggioli s.p.a. Via del Carpino, 8 – 47822 Santarcangelo di Romagna (RN) tel. 0541/628272 – fax 0541/624887 e-mail: maggioliadv@maggioli.it www.maggioliadv.it Filiali MILANO – Via F. Albani, 21 – 20149 Milano tel. 02/48545811 – fax 02/48517108 BOLOGNA – Galleria del Pincio, 1 – 40126 Bologna tel. 051/229439-228676 – fax 051/262036 ROMA – Piazza delle Muse, 8 – 00197 Roma tel. 06/5894164
Stampa	Stabilimento Maggioli s.p.a. – 47822 Santarcangelo di Romagna (RN)
Registrazione	Presso il Tribunale di Rimini del 4 luglio 1986, al n. 303.

SOMMARIO

DOTTRINA

P. Carbone, *Verso nuovo codice dei contratti pubblici* ..... p. 767
G. Viciconte, *L'incidenza dei criteri della legge delega di riforma dei contratti pubblici sui rapporti con la disciplina penale* ..... » 785
S. Vinti, *Che atto è mai il nuovo DURC online?* ..... » 809
M. Castellano, *Armonie e disarmonie nella tutela del lavoro (e dei subappaltatori) nel contratto d'appalto* .. » 853
P. Piselli, C.B. Repaci, *Profili sinallagmatici nelle operazioni di* project financing: *la gestione delle sopravvenienze in fase esecutiva, tra adeguamento e rinegoziazione* ..... » 891

GIURISPRUDENZA

TAR Lazio, Sez. II *quater,* 7 aprile 2022, n. 4082 ..... » 919
Consiglio di Stato, Sez. V, 17 marzo 2022, n. 1950 » 919
con commento di F. Ciancio, *Consorzi stabili più ombre che luci: il "cumulo alla rinfusa" e la qualificazione della consorziata esecutrice, all'indomani del d.l. n. 32 del 2019 (cosiddetto decreto Sblocca cantieri) e convertito in l. n. 55 del 14 giugno 2019* ..... » 937
TAR Campania, Sez. I, 4 marzo 2022, n. 1458 ..... » 967
con commento di V. Vitulano, *In caso di avvalimento cosiddetto tecnico operativo il "prestito" dei requisiti non potrà essere astratto* ..... » 973
TAR Lazio, Roma, Sez. IV, 26 marzo 2022, n. 3423.... » 981
con commento di E. Zimei, *La qualificazione degli esecutori di lavori pubblici* ..... » 981
TAR Lazio, Sez. II, 6 aprile 2022, n. 4005 ..... » 993
con commento di M.B. Chito, *Brevi considerazioni in tema di amministrazione straordinaria e contratti pubblici* ..... » 997

APPALTO PRIVATO E INTERNAZIONALE

Corte di cassazione, Sez. III, 30 aprile 2021, n. 11456 (ord.), con commento di M. Bonomini, *Responsabilità dell'appaltatore e del progettista-direttore dei lavori per difformità delle opere dal progetto e onere della prova* ..... » 1023

Corte di cassazione, Sez. III, 31 marzo 2022, n. 10375, con commento di M. Rubino-Sammartano, *Brevi considerazioni in tema di consulenza tecnica e varianti* ..... p. 1029

OSSERVATORIO DI DIRITTO COMUNITARIO E NAZIONALE SUGLI APPALTI PUBBLICI, I SERVIZI E LA CONCORRENZA
a cura di Michele Cozzio

Giurisprudenza e massime
Corte giust. UE, Sez IV, 28 aprile 2022**,** causa 642/20, con commento di M. Cozzio, *Sui vincoli nazionali non conformi al diritto UE in tema di qualificazione (ed esecuzione) delle imprese mandatarie* ..... » 1035
Corte giust. UE, Sez. VIII, 16 giugno 2022, causa 376/21, con commento di M. Cozzio, *Precisazioni della Corte di giustizia sugli appalti finanziati con risorse UE e sulla procedura negoziata senza previa pubblicazione* ..... » 1041

Contributi
D. Mantovani, *La fornitura di strumentazione specialistica e il rischio di lock-in nei confronti degli operatori economici* ..... » 1047
M. Ricchi, L. Martiniello, D. Vicario, A. Paradisi, *PPP e utilizzo dei fondi PNRR* ..... » 1063
S. D'Ancona, *La fase di progettazione nei contratti d'appalto e concessione di lavori. Problematiche decisionali – comportamentali e strumenti di persuasione* ..... » 1077

Eventi e segnalazioni ..... » 1095

Hanno collaborato a questo numero:

Michele Bonomini	Avvocato
Paolo Carbone	Avvocato
Michele Castellano	Professore ordinario, Università degli Studi di Bari
Maria Bruna Chito	Avvocato
Ferdinando Ciancio	Avvocato
Michele Cozzio	Avvocato. Professore a contratto, Facoltà di Giurisprudenza, Università degli Studi di Trento
Stefano D'Ancona	Avvocato. Ricercatore di diritto amministrativo, Dipartimento di Scienze Sociali e Politiche, Università degli Studi di Milano
Diego Mantovani	Ingegnere, Agenzia per la Protezione Civile della Provincia Autonoma di Bolzano
Laura Martiniello	Professore ordinario di Economia aziendale presso Universitas Mercatorum
Alberto Paradisi	Ingegnere, Cantierabili s.r.l. (responsabile tecnico)
Pierluigi Piselli	Avvocato
Carmela Benedetta Repaci	Avvocato
Massimo Ricchi	Docente, consulente e formatore della pubblica amministrazione e di impresa, per il PPP e la finanza di progetto
Mauro Rubino-Sammartano	Avvocato in Milano. Avocat à la Cour d'Appel de Paris
David Vicario	Esperto economico-finanziario, Cantierabili s.r.l. (amministratore delegato)
Gaetano Viciconte	Avvocato
Stefano Vinti	Professore ordinario di Diritto Amministrativo, Università Sapienza di Roma
Vittoria Vitulano	Dottore in Giurisprudenza
Elisa Zimei	Avvocato

Paolo Carbone

VERSO NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

Sulla Gazzetta Ufficiale del 24 giugno 2022, serie ordinaria, numero 146, è stata pubblicata la l. 21 giugno 2022, n. 78, che reca «*la delega al governo in materia di contratti pubblici*».

La legge, allo spirare del periodo di *vacatio legis* previsto dall'art. 10 delle disposizioni preliminari sulla legge, è entrata in vigore il 9 luglio 2022 e da tale data decorre il termine di sei mesi – previsto dall'art. 1, comma 1 – entro il quale il Governo è chiamato ad adottare uno o più decreti legislativi finalizzati alla disciplina dei contratti pubblici.

Pertanto entro il 9 gennaio 2023 dovrebbe aver luogo l'adozione del nuovo codice dei contratti pubblici.

Giusta la previsione del comma 4 dell'art. 1, i decreti legislativi saranno adottati su proposta del presidente del Consiglio dei ministri e del ministro delle infrastrutture e della mobilità sostenibili, di concerto con i ministri competenti e previa acquisizione del parere della conferenza unificata di cui all'art. 8, d.lgs. 28 agosto 1997, n. 281 (Conferenza unificata Stato, città e autonomia locali), e del parere del Consiglio di Stato, pareri che, tuttavia devono essere resi entro il termine di 30 giorni dalla data di trasmissione di ciascuno schema di decreto legislativo, termine decorso il quale il Governo può comunque procedere all'adozione dei decreti legislativi che vengono successivamente trasmessi alle Camere per l'espressione dei pareri delle commissioni parlamentari competenti per materia e per i profili finanziari, le quali devono pronunciarsi entro i 30 giorni decorrenti dalla data di trasmissione, termine scaduto il quale – anche in questo caso – i decreti possono comunque essere adottati. Ove il parere delle commissioni parlamentari indichi talune disposizioni ritenute non conformi ai principi e ai criteri contenuti nella legge di delega, il Governo – qualora non intenda conformarsi a tali pareri – trasmette nuovamente i testi alle Camere con le eventuali osservazioni e modificazioni corredate degli elementi integrativi di informazione e motivazione. Le commissioni parlamentari possono esprimersi sulle osservazioni del governo

entro i 10 giorni dalla assegnazione e, trascorso tale termine, i decreti legislativi possono essere comunque emanati.

L'ultima parte del comma 4 dell'art. 1 prevede la facoltà del governo di delegare al Consiglio di Stato la stesura dell'articolato normativo e, nello svolgimento di tale compito il Consiglio di Stato si avvale di magistrati del Tribunale amministrativo regionale, di esperti esterni e rappresentanti del libero foro e dell'Avvocatura generale dello Stato i quali sono chiamati a tale collaborazione a titolo gratuito e senza alcun diritto al rimborso delle spese.

Sugli schemi di decreto redatti dal Consiglio di Stato non è acquisito il parere dello stesso.

Entro i successivi due anni dalla data di entrata in vigore di ciascuno dei decreti legislativi, il governo, sulla scorta della applicazione intervenuta, può apportare le correzioni ed integrazioni che si siano manifestate opportune, o addirittura necessarie; tali modifiche possono essere apportate con la medesima procedura e con i medesimi principi e criteri direttivi previsti dal comma 4 dell'art. 1.

L'ultimo periodo del comma 4 prevede che ove il termine per l'espressione del parere parlamentare scada nei 30 giorni che precedono la scadenza dei termini di delega previsti dall'art. 1, tali termini sono prorogati di 3 mesi. Tale disposizione, unitamente alla prescrizione che il Governo sia delegato ad adottare uno o più decreti legislativi disciplinanti i contratti pubblici entro i sei mesi dalla data di entrata in vigore della legge di delega, induce a ritenere che i termini relativi ai vari passaggi indicati dal comma 4 dell'art. 1, ossia:

- 30 giorni per l'acquisizione del parere della conferenza unificata e dell'eventuale parere del Consiglio di Stato, ove quest'ultimo non abbia redatto l'articolato normativo;
- 30 giorni perché le Commissioni parlamentari delle Camere – competenti per materia e per i profili finanziari – si esprimano;
- 10 giorni decorrenti dall'assegnazione perché le Commissioni competenti per materia si esprimano sulle eventuali osservazioni svolte dal Governo sulle eventuali deduzioni svolte dalla Commissioni stesse in ordine alle disposizioni ritenute non conformi ai principi della legge di delega;

siano interni ai sei mesi entro i quali i decreti devono essere adottati, per cui – anche ove non si consideri il tempo per l'acquisizione del parere del Consiglio di Stato né quello occorrente per l'assegnazione alla Commissioni parlamentari delle osservazioni del Governo in ordine alle eventuali deduzioni delle Commissioni stesse – ecco che il termine di sei mesi per la redazione dell'articolato normativo dei decreti legislativi si riduce a 3 mesi e venti giorni circa, comprensivi del mese di agosto.

Altra prescrizione che suscita perplessità deriva dalla puntualizzazione che ove il Consiglio di Stato sia incaricato di redigere l'ar-

ticolato normativo, potrà avvalersi di magistrati dei Tribunali amministrativi regionali, di esperti e rappresentanti del libero foro e di Avvocati dello Stato che, tuttavia, dovranno operare in regime di assoluta gratuità, senza aver neanche diritto al rimborso delle spese. Tale disposizione genera non poche perplessità poiché costituisce, ancora una volta, espressione di consolidato filone di norme che richiedono rilevanti capacità – quali devono necessariamente essere possedute da coloro che materialmente redigeranno l'articolato – ma che prevedono o compensi oggettivamente modesti (soprattutto se posti in relazione con l'impegno richiesto) o addirittura, come nel caso in esame, la gratuità dell'incarico.

L'art. 1, comma 2, l. n. 78 del 2022 contiene i 31 criteri di delega che dovranno guidare nella redazione del nuovo testo normativo.

In parte essi riprendono i 58 criteri di delega indicati nell'art. 1, l. 23 gennaio 2016, n. 11 all'origine del d.lgs. n. 50 del 2016; ad essi si aggiunge l'indicazione generale contenuta nel comma 1 dell'art. 1, ove si precisa il Governo «*è delegato all'adozione di uno o più decreti legislativi recanti la disciplina dei contrati pubblici anche al fine di adeguarla al diritto europeo e ai princìpi espressi dalla giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori, interne e sovranazionali, e di razionalizzare, riordinare e semplificare la disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, nonché al fine di evitare l'avvio di procedure di infrazione da parte della Commissione europea e di giungere alla risoluzione delle procedure avviate*».

Ovviamente non è possibile, in questa sede esaminare analiticamente tutti i criteri di delega il **primo** dei quali – *sub* lett. *a* – ribadisce il divieto di *gold plating*, sottolineando la necessità di perseguire «*obiettivi di stretta aderenza alle direttive europee, mediante l'introduzione o il mantenimento di livelli di regolazione corrispondenti a quelli minimi richiesti dalle direttive stesse, ferma rimanendo l'inderogabilità delle misure a tutela del lavoro, della sicurezza, del contrasto al lavoro irregolare, della legalità e della trasparenza*» al fine di assicurare l'apertura alla concorrenza e al confronto competitivo fra gli operatori dei mercati dei lavori, dei servizi e delle forniture, con particolare riferimento alle micro, piccole e medie imprese, tenendo debito conto degli elementi di specificità dei contratti nei settori speciali e nel settore dei beni culturali. Il criterio di delega – nel rimarcare la necessità di riduzione e razionalizzazione delle norme in materia di contratti pubblici – sollecita una ridefinizione della disciplina secondaria, in relazione alle diverse tipologie di contratti pubblici.

Sembra potersi ritenere, pertanto, che il nuovo codice sarà affiancato da un regolamento di attuazione la cui redazione – ovviamente – non potrà che costituire un atto successivo all'adozione del

codice stesso e sarà destinato a subire le modifiche che dovessero rendersi necessarie in esito alle integrazioni del codice allo scadere del biennio "di prova" di cui al comma 4 dell'art. 1.

Si apprende dal sito del Dipartimento politiche comunitarie[1] che «*il 6 aprile 2022, la Commissione europea ha deciso* ***l'archiviazione di sei procedure di infrazione****, l'adozione di* ***1 costituzione in mora complementare*** *(art. 258, TFUE) e* ***1 costituzione in mora*** *(art. 260, TFUE).*

Le procedure di infrazione a carico del nostro Paese scendono a 98, di cui ***62*** *per violazione del diritto dell'Unione e* ***36*** *per mancato recepimento di direttive*» e che la costituzione in mora complementare n. 2018/2273 è stata formulata nei confronti dell'Italia per rilevate non conformità della disciplina nazionale sui contratti pubblici con le Direttive 2014/23/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, 2014/24/UE sugli appalti pubblici e 2014/25/UE sulle procedure d'appalto nei settori dell'acqua, energia, trasporti e servizi postali[2].

---

(1) *https://www.politicheeuropee.gov.it/it/attivita/procedure-dinfrazione/stato-delle-infrazioni/infrazioni-6-aprile-2022/*

(2) Con la costituzione in mora relativa alla infrazione 2018/2073 «*la Commissione ha individuato disposizioni non conformi in diversi articoli del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, contenente il codice dei contratti pubblici e modificato dal decreto legislativo 19 aprile 2017, n. 56*» e precisamente:

«*A) Violazione dell'articolo 5, paragrafo 8, primo comma, e dell'articolo 5, paragrafo 9, primo comma, della direttiva 2014/24/UE nonché dell'articolo 16, paragrafo 8, primo comma, e dell'articolo 16, paragrafo 9, primo comma, della direttiva 2014/25/UE; B) Violazione dell'articolo 5, paragrafo 8, secondo comma, della direttiva 2014/24/UE in relazione alle opere di urbanizzazione;*

Violazione di norme riguardanti i motivi di esclusione A) Violazione dell'articolo 38, paragrafo 5, secondo comma, della direttiva 2014/23/UE e dell'articolo 57, paragrafo 2, secondo comma, della direttiva 2014/24/UE; B) Violazione dell'articolo 57, paragrafo 4, lettera g), della direttiva 2014/24/UE e dell'articolo 38, paragrafo 7, lettera f), della direttiva 2014/23/UE;

Violazione di norme riguardanti il subappalto e l'affidamento sulle capacità di altri soggetti A) Divieto di subappaltare più del 30% di un contratto pubblico; B) Obbligo di indicare la terna di subappaltatori proposti; C) Divieto per un subappaltatore di fare a sua volta ricorso ad un altro subappaltatore; D) Divieto per il soggetto sulle cui capacità l'operatore intende fare affidamento di affidarsi a sua volta alle capacità di un altro soggetto; E) Divieto i) per diversi offerenti in una determinata gara di fare affidamento sulle capacità dello stesso soggetto, ii) per il soggetto sulle cui capacità un offerente intende fare affidamento di presentare un'offerta nella stessa gara e iii) per l'offerente in una determinata gara di essere subappaltatore di un altro offerente nella stessa gara; F) Divieto per gli offerenti di avvalersi delle capacità di altri soggetti quando il contratto riguarda progetti che richiedono "opere complesse";

Violazione di norme riguardanti le offerte anormalmente basse».

Se, parte delle contestazioni in materia di subappalto sono state risolte in ragione delle modifiche apportate alla relativa disciplina, sulla quale rinvio al mio saggio *Le modifiche alla disciplina del subappalto apportate con il d.l. 31 maggio 2021, n. 77, convertito con modificazioni nella legge 29 luglio 2021, n. 108*, in questa *Rivista*, 2022, p. 23 ss., è evidente che i redattori del nuovo codice dovranno tener

Il **secondo criterio** di delega – *sub* lett. *b* – riprende, in sintesi, quanto già indicato dai criteri di delega *sub* lettere *t* e *bb,* art. 1, l. n. 11 del 2016 e prevede la revisione delle competenze dell'ANAC in materia di contratti pubblici, al fine di rafforzarne la vigilanza e il supporto alle stazioni appaltanti.

Il **terzo criterio** di delega ritorna sul tema della qualificazione delle stazioni appaltanti, e della riduzione numerica delle stesse mediante accorpamento e riorganizzazione. Il tema è, evidentemente, di fondamentale importanza poiché la debolezza e la mancanza di qualificazione dei committenti è stata ormai da troppo tempo il tallone di Achille di ogni possibile riforma, atteso che è del tutto inutile elaborare norme e principi corretti ove poi manchi chi sappia applicarli. In questa prospettiva, assume fondamentale rilievo il «*potenziamento della qualificazione e della specializzazione del personale operante nelle stazioni appaltanti, anche mediante la previsione di specifici percorsi di formazione*», sperando che – contrariamente a quanto sino ad oggi accaduto – le apparentemente acquisite consapevolezze si traducano in azioni concrete.

Il **quarto criterio** di delega – *sub* lett. *d*, stabilisce debbano essere previste norme volte a favorire la partecipazione alle gare delle piccole e medie imprese individuando:

a) «*criteri premiali per l'aggregazione di impresa, nel rispetto dei princìpi unionali di parità di trattamento e non discriminazione tra gli operatori economici*»;

b) «*la possibilità di procedere alla suddivisione degli appalti in lotti sulla base di criteri qualitativi o quantitativi, con obbligo di motivare la decisione di non procedere a detta suddivisione, nonché del divieto di accorpamento artificioso dei lotti*».

Il **quinto criterio** di delega – *sub* lett. *e* – riguarda i contratti di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie comunitarie e prescrive la semplificazione delle disciplina applicabile «*nel rispetto dei princìpi di pubblicità, di trasparenza, di concorrenzialità, di rotazione, di non discriminazione, di proporzionalità, nonché di economicità, di efficacia e di imparzialità dei procedimenti e della specificità dei contratti nel settore dei beni culturali*» e dispone il divieto per le stazioni appaltanti di utilizzare il sorteggio, o altri metodi di estrazione casuale dei nominativi, per la selezione degli operatori da invitare alle procedure negoziate, salvo che non ricorrano situazioni particolari che devono essere oggetto di una specifica motivazione. È evidente che tale divieto imporrà alla stazione appaltante lo svolgimento di un'attività trasparente, fondata su

---

conto non solo le divergenze espressamente contestate al nostro Paese, ma anche tutte le pronunzie della Corte di giustizia che abbiano individuato non conformità della disciplina nazionale alle regole comunitarie.

criteri obiettivi e verificabili, volta a definire la platea degli operatori economici che possono essere ammessi alla procedura selettiva. È evidente che il nuovo codice dovrà disciplinare con estrema chiarezza e precisione le modalità di svolgimento di tali procedure.

Il **sesto criterio** di delega – *sub* lett. *f* – impegna il Governo alla semplificazione delle procedure finalizzate alla realizzazione di investimenti in tecnologie verdi e digitali e prescrive debbano essere previste «*misure volte a garantire il rispetto dei criteri di responsabilità energetica e ambientale nell'affidamento degli appalti pubblici e dei contratti di concessione, in particolare attraverso la definizione di criteri ambientali minimi, da rispettare obbligatoriamente, differenziati per tipologie ed importi di appalto e valorizzati economicamente nelle procedure di affidamento, e l'introduzione di sistemi di rendicontazione degli obiettivi energetico-ambientali*». La disposizione, tuttavia, sembra riguardare più la progettazione o l'affidamento mediante offerta economicamente più vantaggiosa, che l'appalto di lavori limitato alla sola esecuzione, fase in relazione alla quale sarà necessario predisporre adeguati strumenti di verifica e controllo.

Il **settimo criterio** di delega – *sub* lett. *g* – riguarda il ripristino della revisione dei prezzi e sembra costituire l'effetto della drammatica esperienza degli ultimi due anni, caratterizzati da un forte aumento dei costi dei fattori della produzione. Dapprima il legislatore ha affrontato la questione attraverso l'insufficiente meccanismo delle cosiddette "compensazioni" relative solo all'eccezionale incremento di costo di alcuni materiali, poi – con il d.l. n. 50 del 2022 – ha previsto il ripristino della revisione dei prezzi che torna a regime e che diviene operante «*al verificarsi di particolari condizioni di natura oggettiva e non prevedibili al momento della formulazione dell'offerta*». Il meccanismo revisionale viene esteso anche alla «*variazione del costo derivante dal rinnovo dei contratti collettivi nazionali di lavoro sottoscritti dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, applicabili in relazione all'oggetto dell'appalto e delle prestazioni da eseguire anche in maniera prevalente*», non limitandosi lo stesso ai soli rincari dei materiali. Inoltre, ai sensi dell'art. 7, comma 2 *ter,* d.l. 30 aprile 2022, n. 36, convertito con l. 29 giugno 2022, n. 79, ha previsto una interpretazione autentica dell'art. 106, comma 1, lett. *c,* d.lgs. n. 50 del 2016, affermando che tra le circostanze indicate impreviste e imprevedibili che consentono la modifica del contratto sono incluse quelle che alterano in maniera significativa il costo dei materiali, fissando un ulteriore principio che dovrebbe essere recepito nel nuovo codice.

L'**ottavo criterio di delega** – *sub* lett. *h* – prevede per le stazioni appaltanti la facoltà «*di riservare il diritto di partecipazione alle*

procedure di appalto e a quelle di concessione a operatori economici il cui scopo principale sia l'integrazione sociale e professionale delle persone con disabilità o svantaggiate», nonché «*l'obbligo di inserire, nei bandi di gara, avvisi e inviti, tenuto conto della tipologia di intervento, in particolare ove riguardi beni culturali, e nel rispetto dei princìpi dell'Unione europea, specifiche clausole sociali con le quali sono indicati, come requisiti necessari dell'offerta, criteri orientati tra l'altro a:*

1) garantire la stabilità occupazionale del personale impiegato;

2) garantire l'applicazione dei contratti collettivi nazionali e territoriali di settore, tenendo conto, in relazione all'oggetto dell'appalto e alle prestazioni da eseguire anche in maniera prevalente, di quelli stipulati dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, nonché garantire le stesse tutele economiche e normative per i lavoratori in subappalto rispetto ai dipendenti dell'appaltatore e contro il lavoro irregolare;

3) promuovere meccanismi e strumenti anche di premialità per realizzare le pari opportunità generazionali, di genere e di inclusione lavorativa per le persone con disabilità o svantaggiate». È evidente che sarà necessario stabilire con particolare attenzione in quale caso ricorra la facoltà e in quali sussisterà l'obbligo.

Il **nono criterio** di delega – *sub* lett. *i* – è certamente innovativo rispetto al passato e prevede la possibilità, per le stazioni appaltanti, di promuovere il ricorso a forniture in cui la parte di prodotti originari di Paesi terzi, non sia maggioritaria rispetto al valore totale dei prodotti. Inoltre, ove si tratti di forniture provenienti da Paesi non appartenenti all'Unione Europea, devono trovare applicazione misura idonee a garantire il rispetto di criteri ambientali minimi e dei diritti dei lavoratori, anche allo scopo di assicurare una leale concorrenza nei confronti degli operatori economici europei.

Il **decimo criterio** di delega – *sub* lett. *l* – dispone il divieto di prestazione gratuita delle attività professionali, salvo casi eccezionali in relazione ai quali deve sussistere una adeguata motivazione.

Il criterio è palesemente censurabile poiché – sia pure in casi eccezionali – prevede una possibilità di prestazione gratuita di attività professionali là dove sarebbe stato assai più opportuno prevedere l'obbligo della onerosità delle prestazioni professionali da apprezzare secondo le vigenti disposizioni che regolano l'attività dei singoli professionisti, escludendo *in radice* l'ipotesi di gratuità e la necessità di una improbabile motivazione che essa dovrebbe giustificare. Infatti, se la Corte di cassazione ha ritenuto verosimile che il professionista (nel caso concreto, in 11 casi) avesse reso gratuitamente le proprie prestazioni in ragione dei particolari rapporti con

amici e parenti[3], è certamente difficile pensare che una siffatta motivazione possa essere spesa per un appalto pubblico. Di contrario avviso, tuttavia, il Consiglio di Stato che – in relazione ad un bando che prevedeva la gratuità di prestazioni professionali, sia pure accompagnata da una cospicua somma per il rimborso spese – ha ritenuto che «*la ratio di mercato (omissis) di garanzia della serietà dell'offerta e di affidabilità dell'offerente, può essere ragionevolmente assicurata da altri vantaggi, economicamente apprezzabili anche se non direttamente finanziari, potenzialmente derivanti dal contratto.*

La garanzia di serietà e affidabilità, intrinseca alla ragione economica a contrarre, infatti, non necessariamente trova fondamento in un corrispettivo finanziario della prestazione contrattuale, che resti comunque a carico della Amministrazione appaltante: ma può avere analoga ragione anche in un altro genere di utilità, pur sempre economicamente apprezzabile, che nasca o si immagini vada ad essere generata dal concreto contratto» e che «*l'utilità costituita dal potenziale ritorno di immagine per il professionista può essere insita anche nell'appalto di servizi contemplato dal bando qui gravato: il che rappresenta un interesse economico, seppure mediato, che appare superare – alla luce della ricordata speciale ratio - il divieto di non onerosità dell'appalto pubblico, e consente una rilettura critica dell'asserita natura gratuita del contratto di redazione del piano strutturale del Comune di Catanzaro*»[4].

Se il criterio di delega sembra seguire la pronunzia appena richiamata è evidente che esso onera la stazione appaltante di procedere ad una puntuale e dettagliata individuazione dei casi eccezionali in cui sia possibile prevedere la gratuità delle prestazioni, che ci sia augura sia estremamente precisa, rifuggendo da ogni possibile genericità.

L'**undicesimo criterio** di delega – *sub* lett. *m* – prevede una riduzione e una certezza dei tempi relativi alle procedure di gara e alla stipula dei contratti, anche attraverso:

- l'adozione contratti-tipo predisposti dall'Autorità nazionale anticorruzione, sentito il Consiglio superiore dei lavori pubblici, relativamente ai contratti-tipo di lavori e servizi di ingegneria e architettura, e all'esecuzione degli appalti;
- la digitalizzazione e l'informatizzazione delle procedure;
- la piena attuazione della Banca dati nazionale dei contratti pubblici e del fascicolo virtuale dell'operatore economico;

(3) Cass., Sez. V, 28 ottobre 2015, n. 21972, in *www.studiolegale.leggiditalia.it*.

(4) Così Cons. St., Sez. V, 3 ottobre 2017, n. 4614, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

- il superamento dell'Albo nazionale dei componenti delle commissioni giudicatrici;
- il rafforzamento della specializzazione professionale dei commissari all'interno di ciascuna amministrazione;
- la riduzione degli oneri documentali ed economici a carico dei soggetti partecipanti, nonché di quelli relativi al pagamento dei corrispettivi e degli acconti dovuti in favore degli operatori economici, in relazione all'adozione dello stato di avanzamento dei lavori e allo stato di svolgimento delle forniture e dei servizi.

La predisposizione di contratti tipo a cura dell'ANAC era già prevista dal criterio *sub* lett. *t* dell'art. 1, l. n. 11 del 2016 ma tale strumento, se costituisce indubbiamente un utile ausilio per le stazioni appaltanti prive di un organico adeguato, rischia altresì di precludere quella "personalizzazione" di ciascun contratto che deve tener conto degli elementi di specificità che ogni rapporto presenta e che rischiano di essere ignorati ove ci si adagi sullo schema tipo.

Il **dodicesimo criterio** di delega – *sub* lett. *n* – prevede la razionalizzazione e semplificazione della cause di esclusione allo scopo di rendere le regole di partecipazione chiare e certe, definendo – auspicabilmente – con precisione le fattispecie che integrano l'ipotesi di illecito professionale.

Il criterio coglie una forte esigenza degli operatori del settore in ragione della mancanza di una adeguata indicazione delle fattispecie che integrano l'illecito professionale, come testimoniato dal cospicuo contenzioso relativo all'art. 80, d.lgs. n. 80 del 2016.

L'art. 22, d.lgs. n. 50 del 2016 ha introdotto la partecipazione pubblica dei portatori di interessi e il dibattito pubblico e la relativa disciplina è stata dettagliata con il d.P.C.M. 10 maggio 2018, n. 76, mentre con decreto del Ministero delle infrastrutture e trasporti del 30 dicembre 2020, n. 627 è stata istituita la Commissione nazionale per il dibattito pubblico sulle grandi opere infrastrutturali e di architettura di rilevanza sociale che ha l'obiettivo di rendere trasparente il confronto sulle opere pubbliche con i territori mediante procedure che assicurino il coinvolgimento delle comunità interessate; di migliorare la qualità delle progettazioni delle opere di grande rilevanza; di semplificare l'esecuzione dell'opera al fine di ridurre i possibili maggiori costi derivanti da contenziosi.

Evidentemente tali misure non sono state ritenute sufficienti se – con il **tredicesimo criterio** di collegamento, *sub* lett. *o* – è stata prevista la revisione e semplificazione della normativa primaria in materia di programmazione, localizzazione delle opere pubbliche e dibattito pubblico, al fine di rendere le relative scelte maggiormente rispondenti ai fabbisogni della comunità, nonché di rendere più ce-

leri e meno conflittuali le procedure finalizzate al raggiungimento dell'intesa fra i diversi livelli territoriali coinvolti nelle scelte stesse.

Il **quattordicesimo criterio** di delega – *sub* lett. *p* – ribadendo sostanzialmente quanto già previsto dall'art. 24, comma 4, d.lgs. n. 50 del 2016, dispone che in caso di affidamento degli incarichi di progettazione a personale interno della amministrazione debbano essere sottoscritte, con oneri a carico dell'amministrazione, apposite polizze assicurative per la copertura dei rischi di natura professionale.

Il **quindicesimo criterio** di delega – *sub* lett. *q* – impone che il nuovo codice debba realizzare una semplificazione delle procedure relative alla fase di approvazione dei progetti in materia di opere pubbliche, anche attraverso la ridefinizione dei livelli di progettazione ai fini di una loro riduzione, lo snellimento delle procedure di verifica e validazione dei progetti e la razionalizzazione della composizione e dell'attività del Consiglio superiore dei lavori pubblici.

Il criterio tocca un punto nevralgico dell'intero *iter* di realizzazione dell'opera pubblica, poiché la progettazione è sempre stata il punto debole e praticamente tutti gli appaltatori – talvolta a torto, più spesso a ragione – lamentano carenze progettuali che costituiscono la causa giustificativa di richieste risarcitorie a volte anche di importo assai rilevante. C'è da augurarsi che la semplificazione delle procedure di approvazione dei progetti e lo snellimento delle procedure di verifica e validazione non si traducano in un ulteriore indebolimento della capacità progettuale e di verifica dei progetti delle opere.

Il **sedicesimo criterio** di delega – *sub* lett. *r* – dispone che il nuovo codice – nel rispetto dei princìpi di trasparenza e concorrenzialità e tenuto conto delle esigenze di semplificazione richieste dalla specificità dei contratti nel settore della ricerca – debba definire la disciplina applicabile ai contratti pubblici di lavori, servizi e forniture nell'ambito dei servizi di ricerca e sviluppo da parte degli organismi di ricerca e delle istituzioni dell'alta formazione artistica, musicale e coreutica, nonché la disciplina applicabile alle ipotesi di collaborazione tra organismi di ricerca.

Il **diciassettesimo criterio** di delega – *sub* lett. *s* – dispone che il nuovo codice debba effettuare una revisione e semplificazione del sistema di qualificazione generale degli appaltatori, valorizzando criteri di verifica formale e sostanziale delle capacità realizzative, delle competenze tecniche e professionali, dell'adeguatezza dell'attrezzatura tecnica e dell'organico, delle attività effettivamen-

te eseguite e del rispetto della legalità, delle disposizioni relative alla prevenzione antimafia, alla tutela del lavoro e alla prevenzione e al contrasto della discriminazione di genere, anche attraverso l'utilizzo di banche dati a livello centrale che riducano le incertezze in sede di qualificazione degli operatori nelle singole procedure di gara e considerando la specificità del settore dei beni culturali.

Il **diciottesimo criterio** di delega – *sub* lett. *t* – prevede l'obbligo di individuare le ipotesi in cui le stazione appaltanti possono ricorrere ad automatismi nella valutazione delle offerte e di tipizzare i casi in cui i committenti possono aggiudicare l'appalto solo in base al prezzo o al costo, con la possibilità di escludere – per i contratti che non abbiano carattere transfrontaliero – le offerte anomale individuate con applicazione di metodi matematici, tenendo conto della specificità dei contratti nel settore dei beni culturali. In ogni caso, deve essere previsto che i costi della mano d'opera e della sicurezza siano sempre scorporati dagli importi assoggettati a ribasso, formula che riprende quanto era previsto nella prima versione del codice dei contratti, approvata in via preliminare dal Consiglio dei ministri, nella quale l'ultimo periodo del citato art. 23, comma 16, prevedeva che «*Il costo della manodopera e i costi della sicurezza sono scorporati dal costo dell'importo assoggettato al ribasso d'asta*» mentre la versione finale del codice prevede che solo i costi della sicurezza siano scorporati dal costo dell'importo assoggettato al ribasso.

La materia è assai delicata: già l'art. 23, comma 16, penultimo periodo, del d.lgs. n. 50 del 2016 dispone che le stazioni appaltanti, nei contratti di lavori e servizi, al fine di determinare l'importo posto a base di gara, debbano indicare nei documenti posti a base di gara i costi della manodopera sulla base di quanto previsto nel suddetto comma 16 e, all'ultimo comma, dispone che solo i costi della sicurezza siano scorporati dal costo dell'importo assoggettato al ribasso. La giurisprudenza relativa a tale norma ha affermato che le tabelle ministeriali recanti il costo della manodopera assolvono a una funzione di parametro di riferimento, dal quale è possibile discostarsi sulla base, di adeguate giustificazioni[5]. Le ragio-

(5) In tal senso, TAR Puglia, Lecce, Sez. II, 24 febbraio 2022, n. 332, in *www.giustizia-amministrativa.it*; conforme TAR Sicilia, Catania, Sez. III, 11 febbraio 2022, n. 398, *ivi*, e Cons. St., Sez. III, 11 febbraio 2022, n. 997, *ivi*, ha statuito che in tema di offerta nelle gare pubbliche lo scostamento dalle tabelle ministeriali non è di per sé indice di anomalia, se non quando detto scarto sia rilevante o significativo, per cui solo una discordanza considerevole e palesemente ingiustificata dalle tabelle può costituire indice di anomalia. Infatti, occorre che la discordanza sia considerevole e palesemente ingiustificata, alla luce di una valutazione globale e sintetica, espressione di un potere tecnico-discrezionale insindacabile in sede giurisdizionale,

ni di tali pronunce devono ravvisarsi nel fatto che in sede di stima dei costi occorrenti per la realizzazione dell'opera (o del servizio) quello relativo alla manodopera è un costo stimato, apprezzato in via astratta in quanto relativo ad una organizzazione aziendale "tipo" e non organizzazione specifica, atteso che la stazione appaltante non può individuare quali modalità organizzative e quali assetti produttivi particolari saranno adottati dai concorrenti.

Diverso è il discorso relativo all'art. 95, comma 10, d.lgs. n. 50 del 2016 che impone ai concorrenti di indicare nell'offerta economica i propri costi della manodopera e gli oneri aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro. In questo caso, infatti, è proprio l'organizzazione specifica che viene in considerazione, con conseguente indicazione precisa dei costi della sicurezza. Tuttavia, il d.lgs. n. 50 del 2016 non prevede espressamente che l'omessa indicazione del costo della mano d'opera sia sanzionato con l'esclusione dalla gara e, almeno in un primo momento, la giurisprudenza ha ritenuto che alla disposizione non dovesse essere attribuito carattere di norma imperativa con effetto escludente(6).

Diverso l'orientamento seguito dalla Corte di giustizia che, chiamata a pronunziarsi sulla compatibilità comunitaria dell'art. 95, comma 10, d.lgs. n. 50 del 2016 con le norme delle Direttive regolanti gli appalti, ha affermato che la mancata indicazione dei costi della mano d'opera comporta l'esclusione dell'offerta, senza neanche la possibilità di ricorrere al soccorso istruttorio, sempreché tale possibilità di esclusione sia chiaramente prevista dalla normativa

---

salvo che la manifesta e macroscopica erroneità o irragionevolezza non renda palese l'inattendibilità complessiva dell'offerta. La medesima sentenza ha altresì affermato che in materia di appalti pubblici nel nuovo sistema delineato, il costo del lavoro, da costo incomprimibile da non assoggettare al mercato, è divenuto componente dell'offerta soggetta a verifica di congruità. Pertanto, l'esclusione *ex ante* dal ribasso dell'importo del costo del lavoro, previamente determinato dall'amministrazione, collide con il principio di libera concorrenza.

(6) Ha affermato il TAR Emilia-Romagna, Bologna, 1° marzo 2018, n. 193, in *www.giustizia-amministrativa.it*, che «*L'interpretazione letterale e logica della norma* (n.d.r. art. 23, comma 16, d.lgs. n. 50 del 2016) *significa che <soltanto i costi della sicurezza> devono essere scorporati dall'importo assoggettato al ribasso d'asta e che i costi della manodopera devono essere soltanto individuati dalla stazione appaltante al fine dell'eventuale controllo dell'anomalia.*

Si osserva poi ulteriormente che:

a) ex art. 23, comma 16 del d.lgs. 50/2016 "solo" i costi della sicurezza devono essere scorporati e non sono soggetti a ribasso; i costi della manodopera devono essere indicati ma non sono soggetti allo scorporo né tantomeno al divieto di ribasso;

b) la mancata indicazione costituisce difetto solo formale e non è sanzionabile con la esclusione in nome del favor partecipationis*;*

c) l'art. 95 comma 10 prevede il dovere di indicare i costi della manodopera (e non lo scorporo) e quelli della sicurezza ma la loro mancata indicazione (di quelli della manodopera) non può condurre alla esclusione».

nazionale relativa alle procedure di appalti pubblici espressamente richiamata dalla documentazione di gara[7]. Tale orientamento è stato condiviso dal Consiglio di Stato che ha richiamato la sentenza della Corte di giustizia ed ha affermato che «*La stessa decisione della Corte è stata peraltro già impiegata come canone interpretativo per la soluzione di analoghe vicende, sia dalle Sezioni di questo Consiglio di Stato (cfr. Cons. St., Sez. V, 24 gennaio 2020, n. 604; id., Sez. V, 10 febbraio 2020, n. 1008) che dal giudice di prime cure (TAR Lazio, 14 febbraio 2020, n. 1994, data nel giudizio che aveva originato quella rimessione alla CGUE).*

In queste occasioni, affermata la dichiarata compatibilità con il diritto europeo degli automatismi espulsivi conseguenti al mancato rispetto delle previsioni di cui all'art. 95, comma 10, del codice dei contratti pubblici, le questioni residue sono state rivolte unicamente a delineare la portata dell'eccezione alla regola dell'esclusione automatica, collegata all'accertamento in fatto della possibilità di indicare le voci stesse nei modelli predisposti dall'amministrazione», per poi concludere per l'illegittimità della mancata espulsione dalla gara del concorrente che aveva omesso di indicare i costi del personale[8].

Senza addentrarci nella successiva elaborazione giurisprudenziale, la pronunzie appena indicate confermano pienamente la delicatezza della questione e la particolare attenzione che dovrà essere posta nell'attuazione del criterio di delega appena illustrato.

Il **diciannovesimo criterio** di delega – *sub* lett. *u* – riguarda la ridefinizione della disciplina delle varianti in corso d'opera, nei li-

(7) La Corte di giustizia, Sez. IX, C-309-18, in *www.curia.europa.eu*, ha infatti affermato che «*I principi della certezza del diritto, della parità di trattamento e di trasparenza, quali contemplati nella direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, devono essere interpretati nel senso che essi non ostano a una normativa nazionale, come quella oggetto del procedimento principale, secondo la quale la mancata indicazione separata dei costi della manodopera, in un'offerta economica presentata nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, comporta l'esclusione della medesima offerta senza possibilità di soccorso istruttorio, anche nell'ipotesi in cui l'obbligo di indicare i suddetti costi separatamente non fosse specificato nella documentazione della gara d'appalto, sempreché tale condizione e tale possibilità di esclusione siano chiaramente previste dalla normativa nazionale relativa alle procedure di appalti pubblici espressamente richiamata in detta documentazione. Tuttavia, se le disposizioni della gara d'appalto non consentono agli offerenti di indicare i costi in questione nelle loro offerte economiche, i principi di trasparenza e di proporzionalità devono essere interpretati nel senso che essi non ostano alla possibilità di consentire agli offerenti di sanare la loro situazione e di ottemperare agli obblighi previsti dalla normativa nazionale in materia entro un termine stabilito dall'amministrazione aggiudicatrice*».

(8) Cons. St., Ad. plen., 2 aprile 2020, n. 8, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

miti previsti dall'ordinamento europeo, in relazione alla possibilità di modifica dei contratti durante la fase dell'esecuzione.

È auspicabile che nell'attuazione di tale criterio di delega ci si sottragga alla tentazione di inserire in un unico articolo tutte le possibili modifiche dei contratti, dalle varianti relative all'oggetto dell'appalto, alla revisione dei prezzi, alle modifiche soggettive quali quelle conseguenti al subentro per effetto di operazioni di ristrutturazione societaria o di insolvenza, evitando così di riprodurre – ma è davvero difficile fare peggio – una disposizione analoga all'art. 106, d.lgs. n. 50 del 2016 che costituisce una delle norme peggio riuscite dell'intero codice.

Il **ventesimo criterio** di delega – *sub* lett. *v* – sollecita l'esecutivo alla revisione della disciplina relativa ai servizi sociali e della ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica, nonché a quelli di servizio ad alta intensità di manodopera, per i quali i bandi di gara, gli avvisi e gli inviti devono contenere la previsione di specifiche clausole sociali volte a promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato, prevedendo come criterio utilizzabile ai fini dell'aggiudicazione esclusivamente quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Peraltro, la necessità che i bandi, gli avvisi e gli inviti debbano contenere clausole sociali era già desumibile dal criterio di delega *sub* lett. *h*.

Il **ventunesimo criterio** di delega – *sub* lett. *z* – sollecita un forte incentivo al ricorso a procedure flessibili, quali il dialogo competitivo, il partenariato per l'innovazione, le procedure per l'affidamento di accordi quadro e le procedure competitive con negoziazione, per la stipula di contratti pubblici complessi e di lunga durata, garantendo il rispetto dei princìpi di trasparenza e di concorrenzialità.

Il **ventiduesimo criterio** di delega – *sub* lett. *aa* – si apre con alcune parole magiche che ricorrono frequentemente nella legge di delega: "*semplificazione*" – che ricorre dieci volte – e *razionalizzazione*, che ricorre sette volte, questa volta applicate alla diffusione delle forme di partneriato pubblico-privato, con particolare riguardo alle concessioni di servizi, alla finanza di progetto e alla locazione finanziaria di opere pubbliche o di pubblica utilità, anche al fine di rendere tali procedure effettivamente attrattive per gli investitori professionali, oltre che per gli operatori del mercato delle opere pubbliche e dell'erogazione dei servizi resi in concessione, garantendo la trasparenza e la pubblicità degli atti.

Il **ventitreesimo criterio** di delega – *sub* lett. *bb* – impone una precisa individuazione delle cause che giustifichino contratti segre-

tati o che esigano particolari misure di sicurezza e una specificazione delle modalità di attuazione.

Il **ventiquattresimo criterio** di delega – *sub* lett. *cc* – sollecita l'esecutivo ad effettuare una revisione del sistema delle garanzie per la partecipazione alle gare e per l'esecuzione dei contratti, omogeneizzando la disciplina dei settori ordinari e quella dei settori speciali e, indicazione innovativa si deve presumere volta ad evitare agli operatori economici i relativi oneri finanziari, prevedendo la possibilità di sostituire la garanzia mediante una ritenuta proporzionata all'importo del contrato, in occasione di ogni stato di avanzamento. Ovviamente, si deve ritenere che tale possibilità sia relativa alla sola garanzia di buona esecuzione dell'appalto e sarà indispensabile disciplinare puntualmente quando la stazione appaltante potrà avvalersi di essa.

Il **venticinquesimo criterio** di delega – *sub* lett. *dd* – impone all'esecutivo di indicare quali contratti pubblici siano sottratti all'ambito oggettivo di operatività delle direttive e di procedere alla semplificazione della disciplina giuridica ad esse applicabile.

Il **ventiseiesimo criterio** di delega – *sub* lett. *ee* – obbliga l'esecutivo ad indicare in quali ipotesi le stazioni appaltanti possano ricorrere all'affidamento congiunto della progettazione e dell'esecuzione dei lavori, salvaguardando la necessità di una qualificazione per la redazione del progetto e l'obbligo di indicare nei documenti di gara o negli inviti le modalità di corresponsione diretta al progettista del compenso corrispondente agli oneri di progettazione, indicati dall'operatore economico in sede di gara, al netto del ribasso.

Tale principio, sostanzialmente, replica quanto previsto dall'art. 59, comma 1 *quater*, d.lgs. n. 50 del 2016 – come modificato ed integrato per effetto dell'art. 1, comma 20, lett. *m*, n. 2, d.l. 18 aprile 2019, n. 32, convertito, con modificazioni, dalla l. 14 giugno 2019, n. 55, ai sensi del quale «*nei casi in cui in cui l'operatore economico si avvalga di uno o più soggetti qualificati alla realizzazione del progetto, la stazione appaltante indica nei documenti di gara le modalità per la corresponsione diretta al progettista della quota del compenso corrispondente agli oneri di progettazione indicati espressamente in sede di offerta, al netto del ribasso d'asta, previa approvazione del progetto e previa presentazione dei relativi documenti fiscali del progettista indicato o raggruppato*».

Il **ventisettesimo criterio** di delega – *sub* lett. *ff* – introduce il principio del divieto dei contratti di concessione, fatti salvi i principi di affidamento *in house* e – probabilmente anche sulla scorta

delle recenti, tragiche, esperienze, impone la «*razionalizzazione della disciplina sul controllo degli investimenti dei concessionari e sullo stato delle opere realizzate, fermi restando gli obblighi dei concessionari sulla corretta e puntuale esecuzione dei contratti, prevedendo sanzioni proporzionate all'entità dell'inadempimento, ivi compresa la decadenza in caso di inadempimento grave*».

Il **ventottesimo criterio** di delega **–** *sub* lett. *gg* – prevede:

a) la razionalizzazione della disciplina concernente le modalità di affidamento dei contratti da parte dei concessionari, anche al fine di introdurre una disciplina specifica per i rapporti concessori riguardanti la gestione di servizi e, in particolare, dei servizi di interesse economico generale;

b) in relazione alle concessioni in essere alla data di entrata in vigore dei decreti legislativi previsti dal comma 1 dell'art. 1, l. n. 78 del 2022, non affidate con la formula della finanza di progetto, ovvero con procedure di gara ad evidenza pubblica secondo il diritto dell'Unione europea, con specifico riguardo alle situazioni nelle quali sussiste l'obbligo, secondo criteri di gradualità e proporzionalità e tenendo conto delle dimensioni e dei caratteri del soggetto concessionario, dell'epoca di assegnazione della concessione, della sua durata, del suo oggetto e del suo valore economico, di affidare a terzi, mediante procedure di evidenza pubblica, parte dei contratti di lavori, servizi e forniture relativi alle medesime concessioni, garantendo la stabilità e la salvaguardia delle professionalità del personale impiegato.

Il **ventinovesimo criterio** di delega – *sub* lett. *hh* – riguarda l'esecuzione dei contratti ed impone all'esecutivo di razionalizzare la disciplina dei meccanismi sanzionatori e premiali finalizzati ad incentivare la tempestiva esecuzione dei contratti pubblici.

Anche il **trentesimo criterio** di delega – *sub* lett. *ii* – riguarda l'esecuzione dei contratti e sollecita una semplificazione e una accelerazione delle procedure di pagamento del corrispettivo contrattuale da parte della stazioni appaltanti, riducendo gli oneri amministrativi a carico delle imprese.

Infine, il **trentaduesimo criterio** di delega – *sub* lett. *ll* – prevede l'estensione e il rafforzamento dei metodi di risoluzione delle controversie alternativi al ricorso al contenzioso. Presumibilmente sarà l'occasione non solo per disciplinare nuovamente il collegio consultivo tecnico – altrimenti destinato a venir meno il 30 giugno 2023, con la scadenza del termine di efficacia dell'art. 6, d.l. n. 76 del 2020 – ma anche di chiarire i rapporti tra detto collegio e gli

altri rimedi alternativi al contenzioso, quali, ad esempio, la procedura di accordo bonario o l'accertamento tecnico preventivo con finalità conciliative.

Al termine di tale estenuante lettura dei criteri di delega contenuti nell'art. 1, l. 21 giugno 2022, n. 78 si ha la sensazione di essere in una situazione idilliaca, ove la strada verso il codice è lastricata di buone intenzioni che, tuttavia, sovente, portano all'inferno e non ove ci si attendeva di giungere percorrendola.

Il nostro legislatore – anche delegato – ha troppe volte dato cattiva prova di sé e nulla autorizza a pensare che in questa occasione i risultati saranno diversi.

Con l'ottimismo della volontà si deve necessariamente confidare nella qualità dei componenti del gruppo chiamato a redigere materialmente l'articolato, sebbene l'esiguità del tempo realmente disponibile per scrivere le varie norme e la indispensabile necessità di un ferreo coordinamento tra di esse – esigenza tanto più forte quanto più ampio sarà il numero delle persone chiamate a redigere l'articolato dei decreti legislativi – non induce certamente all'ottimismo.

Saremmo felici di essere smentiti, ma temiamo fortemente che ciò non ci sarà consentito.

Ove il nuovo codice dovesse anche solo assomigliare al d.lgs. n. 50 del 2016, non solo un'altra occasione sarebbe stata sprecata, ma – quel che è peggio – verrebbero esaltate vieppiù le difficoltà di un settore di fondamentale importanza per l'economia nazionale[9].

(9) Secondo il sito *italiaindati.com/edilizia-e-costruzioni-in-italia* «*stando ai dati del 2020, il comparto dell'edilizia e delle costruzioni e il suo indotto rappresenta in Italia oltre il 6% dell'occupazione e il 4,5% del PIL*» mentre secondo l'analisi del Centro Studi ANCE, presentata a Roma il 23 febbraio 2022 e riportata sul sito *ance.it/2022/02/osservatorio-un-terzo-della-crescita-del-pil-nel-2021-e-grazie-alle-costruzioni* «*Dopo la pandemia e anni di bassa crescita l'Italia è tornata ad essere tra i principali Paesi Ue in termini di sviluppo, un risultato ottenuto soprattutto grazie al settore delle costruzioni che ha rappresentato oltre un terzo della crescita del Pil del +6,5% nel 2021. Gli investimenti nel settore infatti sono cresciuti del +16,4% nel 2021 con numeri da record: produzione +24,3%, occupazione +11,8%, ore lavorate +26,7%*».

Gaetano Viciconte

L'INCIDENZA DEI CRITERI DELLA LEGGE DELEGA DI RIFORMA DEI CONTRATTI PUBBLICI SUI RAPPORTI CON LA DISCIPLINA PENALE

Sommario: 1. L'intervento atteso del legislatore delegato sulle questioni controverse di rilevanza penale. – 2. L'abuso di ufficio e il controllo del giudice penale in materia di contratti pubblici. – 3. La disciplina che verrà sulle modalità di valorizzazione delle imprese di prossimità e sull'individuazione dei criteri per la suddivisione in lotti degli appalti alla prova del nuovo abuso di ufficio. – 4. La revisione delle competenze dell'Autorità nazionale anticorruzione in materia di contratti pubblici. – 5. La legge delega e la valorizzazione dei criteri di rispetto della legalità nella qualificazione degli operatori. – 6. L'esigenza ineludibile di individuare da parte del legislatore delegato la corretta rilevanza del *rating* di legalità per la partecipazione alle gare.

1. *L'intervento atteso del legislatore delegato sulle questioni controverse di rilevanza penale.* – In applicazione della recente l. 21 giugno 2022, n. 78, il Governo è delegato ad adottare, entro sei mesi dal 9 luglio 2022 (data di entrata in vigore della legge), uno o più decreti legislativi recanti la disciplina dei contratti pubblici, anche al fine di adeguarla al diritto europeo e ai principi espressi dalla giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori, interne e sovranazionali, e di razionalizzare, riordinare e semplificare la disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, nonché al fine di evitare l'avvio di procedure di infrazione da parte della Commissione europea e di giungere alla risoluzione delle procedure avviate.

Tra i numerosi principi e i criteri direttivi che dovranno determinare l'impianto normativo dei decreti delegati, se ne annoverano alcuni che sono inevitabilmente destinati ad incidere sui profili penali relativi alla materia in esame.

In particolare, con il presente scritto si evidenzieranno alcune importanti questioni applicative che finora erano state rilevate, nella prospettiva di un intervento normativo che possa apportare la necessaria chiarezza in una materia condizionata da aporie interpretative che finiscono inevitabilmente per ingessare il sistema.

In primo luogo, saranno esaminate le questioni derivanti dalla suddivisione in lotti degli appalti e dal trattamento di favore riser-

vato alle imprese di prossimità, quali materie rientranti nei criteri della delega, al fine di valutarne la ricaduta in ambito penale, con particolare riferimento al reato di abuso di ufficio.

Inoltre, saranno valutati i riflessi sull'applicazione della disciplina penale della revisione dei compiti assegnati all'ANAC.

Infine, sarà trattato il tema del *rating* di legalità, nella prospettiva dell'intervento del legislatore delegato, secondo i criteri indicati dalla delega.

2. *L'abuso di ufficio e il controllo del giudice penale in materia di contratti pubblici.* – Come è noto, uno dei settori in cui l'abuso d'ufficio ha storicamente avuto riflessi significativi è proprio quello degli appalti pubblici e sarà esaminato il contesto in cui il legislatore delegato è destinato a incidere per rendere intellegibili istituti particolarmente esposti al rischio di configurabilità della responsabilità penale.

La ragione di ciò è strettamente connessa alla vastità di poteri decisionali che vengono esercitati in questa materia. L'aspetto centrale della questione diviene quello di comprendere in quale momento della vicenda contrattuale si manifesta la discrezionalità tecnico-amministrativa della pubblica amministrazione e, di conseguenza, se vi siano ancora spazi di applicazione del novellato art. 323, cod. pen. nell'ambito degli appalti pubblici. A questo riguardo, sin dalla prima fase della procedura (cosiddetta "delibera a contrarre") – in seno alla quale la stazione appaltante manifesta la volontà di avviare il procedimento che porta alla stipula del contratto – si segnala una scarsa vincolatività delle scelte.

La delibera a contrarre deve, invero, indicare gli elementi essenziali della procedura, tra i quali figura il fine che l'amministrazione intende perseguire, l'oggetto, la forma e le clausole essenziali del contratto, la copertura finanziaria e, soprattutto, le modalità di scelta del contraente e le ragioni che ne stanno alla base. Proprio con riferimento a quest'ultimo requisito, l'amministrazione gode di discrezionalità nella scelta di una tra le diverse procedure previste dal Codice degli appalti (d.lgs. n. 50 del 2016) dagli art. 60 a 63. Il che, ancora una volta, vale a dimostrare – attesi i rilevanti effetti che suddetta scelta implica nella possibile limitazione della concorrenza – quanto le "maglie decisionali" della pubblica amministrazione possano allentarsi a dismisura. Tanto più ove si consideri che l'amministrazione ha altresì la possibilità prevista dall'art. 36 del Codice – purché entro i limiti-soglia fissati dallo stesso – di procedere con affidamento diretto, ovverosia individuando direttamente l'operatore economico cui affidare l'appalto, senza la previa valutazione di più offerte.

La scelta della procedura senza bando di cui all'art. 63, d.lgs. n. 50 del 2016 e, ancor di più, dell'affidamento diretto, viene sovente

operata per scopi diversi dal perseguimento dell'interesse pubblico: in questi casi, il potere discrezionale rischia di essere esercitato in modo distorto al solo fine di evitare la gara pubblica e agevolare un determinato operatore economico. Per tali ragioni, siffatte condotte erano state pacificamente ricondotte nell'alveo della fattispecie dell'abuso d'ufficio di cui all'art. 323, cod. pen., così come disciplinata nella versione previgente alla riforma del 2020.

La soluzione adottata dal legislatore con riguardo al nuovo art. 323, cod. pen. – volta ad impedire che il giudice penale possa sindacare la discrezionalità amministrativa in violazione del principio della separazione dei poteri – sembrava apparentemente determinare sul concreto piano applicativo la quasi totale impossibilità di configurare l'abuso d'ufficio in materie, come quella degli appalti, particolarmente interessate dalla commissione degli illeciti.(1)

In effetti, in materia di procedure selettive a evidenza pubblica la discrezionalità permea l'intera attività amministrativa; e non potrebbe che essere così dal momento che, sebbene oggi si assista alla tendenza di racchiudere l'attività pubblica in "regole di condotta", rimangono comunque delle aree intoccabili in cui il pubblico agente deve essere libero di operare la scelta che reputa migliore in vista dell'interesse pubblico da perseguire.

Tuttavia, ciò non si è verificato, perché l'interpretazione fornita dalla giurisprudenza sulla nuova fattispecie, come di seguito sarà specificato, ha mantenuto in capo al giudice penale un penetrante potere di controllo sull'attività amministrativa in materia di contratti pubblici. Ciò si è verificato, nonostante che la Corte Costituzionale con la sentenza n. 8 del 2022 abbia sottolineato la necessità della riformulazione del contenuto dell'art. 323, cod. pen. intervenuta con il decreto semplificazioni, evidenziando che la riforma garantisce correttamente una maggiore efficienza dell'apparato amministrativo.

Diventa, pertanto, utile passare in rassegna alcune problematiche applicative della disciplina vigente, nella prospettiva della delimitazione da parte del legislatore delegato delle ipotesi di abuso

(1) Cfr. S. Perongini, *L'abuso di ufficio, Contributo a una interpretazione conforme alla Costituzione. Con una proposta di integrazione della riforma introdotta dalla l. n. 120 del 2020*, Torino, 2020; T. Padovani, *Una riforma imperfetta*, in *Il "nuovo" abuso di ufficio*, a cura di B. Romano, Pisa, 2021; A. Nisco, *La riforma dell'abuso d'ufficio: un dilemma legislativo insoluto ma non insolubile*, in *Sist. pen.*, 20 novembre 2020; G. Amato, *Abuso d'ufficio: meno azioni punibili. Così la nuova riforma "svuota" il reato,* in *Guida dir.*, 2020, p. 34-35, 30; S. Tordini Cagli, *Il reato di abuso d'ufficio tra formalizzazione del tipo e diritto giurisprudenziale: una questione ancora aperta*, in *Penale diritto e procedura*, 25 febbraio 2021; G. Viciconte, *Il controllo del giudice penale e del giudice contabile sulla discrezionalità amministrativa: la legalità dell'esperienza giuridica concreta*, in *Riv. Corte conti*, fasc. n. 3, 2021, p. 50 ss.

di ufficio, questa volta sul versante della intellegibilità delle norme primarie di cui potrebbe invocarsi la violazione, quale presupposto diretto ad integrare la fattispecie di cui all'art. 323, cod. pen.

3. *La disciplina che verrà sulle modalità di valorizzazione delle imprese di prossimità e sull'individuazione dei criteri per la suddivisione in lotti degli appalti alla prova del nuovo abuso di ufficio*. – La legge delega reca l'obbligo di prevedere, al fine di favorire la partecipazione da parte delle micro e piccole imprese, la possibilità di suddividere gli appalti in lotti sulla base di criteri qualitativi o quantitativi, con obbligo di motivare la decisione di non procedere a tale suddivisione, nonché il divieto di accorpamento artificioso dei lotti, in coerenza con i principi dello *Small Business Act*, di cui alla comunicazione della Commissione europea (COM(2008) 394 definitivo) del 25 giugno 2008, anche al fine di valorizzare le imprese di prossimità.

Rispetto a tale criterio rilevano due possibili insidie per l'operato della pubblica amministrazione: le modalità di valorizzazione delle imprese di prossimità e l'individuazione dei criteri per la suddivisione in lotti degli appalti, al fine di favorire la partecipazione delle micro e delle piccole imprese. Trattasi evidentemente di aspetti disciplinati da norme primarie e, pertanto, destinati ad incidere sulla configurabilità del reato di abuso di ufficio.

Un tentativo di valorizzazione delle imprese di prossimità era stato già fatto con la clausola di territorialità introdotta dal decreto semplificazioni all'art. 2, comma 1, lett. *b*, d.l. n. 76 del 2020, il quale ha indicato di procedere, per gli appalti di lavori oltre € 150.000,00 e fino alla soglia comunitaria, tramite "*procedura negoziata, senza bando, di cui all'articolo 63 (...), previa consultazione di almeno 5 operatori economici (tali fino ad € 350.000; ed elevati a 10 e 15 per gli appalti inferiori e superiori ad € 1.000.000), ove esistenti, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti, che tenga conto anche di una diversa dislocazione territoriale delle imprese invitate, individuati in base ad indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici*".

Siffatta clausola di territorialità deve essere letta unitamente all'obbligo del rispetto del criterio di rotazione degli inviti, tanto da poter configurare un vero e proprio sistema di rotazione territoriale.

Il concetto di "*diversa dislocazione territoriale delle imprese invitate*" è parso una sostanziale apertura alla possibilità di stabilire quote di imprese del territorio da invitare alle gare. Il legislatore in questo modo ha introdotto una modalità per coinvolgere anche le imprese locali, lasciando tuttavia alle stazioni appaltanti la definizione delle modalità e dei sistemi attuativi concreti. La norma riveste carattere derogatorio, considerato che l'art. 36 del codice dei

contratti prevede che l'affidamento degli appalti di valore inferiore alle soglie comunitarie avvenga consultando elenchi di operatori economici senza alcuna indicazione di provenienza, o svolgendo indagini di mercato senza alcuna limitazione territoriale. Con il decreto semplificazioni anche se non viene introdotta una vera e propria riserva per le imprese del territorio e con ciò una restrizione nelle regole del mercato a favore di tali imprese, si richiede, tuttavia, una diversificazione della dislocazione territoriale. La norma, tuttavia, nell'offrire un ulteriore criterio per la selezione delle imprese da parte delle stazioni appaltanti non sembra presentare di per sé carattere discriminatorio. Si attribuisce, tuttavia, alle stazioni appaltanti il non agevole compito di individuare il giusto equilibrio nella modalità di diversificazione territoriale che dovrà garantire il rispetto del principio comunitario di non discriminazione.

Orbene, l'obiettivo è quello non facile di coniugare il criterio di rotazione con la clausola di territorialità che apparentemente si presentano come incompatibili tra di loro, ma che nel sistema delineato dal decreto semplificazioni devono convivere attraverso un meccanismo di compatibilità tutto da stabilire.

Vi è stata, pertanto, la necessità di individuare:

- l'ambito territoriale di riferimento della clausola normativa in esame;
- le modalità operative di applicazione del criterio di rotazione territoriale.

In relazione alla determinazione dell'ambito territoriale di riferimento, occorre tener presente che la giurisprudenza in passato aveva espresso un indirizzo negativo allorquando il riferimento è ad ambiti territoriali infracomunali o, comunque, significativamente ristretti, risultando ciò limitativo della concorrenza in quanto "*non consente all'impresa di organizzarsi all'esito della vittoriosa partecipazione*" (secondo i criteri indicati dalle sentenze del Consiglio di Stato n. 605 del 2019 e n. 2238 del 2017). In particolare, è stata ritenuta fondata la doglianza di violazione dei principi di massima partecipazione alle gare e di *par condicio* quando la clausola territoriale favorisca la partecipazione alla gara delle sole imprese locali, risultando fortemente limitativa della concorrenza laddove di fatto "*non consente all'impresa di organizzarsi all'esito della vittoriosa partecipazione*".

Un altro filone giurisprudenziale, invece, qualifica la clausola di territorialità non irragionevole né sproporzionata, in rapporto all'oggetto dell'appalto, soltanto qualora sia rispondente all'esigenza del comune. In particolare, nella determinazione dell'ambito territoriale di riferimento occorre tener conto dei costi di trasferta e dei costi di gestione relativi alla presenza territoriale di un'unità produttiva, privilegiando l'ambito comunale o di area vasta o regio-

nale o interregionale, a seconda della concreta sostenibilità economica dell'appalto. Nello specifico, qualora i costi di trasferta siano incompatibili con la sostenibilità economica dell'appalto, lo stesso deve essere ristretto alla ricerca di imprese in un ambito territoriale di riferimento che consenta di eliminare o di ridurre sensibilmente tali costi (esempio dell'appalto di manutenzioni per un importo di fascia limitata in cui l'impresa con sede organizzativa distante mille Km dal luogo del cantiere dovrebbe sopportare dei costi di trasferta valutabili *ex ante* come incompatibili con il corrispettivo che può richiedersi per la prestazione da effettuare). Quindi, la delimitazione territoriale legata alla sostenibilità economica dell'appalto potrebbe costituire un utile criterio per valutare di volta in volta l'ambito di riferimento territoriale delle imprese interessate.

È stato necessario affrontare anche il tema dell'individuazione di meccanismi che rendano compatibile il criterio di rotazione degli inviti con la diversa dislocazione territoriale delle imprese invitate. Come è noto, l'art. 63, comma 6, codice dei contratti prevede a regime che le amministrazioni aggiudicatrici individuino gli operatori economici da consultare sulla base di informazioni riguardanti le caratteristiche di qualificazione economica e finanziaria e tecniche e professionali desunte dal mercato, nel rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza, rotazione. Con il decreto semplificazioni, il principio di rotazione è diventato un principio di rotazione anche territoriale. L'interpretazione letterale della norma porterebbe in sede applicativa ad invitare alla procedura negoziata senza bando le imprese con diversa dislocazione territoriale, dopo aver individuato l'ambito territoriale di riferimento, ma con la necessità di suddividere per aree geografiche il novero degli inviti. In che misura debba avvenire la suddivisione e con riferimento a quali ambiti territoriali è questione tutta da definire. Tuttavia, il criterio di sostenibilità economica dell'appalto potrebbe rappresentare, come già detto in precedenza, un riferimento concreto per individuare in quale ambito territoriale effettuare gli inviti delle imprese (ad esempio per un appalto che si reputasse sostenibile solo dalle imprese regionali la rotazione non potrà che avvenire tra queste, così come per un appalto che si reputasse sostenibile per le imprese comunali o di area vasta, da intendersi come un'area intercomunale, la rotazione non potrà che avvenire tra le imprese che ricadono in tale ambito territoriale). Nelle ipotesi in cui, invece, l'appalto non presenti caratteristiche tali da determinare la localizzazione delle imprese, per le ragioni anzidette, si potrebbe procedere alla rotazione di inviti per ambiti territoriali, classificando gli aspiranti in funzione del bacino di appartenenza (comune o area vasta o regione, da un lato, nonché intero territorio nazionale, dall'altro) e garantendo per ciascuna componente territoriale un pari numero di

inviti. Naturalmente, considerato che l'individuazione delle imprese da invitare può avvenire tramite indagine di mercato o mediante l'utilizzo di elenchi aperti, occorrerà in questa fase acquisire tutte le informazioni utili che consentano di effettuare le valutazioni del caso (ad esempio come la presenza di sedi operative e di addetti dislocati in ambiti diversi dalla sede principale).

Non si può tacere del fatto che tali problematiche interpretative possono rappresentare un fertile terreno di coltura per il proliferare di responsabilità anche di natura penale e, pertanto, l'intervento del legislatore delegato è quantomai auspicabile.

Parimenti l'ulteriore fattispecie del frazionamento dei lotti introdotta dal criterio di delega in esame necessita di una opportuna specificazione in sede di elaborazione dei decreti delegati.

Sul punto, la Corte di cassazione aveva affermato che rispondeva del reato di abuso d'ufficio il RUP che, al fine di procedere all'affidamento diretto nei confronti di un'impresa di sua conoscenza, aveva artificiosamente frazionato l'appalto ed eluso i limiti-soglia[(2)]. A ben vedere, una simile ipotesi, rientrante nella categoria dell'eccesso di potere, a seguito dell'ultima riforma difficilmente potrebbe ricondursi nel paradigma dell'art. 323, cod. pen., a meno che, per via interpretativa (ossia considerando l'appalto per l'intero importo e prescindendo dalla sua artificiosa segmentazione), non si ritenga integrato il requisito di tipicità della «violazione di una regola di condotta espressamente prevista dalla legge» (vale a dire quella prevista dall'art. 36, d.lgs. n. 50 del 2016 per cui l'affidamento diretto può essere utilizzato soltanto entro i limiti-soglia prefissati).

Come già anticipato, l'intento di estendere la portata applicativa dell'art. 323 cod. pen. è stato di recente perseguito dalla Sez. VI della Corte di cassazione con la sentenza 28 gennaio 2021, n. 8057[(3)], relativa alla condotta di un pubblico funzionario che aveva,

(2) Cass., Sez. VI, 11 giugno 2018, n. 26610.

(3) Cfr. Cass., Sez. VI, 28 gennaio 2021, n. 8057, con nota di D. Di Maria, *L'affidamento diretto in violazione delle regole di evidenza pubblica è ancora abuso d'ufficio*, in *Ius & management*, 2021, in seno alla quale è stata confermata la sentenza di condanna nei confronti del responsabile della Polizia municipale che aveva affidato ad una società il servizio di misurazione della velocità media dei veicoli lungo la strada mediante procedura diretta e senza alcuna preventiva determinazione della Giunta municipale. In quel caso si trattava di accertare se la condotta realizzata fosse o meno espressione di un potere discrezionale attribuito al pubblico ufficiale in quanto l'imputato, dopo aver determinato il valore dell'appalto, aveva ritenuto che quest'ultimo non avrebbe superato la soglia di 200 mila euro al di sopra della quale l'art. 125, d.lgs. n. 163 del 2006 impone la predisposizione del bando di gara in luogo dell'affidamento diretto. Nel caso di specie, il calcolo per stimare il valore dell'appalto – necessario per l'individuazione della corretta procedura da seguire – si era rivelato errato sicché l'ingiusto vantaggio patrimoniale per la società e il conseguente danno dell'ente comunale avevano condotto alla conferma della condanna per abuso d'ufficio. Per un pregevole commento alla sentenza cfr. C. Pagella,

in violazione di legge, affidato un incarico ad un operatore economico con procedura diretta e senza alcuna previa determinazione della giunta municipale. Nel caso di specie la Suprema Corte ha, *in primis*, chiarito come deve essere effettuata la valutazione circa la sussistenza o meno del potere discrezionale in capo al soggetto pubblico. A tal riguardo si è notato che, sebbene l'imputato godesse inizialmente di un potere discrezionale espressamente riconosciutogli dalla legge (concernente la possibilità di scegliere liberamente se affidare o meno a terzi un incarico), una volta esercitata tale facoltà egli aveva l'obbligo di seguire la procedura prevista dalla legge (che dipendeva dal valore dell'appalto). Sicché, nel requisito di tipicità della «*violazione di specifiche regole di condotta (...) dalle quali non residuino margini di discrezionalità*» previsto dall'art. 323 cod. pen., vi rientrano anche i casi in cui l'inosservanza si verifica nell'ambito di un potere che, sebbene astrattamente previsto dalla legge come discrezionale, a seguito delle scelte fatte dal pubblico agente sia divenuto concretamente vincolato.

In secondo luogo, la pronunzia in parola si segnala per l'operazione logico-giuridica compiuta per addivenire al giudizio di responsabilità a carico dell'imputato. Al fine di consentire l'applicabilità dell'art. 323 cod. pen., la Corte opera una distinzione tra la discrezionalità tecnica (ormai espunta dall'abuso d'ufficio) e i meri accertamenti tecnici, questi ultimi invece ritenuti pienamente inquadrabili nella fattispecie incriminatrice. In altri termini, pur riconoscendo le novità apportate dalla riforma del 2020, la pronunzia in parola cerca di "sterilizzarle", facendo ricorso ad un'interpretazione palesemente estensiva della disposizione che circoscrive il significato della "discrezionalità".

I margini di intervento del legislatore delegato sui temi indicati non appaiono particolarmente rilevanti, giacché il perimetro del controllo giurisdizionale rappresenta un problema irrisolto nel nostro ordinamento, la cui soluzione oscilla tra l'esigenza della pienezza del controllo della legittimità e della legalità dell'azione amministrativa e quella di evitare che il giudice si sostituisca in ambiti riservati alla stessa amministrazione, perché attinenti alle scelte che la legge le assegna di adottare, o all'ambito di opinabilità che di frequente sussiste fra più soluzioni tecniche[4].

4. *La revisione delle competenze dell'Autorità nazionale anticorruzione in materia di contratti pubblici.* – La legge delega reca, al-

---

La Cassazione sui "margini di discrezionalità" nel riformato abuso d'ufficio, in *Sist. pen.*, 16 aprile 2021.

(4) R. Garofoli, *Il controllo giudiziario amministrativo, penale dell'amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2020, p. 405.

tresì, quale principio di riferimento la revisione delle competenze dell'Autorità nazionale anticorruzione in materia di contratti pubblici, al fine di rafforzarne le funzioni di vigilanza sul settore e di supporto alle stazioni appaltanti.

Per valutare l'incidenza di tale criterio di delega sulla responsabilità penale in materia di abuso di ufficio occorre tener conto del fatto che la modifica della disciplina incriminatrice intervenuta ha determinato notevoli conseguenze nelle procedure selettive a evidenza pubblica per il fatto che l'espunzione dei regolamenti dall'art. 323, cod. pen. finisce per sottrarre dall'area del penalmente rilevante una fetta importante di violazioni che possono essere commesse dal pubblico agente, in quanto previste da fonti secondarie.

Il settore degli appalti è risultato emblematico degli effetti rilevanti che la riforma del 2020 ha determinato: l'art. 216, comma 27 *octies*, d.lgs. n. 50 del 2016 conteneva proprio il rimando ad un regolamento unico per la disciplina esecutiva, integrativa ed attuativa di tante importanti parti del Codice stesso, tra cui quella relativa alla procedura di affidamento e realizzazione dei contratti di affidamento di lavori, servizi e forniture inferiori alle soglie comunitarie(5). Ancora, si consideri che le procedure selettive a evidenza pubblica si caratterizzano per il fatto che i criteri e le modalità di formazione dei giudizi sono contenute nei singoli bandi o comunque in norme regolamentari non più ascrivibili al paradigma dell'abuso d'ufficio. Non è un caso che all'indomani della riforma, la Sez. VI della Corte di cassazione, con la sentenza 16 febbraio 2021, n. 33240, sia intervenuta sulla materia e, in particolar modo, sul tema dei rinvii operati dalla legge alla fonte sub-legislativa, allo scopo di mitigare la portata della modifica(6). In questa pronuncia, la Corte riconosce – in un primo momento – l'intervento riformatore sul fronte dei regolamenti, esclusi dalla sfera applicativa dell'art. 323, cod. pen.; purtuttavia, poi giunge ad affermare la penale rilevanza della violazione di norme sub-primarie emanate in forza della legge e usate come norme interposte. In sintesi, qualora il regolamento concorra a qualificare in via tecnica la specifica regola di condotta prevista dalla legge, è possibile ammettere un livello di integrazione della fonte primaria a opera di quella secondaria.

In tale contesto si inserisce il sistema delle linee guida promananti dall'ANAC, rispetto alle quali occorre brevemente rievocare le ragioni che hanno portato alla loro nascita. Il codice dei contratti pubblici assegnava all'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC)

(5) Cfr. F. Tassone, A. Mazzone, *Contratti pubblici, Semplificazioni: regolamento appalti, bandi e concorsi "liberi" dal rischio di abuso d'ufficio*, in *Ntplusentilocaliedilizia*, 2020, p. 1.

(6) Cfr. Cass., Sez. VI, 16 febbraio 2021, n. 33240.

un ruolo privilegiato in materia di appalti, al precipuo scopo di assicurare la celerità, la trasparenza nonché la legalità tanto della celebrazione delle gare pubbliche quanto dell'esecuzione delle opere[7]. In particolare, il Codice attribuiva all'ANAC il compito di produrre una regolamentazione a carattere flessibile (cosiddetta "*soft law*") che desse attuazione alle disposizioni codicistiche di rango primario. In buona sostanza, l'ANAC assumeva la veste di controllore della legalità amministrativa, al quale veniva affidato il compito di creare un corpo armonico di fonti sub-legislative che fosse capace, in primo luogo, di frustrare in via preventiva i rischi di parzialità della pubblica amministrazione e, in secondo luogo, di arginare situazioni, meramente potenziali o effettive, di conflitto di interesse[8]. Ciò in linea con la tendenza alla delegificazione che aveva caratterizzato il diritto pubblico, propenso a far uso di una normazione snella e per il vero assai diversificata nella forma, che fosse tuttavia in grado di orientare puntualmente l'attività del soggetto pubblico[9]. E invero, la *soft law* assumeva molteplici vesti: dai bandi-tipo alle Linee guida, dai chiarimenti interpretativi alle comunicazioni, dagli indirizzi alle risposte ai quesiti e, più in generale, potevano rientrarvi tutti gli strumenti di regolamentazione flessibile finanche dotati di efficacia vincolante[10]. È chiaro che questa fitta rete di prescrizioni finiva per dirigere l'operato del pubblico agente, limitando i margini della sua discrezionalità e del suo libero apprezzamento. Premesso ciò, la nascita di questa regolamentazione flessibile aveva fatto sorgere delle questioni interpretative sul versante penalistico: ci si chiedeva se le linee guida dell'ANAC potessero essere ricondotte nell'ambito applicativo dell'abuso d'ufficio per come formulato nella versione previgente alla novella del 2020. La risposta al quesito era strettamente connessa alla natura giuridica attribuita alle "*soft laws*" e, specialmente, alla possibilità di riconoscere loro natura regolamentare o meno. Secondo un primo orientamento avallato dal Consiglio di Stato, le Linee guida

(7) Cfr. F. Rotondo, *Linee guida ANAC ed abuso d'ufficio: principio di legalità e modifiche mediate della fattispecie incriminatrice*, in *Pen. dir. e proc.*, 2020, p. 1.

(8) Cfr. V. Valentini, *Abuso d'ufficio e fast law ANAC. Antichi percorsi punitivi per nuovi programmi preventivi*, in *Arch. pen.*, 2018, 2, p. 1.

(9) Si registrano ben 15 Linee guida emanate in attuazione delle norme del codice degli appalti, che regolano a loro volta i più disparati ambiti quali, a titolo esemplificativo, le procedure di affidamento dei contratti pubblici per importi inferiori alle soglie di rilevanza comunitaria; l'individuazione e gestione dei conflitti di interesse nelle procedure di affidamento dei contratti pubblici; la disciplina relativa alla nomina, al ruolo nonché ai compiti del responsabile del procedimento per l'affidamento di appalti e concessioni.

(10) Cfr. F. Barletta, A. Cappellini, *Il sindacato penale sulla discrezionalità amministrativa alla prova della regolazione flessibile dell'agire pubblico*, in *www.lalegislazionepenale.eu*., 2021, 16.

non potevano essere considerate come regolamenti in senso proprio, quanto piuttosto come atti amministrativi generali di regolazione[11]. La dottrina, viceversa, riteneva che si trattasse di veri e propri regolamenti[12]. Orbene, soltanto in quest'ultimo caso le linee guida sarebbero potute rientrare nella nozione di "regolamento" di cui all'art. 323, cod. pen.; viceversa, per ricondurle nella fattispecie dell'abuso d'ufficio si sarebbe dovuto far ricorso all'operazione ermeneutica estensiva della giurisprudenza (soprattutto in tema di art. 97, Cost.). D'altro canto, la situazione è risultata parzialmente mutata a seguito di due interventi legislativi, compiuti in materia amministrativa e in materia penalistica. Quanto al primo, come già anticipato, l'art. 1 del cosiddetto decreto "Sblocca cantieri" (d.l. 18 aprile 2019, n. 32, convertito, con modificazioni, nella l. 14 giugno 2019, n. 55), introducendo il comma 27 *octies* all'art. 216 del codice dei contratti pubblici, ha attribuito a un "regolamento unico" il compito di adottare le norme di dettaglio attuative del codice. Tale comma dispone, altresì, che nelle more dell'emanazione del nuovo regolamento unico (che, si badi bene, allo stato non è ancora avvenuta) continuano ad applicarsi le Linee guida e i decreti riguardanti le materie ivi tassativamente previste. Al fine di evitare sovrapposizioni tra le linee guida attualmente vigenti e le disposizioni del nuovo regolamento, il citato comma 27 *octies* dispone che, a decorrere dall'entrata in vigore del nuovo regolamento unico, cessano di avere efficacia le linee guida emanate dall'ANAC vertenti sulle materie specificatamente elencate, nonché quelle che comunque siano in contrasto con le disposizioni recate dal nuovo regolamento unico. Così facendo si era sostanzialmente optato per un sistema misto[13], in cui alcune materie avrebbero dovuto essere disciplinate dal regolamento unico, mentre per altre continuano a operare le linee guida dell'ANAC (che, per tale ragione, non avrebbero dovuto ritenersi tramontate).

Anche in questo caso il legislatore delegato dovrà intervenire, per risistemare il sistema delle fonti. E comunque, non è un caso che all'indomani della citata riforma del 2019, la dottrina e la giu-

(11) Cfr. Cons. St., Adunanza della Commissione speciale del 21 marzo 2016, parere n. 855 del 1° aprile 2016 su Schema di decreto legislativo recante "Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione", ai sensi dell'art. 1, comma 3, l. 28 gennaio 2016, n. 11.

(12) Cfr. G. Morbidelli, *Linee guida ANAC: comandi o consigli?*, in *Dir. amm.*, 2016, 3, p. 273 ss.; F. Cintioli, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida, sui pareri del c.s. precontenzioso e sulle raccomandazioni di ANAC*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 2, p. 381 ss.; F. Marone, *Le linee guida dell'Autorità Nazione Anticorruzione nel sistema delle fonti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, 3, p. 743 ss.

(13) Cfr. I. Cavallini, M. Orsetti, *Le linee guida ANAC n. 4, una rilettura alla luce del nuovo contesto normativo e giurisprudenziale*, in *Aziendaitalia*, 2019, 11, p. 1519.

risprudenza abbiano comunque continuato a ricondurre le linee guida nella fattispecie di cui all'art. 323, cod. pen. in virtù della disciplina sulla successione delle norme di legge e regolamento, nonché dell'*abrogatio sine abolitione*[14]. Ma la modifica che oggi sembra più di tutte incidere sulla materia è quella del 2020 che, come già più volte specificato, ha espunto dall'area della rilevanza penale dell'abuso d'ufficio le fonti sub-legislative.

In definitiva, il dibattito circa la natura regolamentare o meno delle *soft laws* – e, di converso, sulla possibilità di attrarle o meno nell'orbita dell'art. 323, cod. pen. – è oggi stato risolto in senso negativo dalla nuova disciplina. Tuttavia, attraverso la regolamentazione dell'ANAC si permetteva al pubblico agente di esercitare la discrezionalità in un ampio quadro di regole e vincoli che servivano ad indirizzare l'attività amministrativa e a rendere maggiormente prevedibile – e di converso sindacabile – l'operato del soggetto.

In altri termini, le linee guida rappresentavano un "autolimite"[15] per l'amministrazione, nel senso che questa si dotava di barriere prefissate a monte che servivano ad orientare e al contempo circoscrivere la discrezionalità di cui il pubblico agente era dotato. Ma l'elemento più significativo di questa disciplina flessibile – in punto di ridondanza sull'art. 323, cod. pen. – era costituito dal fatto che esse rappresentavano un prezioso indice per il sindacato del giudice penale, che poteva parametrare la condotta del pubblico funzionario sulla base del rispetto o meno delle linee guida e così fondare una valutazione sull'osservanza dei principi di buon andamento e imparzialità.

A questo punto potremmo ritenere chiuso il discorso: da un lato, la regolamentazione dell'ANAC non sarebbe riconducibile all'abuso d'ufficio, dall'altro lato dai criteri della legge delega sembra espunta la funzione di regolazione in precedenza affidata ad ANAC.

Tuttavia, anche su tale aspetto è auspicabile che il legislatore delegato, pur chiamato a ridefinire i poteri di ANAC, si pronunci in via transitoria sul valore delle linee guida esistenti, qualora, come pare, la funzione di regolazione dell'ANAC dovesse venir meno.

Lasciare esclusivamente all'opera esegetica della giurisprudenza, per esempio, i casi di inottemperanza alle linee guida in materia di affidamenti sottosoglia ovvero di offerta economicamente più vantaggiosa, potrebbe determinare, ai fini della configurabilità del re-

(14) In particolare, si riteneva che la violazione delle linee guida vincolanti potesse continuare ad integrare l'elemento della "violazione di regolamenti" richiesto dall'art. 323, cod. pen. anche dopo la loro abrogazione se al momento di commissione del fatto queste fossero già state vigenti.

(15) Cfr. P. M. Vipoama, *L'autolimite della pubblica amministrazione. L'attività amministrativa tra coerenza e flessibilità*, Milano, 1990.

ato di abuso di ufficio, la non voluta reviviscenza dei doveri di imparzialità e buon andamento di cui all'art. 97, Cost.[16], dell'eccesso di potere[17], ovvero del troppo spesso trascurato abuso realizzato mediante omessa astensione[18], per far rientrare nell'art. 323, cod. pen. ciò che il legislatore ha invece tagliato via.

5. *La legge delega e la valorizzazione dei criteri di rispetto della legalità nella qualificazione degli operatori.* – Infine, nella valutazione della rilevanza della materia penale nel settore degli appalti pubblici, si deve trattare dell'indicazione espressa dalla legge delega sulla revisione e sulla semplificazione del sistema di qualificazione generale degli operatori, mediante la valorizzazione, tra l'altro, dei criteri di rispetto della legalità e delle disposizioni relative alla prevenzione antimafia.

Il tema è quello del cosiddetto rating di legalità, introdotto nel nostro ordinamento con l'art. 5 *ter,* d.l. 24 gennaio 2012, n. 1 (cosiddetto "decreto liberalizzazioni"), poi modificato con la relativa legge di conversione (l. 24 marzo 2012, n. 27)[19], e perfezionato con la l. 18 maggio 2012, n. 62 (cosiddetto "decreto commissioni bancarie")[20].

Come è noto, il *rating* di legalità è «un indicatore sintetico del rispetto di elevati *standard* di legalità da parte delle imprese che ne abbiano fatto richiesta e, più in generale, del grado di attenzione ripo-

(16) Così come accaduto con la pronuncia Cass., Sez. VI, 9 dicembre 2020, n. 442, nel cui ambito, sulla base del presupposto che l'art. 323, cod. pen. è deputato alla tutela dei principi di buon andamento e imparzialità della pubblica amministrazione di cui all'art. 97, Cost., la Suprema Corte ha nuovamente ammesso la riconducibilità dello sviamento di potere nell'art. 323, cod. pen.

(17) L'eccesso di potere potrebbe ad esempio venire in rilievo con riferimento ad una delle figure sintomatiche in cui esso può esplicarsi: la violazione delle circolari e, in generale, della figura dell'"autolimite". Attraverso le circolari, infatti, l'amministrazione stabilisce a monte le condizioni e i limiti del suo agere, sicché la loro violazione potrebbe essere ricondotta per via ermeneutica nell'area della rilevanza penale di cui all'art. 323, cod. pen.

(18) Cfr. Cass., Sez. VI, 8 gennaio 2021, n. 7007, in cui è stato ribadito che con riferimento alla condotta di cui all'art. 323, comma 2, cod. pen. nulla è cambiato rispetto al passato: l'abuso per omessa astensione può configurarsi anche laddove si verifichi la violazione di un generale obbligo prescritto da norme secondarie.

(19) D.l. 24 gennaio 2012, n. 1, recante "Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività", in *G.U.R.I.,* 24 gennaio 2012, n. 19, Suppl. Ord. n. 18, convertito con modificazioni dalla l. 24 marzo 2012, n. 27, in *G.U.* n. 71 del 24 marzo 2012, Suppl. Ord. n. 53.

(20) D.l. 24 marzo 2012, n. 29, "Disposizioni urgenti recanti integrazioni al d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito, con modificazioni, dalla l. 24 marzo 2012, n. 27 (e al d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385, nonché modifiche alla l. 31 luglio 1997, n. 249)", in *G.U.R.I.,* 24 marzo 2012, n. 71, convertito con modificazioni dalla l. 18 maggio 2012, n. 62, in *G.U.R.I.,* 21 maggio 2012, n. 117.

sto nella corretta gestione del proprio *business*»[21]. La finalità è di promuovere l'introduzione di principi etici in ambito aziendale, mediante l'assegnazione di un riconoscimento alle imprese che uniformino la propria attività al rispetto dei canoni di trasparenza e legalità, e riconnettendo a tale riconoscimento delle misure premiali[22]. In forza del citato art. 5 *ter,* d.l. n. 1 del 2012, il compito di elaborare il *rating* di legalità è stato affidato all'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM), la quale vi ha dato attuazione mediante l'adozione di apposito regolamento. Attualmente, il "regolamento attuativo in materia di *rating* di legalità" cui fare riferimento è quello adottato con delibera n. 28361 del 28 luglio 2020: in vigore dal 20 ottobre 2020. Il suddetto regolamento ha sostituito, aggiornandolo, quello precedente, adottato con delibera dell'AGCM n. 27165 del 15 maggio 2018 (che a sua volta aveva sostituito il primo regolamento approvato con delibera n. 24075 del 14 novembre 2012)[23].

Il meccanismo configurato per il *rating* di legalità prevede l'assegnazione di un punteggio compreso tra una e tre stellette, a seconda dei requisiti che l'impresa è in grado di soddisfare tra quelli stabiliti dal regolamento attuativo dell'AGCM.

Il *rating* di legalità viene attribuito con delibera dell'AGCM, ha una durata di due anni ed è rinnovabile mediante presentazione di apposita domanda a decorrere da sei mesi antecedenti la scadenza. All'attribuzione del *rating* di legalità sono ricollegati vantaggi tangibili, giacché il richiamato art. 5 *ter,* d.l. n. 1 del 2012, infatti, attribuisce al *rating* una portata premiale in sede di concessione di finanziamenti e di accesso al credito bancario.

Il *rating* di legalità, nato per agevolare l'accesso degli operatori economici ai finanziamenti, è stato trasfuso anche nel quadro della contrattualistica pubblica[24]. Alcuni articoli del codice dei con-

---

(21) AGCM, *Rating di legalità, I. Caratteristiche generali,* in *www.agcm.it/competenze/rating-di-legalita/domanda-di-attribuzione-del-rating-di-legalita/faq-risposte-alle-domande-piu-frequenti.*

(22) Cfr. G. Gavazzi, *Rating di legalità e rating di impresa nella disciplina dei contratti pubblici*, in questa *Rivista*, 2018, 3, p. 924; T. Tomasi, *Il rating di legalità come premio per le imprese virtuose*, in *Nuove leggi civ. comm*., 2015, 1, p. 134; A. Rocchietti March, *Rating di impresa e di legalità, i criteri reputazionali,* in *Trattato sui contratti pubblici* diretto da M.A. Sandulli, R. De Nicolis, II. *Soggetti qualificazione regole comuni alla procedura di gara*, Milano, 2019, p. 1069 ss.; A. Casadei, *Imprese, responsabilità e strumenti etici: il rating di legalità nella realtà italiana*, in *Amministrazione & finanza*, 2015, 11, p. 63; G. Pezzano, *Modelli 231 e rating di legalità. Regolamento attuativo AGCM n. 28361 del 28.7.2020*, in *Giur. pen.,* 11 marzo 2021.

(23) Sulle novità dell'ultima versione rispetto a quella previgente, cfr. C. Bovino, *Rating di legalità: nuovi requisiti e controlli più stringenti per le imprese*, in *Ipsoa Quotidiano*, 30 ottobre 2020.

(24) Sul tema v. diffusamente G. Viciconte, *Profili penali degli appalti pubblici*, Milano, 2022, p. 225 ss.

tratti pubblici, infatti, richiamano espressamente il *rating* di legalità e gli effetti premiali che ad esso si correlano.

Il *rating* di legalità, però, non è costruito in modo tale da essere una certificazione fissa e statica, atta a distinguere meramente chi ne è in possesso o meno, bensì quale «strumento capace di misurare, graduare e qualificare lo sforzo e la capacità delle imprese di spendersi nel campo della tutela e della promozione della legalità[25]. Esso si sostanzia non solo in un attestato di aderenza, da parte dell'impresa che lo consegue, alla compliance normativa e di trasparenza sotto il profilo economico-finanziario, ma anche di rispetto, per scelta, di requisiti che trascendono gli obblighi di legge e che attengono all'implementazione di comportamenti elettivi di responsabilità sociale, testimoniando l'adozione di un approccio attento, oltre che alle *performance* economiche, anche a quelle etiche e ambientali, l'attuazione di politiche di trasparenza e l'implementazione di strumenti di controllo e gestione di diverse tipologie di rischi, tra cui quelli legati ai fenomeni corruttivi[26].

Si mira così ad incoraggiare i soggetti economici "virtuosi", che adottano una politica di trasparenza e un modello strategico-operativo improntato alla crescita sostenibile e alla *Corporate Social Responsibility*, un modello, cioè, «di governance allargata dell'impresa, in base al quale chi governa ha molteplici responsabilità che consistono nell'osservanza dei doveri fiduciari nei riguardi della proprietà ed analoghi doveri fiduciari nei riguardi di tutti gli stakeholder»[27].

Come affermato in giurisprudenza, il *rating* di legalità «*ha la finalità di promuovere l'introduzione di principi etici nei comportamenti aziendali, e mira ad incentivare le imprese che si distinguono nel rispetto della legge e nel perseguimento di obiettivi di legalità e di trasparenza, mediante l'introduzione di un sistema di valutazione dell'affidabilità delle imprese tale da incentivare, in ultimo, una sana e corretta competizione concorrenziale tra le medesime*»[28].

In particolare, le agevolazioni per gli operatori economici dotati di *rating* di legalità si riscontrano all'art. 93, d.lgs. n. 50 del 2016 (recante disposizioni in materia di "Garanzie per la partecipazione

---

(25) G. Gavazzi, *Rating di legalità e rating di impresa nella disciplina dei contratti pubblici,* cit., p. 927, nt. 10.

(26) G. Marchianò, *La regolamentazione nella domanda pubblica alla luce della legge delega di recepimento delle nuove direttive: il ruolo dell'amministrazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2016, 1, 39. Cfr. anche A. Casadei, *La rilevanza del rating di legalità nel nuovo Codice degli Appalti,* in *Amministrazione & finanza*, 2016, 7, p. 67.

(27) A. Casadei, *Imprese, responsabilità e strumenti etici: il rating di legalità nella realtà italiana*, cit., p. 64. Sul tema F. Pernazza, *Legalità e corporate social responsibility nelle imprese transnazionali,* in *Dir. comm. internaz.*, 2012, 1, p. 153 ss.

(28) TAR Lazio, Roma, Sez. III, 29 marzo 2021, n. 3766; cfr. TAR Lazio, Roma, Sez. III *ter*, 22 maggio 2018, n. 5639.

alle procedure"), il cui comma 7 stabilisce che «nei contratti di servizi e forniture, l'importo della garanzia e del suo eventuale rinnovo è ridotto del 30 per cento, non cumulabile con le riduzioni di cui ai periodi precedenti, per gli operatori economici in possesso del *rating* di legalità». L'attestato in parola incide altresì sulla fase di aggiudicazione dell'appalto, stante che, a norma dell'art. 95, comma 13, del codice dei contratti pubblici è previsto che le amministrazioni aggiudicatrici, «compatibilmente con il diritto dell'Unione europea e con i principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza e proporzionalità», indichino «nel bando di gara, nell'avviso o nell'invito i criteri premiali che intendono applicare alla valutazione dell'offerta in relazione al maggiore "*rating*" di legalità».

Il *rating* di legalità, inoltre, costituisce uno dei parametri di cui tenere conto in sede di accertamento dei requisiti reputazionali alla base del nuovo istituto del *rating* d'impresa. Ai sensi dell'art. 213, comma 7, codice, infatti, è previsto che l'ANAC «collabora con l'Autorità garante della concorrenza e del mercato per la rilevazione di comportamenti aziendali meritevoli di valutazione al fine dell'attribuzione del *rating* di legalità delle imprese», il quale «concorre anche alla determinazione del "*rating*" di impresa di cui all'art. 83, comma 10».

6. *L'esigenza ineludibile di individuare da parte del legislatore delegato la corretta rilevanza del rating di legalità per la partecipazione alle gare.* – In considerazione dei presupposti e delle finalità del *rating* di legalità – il cui rilascio, come visto, consegue all'accertamento dello *status* giudiziario degli organi direttivi dell'impresa, dei certificati antimafia, della messa in atto di modelli organizzativi volti a prevenire la corruzione, dell'adozione di codici di condotta, della sottoscrizione di protocolli di legalità, della partecipazione alle iniziative pubbliche di prevenzione e repressione dei reati di criminalità organizzata –, si è posta la questione della rilevanza da attribuire a tale attestazione in sede di partecipazione alle gare d'appalto.

Questo evidentemente rappresenta il tema di fondamentale importanza su cui la risposta del legislatore delegato risulta essere ineludibile.

Parte della dottrina ritiene, infatti, di poter ricondurre il *rating* di legalità nell'alveo dei requisiti di accreditamento dei concorrenti alle gare pubbliche per l'affidamento di lavori, servizi e forniture e, più specificamente, di ricomprenderlo tra i requisiti di ordine speciale riguardanti le capacità tecniche e professionali delle imprese[(29)]. Secondo questa opzione interpretativa, la possibilità di consi-

(29) In tal senso V.C. Renna, *La cosiddetta "certificazione etica" può costituire un requisito di accreditamento per la selezione dei contraenti della P.A.?*, in *Amministrativamente*, 2015, 1-2, p. 10.

derare il *rating* di legalità quale requisito speciale di accesso alla gara si fonderebbe sul consolidato orientamento della giurisprudenza amministrativa per cui «*per l'affidamento di pubblici appalti, le pubbliche amministrazioni possono prevedere ed imporre prescrizioni ed adempimenti a carico delle imprese partecipanti, ulteriori rispetto a quelli previsti dalle leggi, con il solo limite del rispetto della par condicio e della pertinenza e congruità rispetto allo scopo perseguito ovvero requisiti di partecipazione e di qualificazione più rigorosi e restrittivi di quelli minimi stabiliti dalla legge, purché tali ulteriori prescrizioni si rivelino rispettose dei principi di proporzionalità e di ragionevolezza, non limitino l'accesso alla procedura e siano giustificate da specifiche esigenze imposte dal peculiare oggetto dell'appalto*»[(30)].

La fissazione dei requisiti di ordine speciale, che consentono di selezionare i contraenti in grado di adempiere a regola d'arte le prestazioni oggetto d'appalto e le obbligazioni derivanti dal relativo contratto d'appalto, rientra nella discrezionalità delle stazioni appaltanti, fermo restando, in ogni caso, il limite del rispetto dei principi di proporzionalità e ragionevolezza.

Nell'ambito delle gare per l'affidamento di lavori, servizi e forniture, pertanto, il legislatore ha predeterminato una serie di criteri cui è condizionata l'ammissione alla gara, ma le stazioni appaltanti, che devono valutare l'affidabilità delle imprese sia sotto il profilo della solidità economica che sotto quello della capacità professionale, ovvero della preparazione, esperienza, idoneità a eseguire la prestazione oggetto di gara, godono di una discrezionalità strumentale relativamente alla previsione di requisiti di partecipazione e di qualificazione ulteriori rispetto a quelli minimi imposti dalla legge[(31)]. Come detto, tuttavia, a tutela della libera concorrenza, la giurisprudenza ha anche identificato i limiti entro i quali tale discrezionalità può essere esercitata, affermando che i criteri e i requisiti aggiuntivi debbano essere funzionali all'individuazione del contraente tecnicamente, moralmente ed economicamente più affidabile e debbano essere rispettosi dei principi di proporzionalità e di ragionevolezza: «è pur vero che la stazione appaltante ha il potere discrezionale di fissare i requisiti di partecipazione ad una gara, ma tale potere va esercitato secondo criteri di ragionevolezza, parità di trattamento ed efficienza della azione amministrativa, nonché dei principi, di derivazione comunitaria, di concorrenza ed apertura del mercato degli appalti pubblici»[(32)].

---

(30) TAR Sicilia, Palermo, Sez. III, 25 luglio 2006, n. 1768.

(31) Cfr. Cons. St., Sez. V, 17 aprile 2014, n. 3769; Cons. St., Sez. III, 8 aprile 2014, n. 3484; TAR Sardegna, Cagliari, Sez. I, 1 aprile 2014, n. 250.

(32) TAR Lombardia, Milano, Sez. I, 29 novembre 2010, n. 7404. Conf. TAR Lombardia, Milano, Sez. III, 27 agosto 2006, n. 1877.

Eventuali requisiti di partecipazione più selettivi possono dunque essere previsti «solo quando tali criteri rispondano ad esigenze oggettive dell'Amministrazione e non appaiano sproporzionati»[33], in ragione dell'oggetto specifico dell'appalto, del suo importo e delle caratteristiche precipue delle prestazioni in affidamento[34], e sempre avendo riguardo «all'esigenza di non ridurre, oltre lo stretto indispensabile, la platea dei potenziali concorrenti e di non precostituire situazioni di privilegio»[35]. Sulla base di questo orientamento, si è quindi ipotizzato che il *rating* di legalità possa rientrare tra i requisiti di carattere tecnico-organizzativo, in quanto anch'esso, al pari degli altri, sarebbe volto a consentire la selezione dei concorrenti più idonei a garantire la corretta esecuzione dell'appalto, dimostrando l'impegno, da parte delle imprese che ne siano in possesso, nella tutela e promozione della legalità, la quale costituisce un interesse concreto della pubblica amministrazione[36]. Rispetto a tale lettura, tuttavia, residuerebbe il problema di una diversità di prospettive.

Infatti, «mentre i requisiti speciali più tecnici valutano la capacità delle imprese dal punto di vista della solidità economica, della preparazione specialistica e dell'idoneità a svolgere determinate prestazioni, il *rating* considera la loro affidabilità dal punto di vista del contrasto e della prevenzione della corruzione»[37].

Si potrebbe ravvisare una sovrapposizione tra il *rating* di legalità e i requisiti di accesso di ordine generale, che sono finalizzati ad assicurare la legalità delle imprese che partecipano alla gara, ma in realtà una differenza si può delineare considerando «i requisiti di ordine generale come condizioni volte ad assicurare la conformità dell'operatore economico alle leggi vigenti, mentre il *rating* di legalità come quello strumento che seleziona e premia le imprese che adottano tutte le misure idonee a prevenire episodi corruttivi o ingerenze mafiose. Potrebbe quindi verificarsi che un'impresa possieda i requisiti generali senza ottenere il *rating* di legalità»[38]. L'utilizzo del *rating* di legalità quale requisito speciale di partecipazione si scontrerebbe con il fatto che esso non è direttamente volto al

(33) TAR Lombardia, Milano, Sez. I, 29 novembre 2010, n. 7404, cit.

(34) Cfr. Cons. St., Sez. V, 4 agosto 2010, n. 5201; Cons. St., Sez. V, 23 gennaio 2006, n. 206; TAR Campania, Napoli, Sez. I, 10 maggio 2006, n. 4052; TAR Lombardia, Milano, Sez. I, 18 giugno 2007, n. 5269.

(35) TAR Lombardia, Milano, Sez. I, 29 novembre 2010, n. 7404, cit.

(36) V.C. Renna, *La cosiddetta "certificazione etica" può costituire un requisito di accreditamento per la selezione dei contraenti della p.a.?,* cit., p. 14-15.

(37) G. Gavazzi, *Rating di legalità e rating di impresa nella disciplina dei contratti pubblici*, cit., p. 935.

(38) G. Cavalli, *op. cit.,* p. 928.

perseguimento di un interesse concreto delle stazioni appaltanti: se infatti, da un lato, si deve ritenere che tra gli obiettivi delle pubbliche amministrazioni vi sia indubbiamente anche quello dell'eticità dei soggetti con i quali stipulano determinati contratti, dall'altro, si deve tuttavia considerare che per l'accertamento di tali aspetti il legislatore ha già appositamente stabilito dei requisiti di ordine generale, fornendone i dettagli nell'art. 80 del codice dei contratti pubblici ove sono elencate le cause di esclusione.

Tuttavia, dal momento che i requisiti previsti per il rilascio del rating di legalità sono più stringenti di quelli individuati dal citato art. 80, «si finirebbe per riconoscere rilievo escludente ad elementi ulteriori rispetto a quelli tassativamente indicati dalla normativa nazionale di recepimento delle direttive europee sugli appalti»[(39)]. Il *rating* di legalità, quindi, anziché costituire uno strumento per valorizzare e promuovere la legalità, si trasformerebbe in uno strumento discriminatorio, in contrasto con il principio del *favor partecipationis*[(40)]. Poiché infatti, la possibilità di ottenere il *rating* di legalità è concessa solo agli operatori economici che rispettano precisi parametri (sede operativa in Italia, fatturato minimo di due milioni di euro, iscrizione nel Registro delle imprese da almeno due anni), va da sé che, se il possesso del *rating* fosse posto come requisito di ammissione alle gare d'appalto, resterebbero escluse le imprese straniere quelle medio-piccole e quelle neo-costituite[(41)].

Una criticità, questa, che, come si vedrà a breve, ha grande rilevanza anche in relazione all'impiego del *rating* di legalità in sede di aggiudicazione, quale criterio mediante cui valutare l'offerta economicamente più vantaggiosa, come previsto dall'art. 95, comma 13, codice dei contratti pubblici. Peraltro, il valore premiale del *rating* di legalità in sede di aggiudicazione, prima dell'entrata in vigore del codice dei contratti pubblici, era stato già riconosciuto dall'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC), che, con la determinazione n. 3 del 9 dicembre 2014, relativa alle Linee guida per l'affidamento degli appalti pubblici di servizi postali, lo aveva incluso tra i criteri di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa. In considerazione della sua idoneità «*a contrastare i comportamenti illegali delle imprese ed il fenomeno della corruzione negli appalti pubblici, nonché le interferenze delle organizzazioni criminali con l'attività di impresa che possono ostacolare il corretto operare dei meccanismi del mercato postale*», l'ANAC aveva infatti affermato che «*le stazioni appaltati possono valutare l'opportunità di attri-*

(39) A. Rocchietti March, *op. cit.,* p. 1083.
(40) Cfr. G. Gavazzi, *op. cit.,* p. 937.
(41) Cfr. M. Frontoni, *op. cit.,* p. 148 ss.

buire un punteggio aggiuntivo e proporzionato alle imprese in possesso del rating di legalità»[42].

La disciplina di cui all'art. 95, comma 13, codice, però, si discosta dall'impostazione delineata dall'ANAC, così suscitando alcune perplessità, con l'effetto di determinare la necessità che al riguardo il legislatore delegato faccia la necessaria chiarezza.

La pronuncia dell'ANAC, infatti, circoscriveva la possibilità di considerare il *rating* in sede di valutazione delle offerte ai soli appalti postali e la condizionava alla sussistenza di ulteriori condizioni, limitandone l'applicabilità agli appalti di maggiori dimensioni e consentendo alle imprese straniere – cui è precluso l'ottenimento del *rating* – di poter utilizzare alle medesime finalità dei certificati equivalenti. La normativa, invece, non assumendo questo genere di precauzioni, pone delle criticità sia in relazione alle piccole e medie imprese, sia in relazione agli operatori stranieri, stante la mancanza in entrambi i casi delle condizioni necessarie per il conseguimento del *rating* di legalità[43]. Sulla rilevanza di tali problematiche aveva posto l'accento la stessa ANAC nel documento di consultazione sulle Linee guida attuative del nuovo codice degli appalti, segnalando che, «*al fine di evitare la penalizzazione delle imprese che non posseggono i requisiti per richiedere il "rating" di legalità, dovrebbe essere consentito a tali imprese di presentare comunque istanza all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, la quale valuterà la documentazione prodotta ai fini della sussistenza dei requisiti di legalità*»[44]. E ancora, nelle Linee guida n. 2, recanti "Offerta economicamente più vantaggiosa", ha evidenziato che, «*a meno che la stazione appaltante non sappia già, nella predisposizione del bando di gara o della lettera di invito, che alla procedura potranno partecipare solo imprese potenzialmente idonee ad avere il rating, è opportuno che, per il suo utilizzo, vengano introdotte compensazioni per evitare di penalizzare imprese estere e/o di nuova costituzione e/o carenti del previsto fatturato, consentendo a tali imprese di comprovare altrimenti la sussistenza delle condizioni o l'impiego delle misure previste per l'attribuzione del rating*»[45].

---

(42) ANAC, determinazione n. 3 del 9 dicembre 2014, recante Linee guida per l'affidamento degli appalti pubblici di servizi postali, 15.

(43) Cfr. G. Gavazzi, *op. cit.*, p. 940.

(44) ANAC, Documento di consultazione sulle Linee guida attuative del nuovo codice degli appalti, Criteri reputazionali per la qualificazione delle imprese, 10 giugno 2016, 6.

(45) ANAC, Linee guida n. 2 di attuazione del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recanti "Offerta economicamente più vantaggiosa", approvate dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 1005 del 21 settembre 2016, e aggiornate al d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56 con Delibera del Consiglio n. 424 del 2 maggio 2018, 5-6. Si specifica che, « in particolare, per i soggetti che non possono accedere al *rating* di legalità, la

Anche il Consiglio di Stato, del resto, ha sottolineato il rischio che un utilizzo non accorto del *rating* di legalità «*possa generare effetti distorsivi della concorrenza o, addirittura, discriminatori, come può accadere, ad esempio, se si assegna un peso eccessivo e sproporzionato al rating di legalità (al quale imprese, pur sane e trasparenti, non possono accedere per ragioni oggettive)*»[(46)]. Su tale linea si è posta la V Sezione del Consiglio di Stato, osservando che, se da un lato, ai sensi dell'art. 5 *ter,* d.l. n. 1 del 2012, il *rating* di legalità può essere richiesto solamente dalle imprese operanti in Italia, iscritte al registro delle imprese da almeno due anni e con un fatturato minimo pari ad almeno due milioni di euro, dall'altro, l'art. 95, comma 13, d.lgs. n. 50 del 2016 persegue comunque l'obiettivo dichiarato di coniugare al criterio premiale del *rating* di legalità quello di agevolare la partecipazione delle microimprese, delle piccole e medie imprese. Il Consiglio di Stato ha ritenuto, pertanto, illegittima una *lex specialis* di gara facente semplicemente rinvio al *rating* di legalità, senza alcuna indicazione a favore delle micro e neo imprese, in quanto non conforme al disposto di cui all'art. 95, comma 13, d.lgs. n. 50 del 2016, che appunto impone di contemplare al contempo criteri per agevolare la partecipazione alle procedure di affidamento per le microimprese, piccole e medie imprese, imprese estere, nonché per i giovani professionisti e le imprese di nuova costituzione[(47)]. Come chiarito in giurisprudenza, dunque, dal dettato di cui all'art. 95, comma 13, codice dei contratti pubblici deriva che, se nel bando di gara mancano le previsioni in ordine a meccanismi compensativi, è necessario impugnare immediatamente il bando medesimo rilevando tale omissione, stante l'immediata percepibile lesione derivante dallo stesso[(48)].

---

stazione appaltante potrebbe indicare gli elementi presenti nel *rating* di legalità (di cui alla delibera dell'autorità garante della concorrenza e del mercato n. 24075 del 14 novembre 2012 – regolamento *rating* di legalità "regolamento di attuazione dell'art. 5 *ter,* d.l. 1/2012, così come modificato dall'art. 1, comma 1 *quinquies*, d.l. n. 29 del 2012, convertito con modificazioni dalla l. n. 62 del 2012" e successivi aggiornamenti), diversi da quelli già considerati ai fini della qualificazione, per i quali prevedere un punteggio premiante e considerare verificata la presenza di tali elementi per le imprese che posseggono il *rating* con un numero di "stellette" ritenuto idoneo » (*Ivi*, 6).

(46) Cons. St., Adunanza della Commissione speciale del 6 luglio 2016, parere n. 1767 del 2 agosto 2016 su "Linee guida ANAC su Responsabile unico del procedimento, Offerta economicamente più vantaggiosa, Servizi attinenti all'Architettura e all'Ingegneria".

(47) Cons. St., Sez. V, 10 ottobre 2019, n. 6907, in *L'Amministrativista.it,* 21 ottobre 2019, con nota di S. Francario, *La lex specialis che attribuisce punti per il rating di legalità è illegittima se non prevede anche misure compensative,* in *Appalti&Contratti,* 30 ottobre 2019, con nota di I. Picardi, *Punteggi legati al rating di legalità per le imprese.*

(48) Cfr. TAR Lazio, Roma, 18 marzo 2019, n. 3582, in *L'Amministrativista.it,* 22

Di converso, la previsione di requisiti alternativi al possesso del *rating* di legalità ai fini della partecipazione ad una gara, in forza dei quali si determini «l'astratta possibilità, anche per piccole realtà imprenditoriali, di conseguire titoli equivalenti», esclude la possibilità di dedurre un effetto discriminatorio.

La possibilità di attribuire, in sede di aggiudicazione, un punteggio premiale agli operatori economici muniti di *rating* di legalità rivela delle criticità anche sotto il profilo della compatibilità con il principio della separazione tra requisiti soggettivi di qualificazione e criteri oggettivi di valutazione, in forza del quale deve escludersi che l'offerta possa essere valutata, oltre che in base alle sue specificità, anche in base alle caratteristiche soggettive del relativo proponente. Il Consiglio di Stato ha però chiarito che il divieto di commistione tra requisiti soggettivi di partecipazione e requisiti oggettivi di valutazione delle offerte deve essere applicato secondo criteri di proporzionalità, ragionevolezza e adeguatezza[49]. Ciò «*non potendo negarsi la legittimità di criteri di valutazione che possano premiare le caratteristiche organizzative dell'impresa sotto il profilo ambientale, così come sotto i profili della tutela dei lavoratori e delle popolazioni interessate e della non discriminazione, al fine di valorizzare la compatibilità e sostenibilità ambientale della filiera produttiva e distributiva dei prodotti che costituiscono, comunque, l'oggetto dell'appalto*»[50]. Si è, altresì, precisato che, in forza dell'art. 95, comma 13, del codice era già prevista la possibilità per le amministrazioni «*di indicare criteri premiali per la valutazione dell'offerta che potevano essere relativi, oltre che al maggior rating di legalità dell'impresa, anche al "minor impatto sulla salute e sull'ambiente"*; *parimenti il comma 6 del medesimo articolo, allorché elenca gli elementi che possono costituire criteri valutativi, non esclude il richiamo a caratteristiche proprie e soggettive dell'impresa*»[51]. Il principio della netta separazione tra criteri soggettivi di prequalificazione e criteri di aggiudicazione della gara, quindi, deve essere interpretato, consentendo alle stazioni appaltanti, nei casi in cui determinate caratteristiche soggettive del concorrente, in quanto direttamente riguardanti l'oggetto del contratto, possano essere valutate anche per la selezione dell'offerta, di prevedere nel bando di gara anche elementi di valutazione dell'offerta tecnica di tipo soggettivo, concernenti la specifica attitudine del concorrente[52]. An-

---

marzo 2019, con nota di V. Zallocco, *Rating di legalità e meccanismi compensativi*, cfr. TAR Puglia, Bari, Sez. III, 27 giugno 2019, n. 902.

(49) Cfr. Cons. St., Sez. III, 11 marzo 2019, n. 1635.

(50) TAR Lombardia, Milano, Sez. IV, 23 ottobre 2019, n. 2214.

(51) Cons. St., Sez. III, 11 marzo 2019, n. 1635, cit.

(52) Cons. St., Sez. IV, 25 novembre 2008, n. 5808; cfr. Cons. St., Sez. V, 3

che l'ANAC, peraltro, nelle Linee guida n. 2, recanti "Offerta economicamente più vantaggiosa", aveva evidenziato che nella valutazione delle offerte possono essere valutati profili di carattere soggettivo introdotti qualora consentano di apprezzare meglio il contenuto e l'affidabilità dell'offerta o di valorizzare caratteristiche dell'offerta ritenute particolarmente meritevoli; «*in ogni caso, devono riguardare aspetti, quali quelli indicati dal Codice, che incidono in maniera diretta sulla qualità della prestazione. Naturalmente, anche in questo caso, la valutazione dell'offerta riguarda, di regola, solo la parte eccedente la soglia richiesta per la partecipazione alla gara, purché ciò non si traduca in un escamotage per introdurre criteri dimensionali*»(53). Alla luce di ciò, è stata ritenuta ammissibile la possibilità di attribuire, in sede di valutazione dell'offerta, un punteggio ulteriore all'operatore economico dotato di *rating* di legalità, in quanto esso certifica la «*presenza di requisiti che attengono in modo specifico all'organizzazione aziendale o derivano direttamente dall'adozione di prassi operative improntate alla legalità, alla moralità ed alla correttezza e, quindi, si rivelano astrattamente idonei ad incidere sulle modalità esecutive della specifica prestazione*»(54). In quest'ottica, il *rating* di legalità verrebbe a configurarsi come strumento mediante il quale la pubblica amministrazione, nel valutare le offerte dei concorrenti, valorizza e dà peso al perseguimento di «*obiettivi di prevenzione e contrasto della corruzione negli appalti pubblici, obiettivi non strettamente economici comunque legittimamente perseguibili*»(55).

Alla luce delle problematiche evidenziate, anche sulla materia considerata è necessario l'intervento dal legislatore delegato, al fine di risolvere le complessità interpretative descritte, per evitare che l'utilizzo di tale strumento finisca per essere penalizzato, in mancanza di regole intellegibili di applicazione, con l'effetto non auspicabile di vanificare proprio uno dei criteri fondamentali per l'adozione di misure di contrasto al fenomeno della corruzione.

---

ottobre 2012, n. 5197; Cons. St., Sez. III, 12 luglio 2018, n. 4283; TAR Lombardia, Milano, Sez. IV, 30 luglio 2018, n. 1869.

(53) ANAC, Linee guida n. 2 di attuazione del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recanti "Offerta economicamente più vantaggiosa", cit., 5.

(54) ANAC, Bando-tipo per l'affidamento di contratti pubblici di servizi e forniture – IIº consultazione pubblica. Consultazione *on line* del 19 maggio 2015 – invio osservazioni entro il 19 giugno 2015 – Nota illustrativa, 10-11.

(55) G. Gavazzi, *op. cit.*, p. 940.

Stefano Vinti

CHE ATTO È MAI IL NUOVO DURC ONLINE?

Sommario: 1. Il documento unico di regolarità contributiva: normativa europea e nazionale. – 2. Il concetto di gravità della violazione contributiva. – 3. La tormentata nozione di violazione contributiva non definitivamente accertata: le novità del cosiddetto decreto "Semplificazioni". – 3.1. Le novità della legge europea 2019-2020. – 4. Il DURC di congruità. – 5. La natura giuridica del DURC e il riparto di giurisdizione. – 5.1. La risoluzione dell'incidente di falso negli atti muniti di fede privilegiata: la sentenza della Corte costituzionale 16 novembre 2011, n. 48. – 5.2. Incidente di falso e DURC: possibili contrasti giurisprudenziali? – 6. Il DURC *online*: il nuovo documento unico di regolarità contributiva e l'incidenza della forma sulla natura giuridica. – 7. Considerazioni conclusive.

1. *Il documento unico di regolarità contributiva: normativa europea e nazionale.* – Il documento unico di regolarità contributiva (DURC)[1] assolve alla funzione di semplificare l'attività di verifica dei committenti in merito alla regolarità contributiva e al rispetto degli obblighi giuslavoristici delle imprese appaltatrici.

L'istituto ha finalità ben definite, ma natura giuridica assai incerta.

La complessità della normativa giuslavoristica e la sovrapposizione scoordinata dei plessi giurisdizionali, chiamati alla trattazione delle questioni su cui il documento è destinato a incidere, hanno generato un groviglio difficile da districare.

Il DURC, infatti, incide sull'ammissione in gara delle imprese (questione soggetta alla giurisdizione esclusiva del giudice am-

(1) Sulla disciplina del DURC cfr. P. Pennessi, D. Papa, *Durc: le nuove regole*, in *Diritto e Pratica del Lavoro*, 2008, 7, 451; P. Rauesei, *Durc: validità trimestrale e altre novità*, ivi, 2006, 13, p. 715 ss.; D. Cirioli, *Le Casse edili perdono l'esclusiva sul Durc*, in *Boll. Adapt*, 2006, p. 17; P. Rausei, *Certificazione Durc. Soggetti obbligati e validità temporale* (nota a Interpello 22 dicembre 2005, n. 31444), in *Diritto e Pratica del Lavoro*, 2006, n. 4, 233 ss.; D. De Sanctis, G. Virgilio, *Lavoro nero e certificato di regolarità contributiva*, in *La riforma Biagi del mercato del lavoro. Prime interpretazioni e proposte di lettura del d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276. Il diritto transitorio e i tempi della riforma*, a cura di M. Tiraboschi, Milano, 2004; P. Pennesi, D. Papa, *Documento unico di regolarità contributiva: le regole per il rilascio*, in *Diritto e Pratica del Lavoro*, 2005, 33, p. 1793. In tema di certificazioni si v. A. De Benedetti, *Certificazioni «private» e pubblica fiducia*, in *I sistemi di certificazione tra qualità e certezza*, a cura di F. Fracchia, M. Occhiena, Milano, 2006, p. 3-22.

ministrativo) sulla base della ricognizione dei rapporti contributivi (sottoposti alla giurisdizione del giudice del lavoro) contenuti in atti pubblici contestabili solo mediante querela di falso (da esperire dinanzi al giudice ordinario con un rito speciale che si articola in tre gradi di giudizio).

L'intreccio dei temi richiede una scomposizione analitica delle questioni.

Con la locuzione "regolarità contributiva" si intende il puntuale adempimento agli obblighi afferenti ai pagamenti e agli adempimenti previdenziali, assistenziali ed assicurativi, nonché a tutti gli altri obblighi previsti dalla normativa vigente.

Secondo la definizione riportata dallo Sportello unico previdenziale[(2)], istituito per il suo rilascio, tale documento rappresenta "il certificato che sulla base di un'unica richiesta attesta contestualmente la regolarità di un'impresa per quanto concerne gli adempimenti INPS, INAIL e Cassa edile (per i lavori) verificati sulla base della rispettiva normativa di riferimento".

Per espressa previsione normativa[(3)], il rilascio del DURC costituisce un presupposto indefettibile per la partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica e per l'erogazione dei corrispettivi correlati all'esecuzione delle commesse.

Nonostante l'esigenza di imporre la regolarità negli adempimenti contributivi fosse avvertita già da tempo nella legislazione di settore[(4)], l'obbligo di presentazione di una certificazione attestante la

---

(2) Dal 1° luglio 2015 chiunque vi abbia interesse può verificare, con un'unica interrogazione e in tempo reale, la regolarità contributiva di un'impresa tramite il servizio "DURC *online*" che ha sostituito lo Sportello unico previdenziale. L'esito positivo della verifica ha validità di 120 giorni e genera un documento elettronico in formato pdf contenente i seguenti dati: *a)* la denominazione o ragione sociale, la sede legale e il codice fiscale del soggetto nei cui confronti è effettuata la verifica di regolarità contributiva; *b)* l 'iscrizione all'Inps, all'INAIL e, ove previsto, alle Casse edili; *c)* la dichiarazione di regolarità; *d)* il numero identificativo, la data di effettuazione della verifica e quella di scadenza di validità del documento. Dal 1° ottobre 2021 la creazione/abilitazione delle nuove stazioni appaltanti/amministrazioni procedenti, il subentro nell'abilitazione per la richiesta d'ufficio del "DURC *online*", nonché l'aggiornamento dell'anagrafica delle stazioni appaltanti/amministrazioni procedenti già abilitate, non avviene più tramite l'accesso a www.sportellounicoprevidenziale.it. Le funzionalità appena descritte sono state migrate all'interno dei servizi *online* del portale *www.inail.it sez. "My Home/Nuova gestione anagrafica Stazioni appaltanti e SOA"*, per l'accesso ai quali sono richieste le credenziali SPID, CNS o CIE.

(3) Art. 2, comma 2, d.m. 30 gennaio 2015, n. 125: "Il documento di cui all'art. 7, generato dall'esito positivo della verifica, fatte salve le esclusioni di cui all'art. 9, sostituisce ad ogni effetto il Documento Unico di Regolarità Contributiva (DURC) previsto: [...] *b)* nell'ambito delle procedure di appalto di opere, servizi e forniture pubblici e nei lavori privati dell'edilizia".

(4) Prima dell'entrata in vigore del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, l'art. 75, comma 1, lett. *e,* d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554 recante "regolamento di attuazione della

regolarità dei versamenti contributivi "a pena di revoca dell'affidamento" è stato previsto per la prima volta dall'art. 2, d.l. 25 settembre 2002, n. 210[5] (convertito in l. 22 novembre, n. 266).

Con il successivo d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276, all'art. 86, comma 10 (con cui è stata aggiunta la lett. *b bis* all'art. 3, comma 8, d.lgs. 14 agosto 1996, n. 494) si è introdotto a carico delle imprese esecutrici di appalti di opere pubbliche e private l'obbligo di dotarsi del DURC, rilasciato, oltre che da INPS e INAIL, anche dalle Casse edili per quanto di rispettiva competenza, previa stipula di apposita convenzione con i predetti istituti.

Con l'entrata in vigore del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, il DURC viene contemplato come unico documento idoneo a comprovare un requisito di ordine generale indispensabile per l'ammissione alla gara.

Secondo quanto previsto dall'art. 38, comma 1, lett. *i,* d.lgs. n. 163 del 2006: "Sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti: [...] *i)* che hanno commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, alle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali, secondo la legislazione italiana o dello Stato in cui sono stabiliti"[6].

---

legge quadro in materia di lavori pubblici" prevedeva l'esclusione dalla partecipazione alle procedure di affidamento di lavori pubblici e l'impossibilità di stipulare i relativi contratti per i soggetti che "hanno commesso gravi infrazioni debitamente accertate alle norme in materia di sicurezza e a ogni altro obbligo derivante dai rapporti di lavoro, risultanti dai dati in possesso dell'Osservatorio dei lavori pubblici". Nel settore dei servizi pubblici e delle forniture pubbliche l'esclusione dalle gare era prevista in base all'art. 12, comma 1, lett. *d*, d.lgs. 17 marzo 1995, n. 157 e all'art. 11, comma 1, lett. *d*, d.lgs. 24 luglio 1992, n. 358 che prevedeva l'esclusione per coloro: "che non sono in regola con gli obblighi relativi al pagamento dei contributi previdenziali e assistenziali a favore dei lavoratori, secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui sono stabiliti". Infine, con riferimento ai settori speciali, l'art. 22, d.lgs. 17 marzo 1995, n. 158 rinviava alle cause di esclusione previste per i settori ordinari. Tuttavia, solo a seguito del d.l. 25 settembre 2002, n. 210, modificato dalla legge di conversione 22 novembre 2002, n. 266 fu introdotto dall'art. 2, comma 1 della citata legge il certificato di regolarità contributiva. Sull'evoluzione normativa del DURC cfr. S. Toriello, *Durc e lavoro nero. Una breve ricognizione normativa*, in *Rivista degli infortuni e delle malattie professionali*, 2010, 2, p. 289-313.

(5) La norma recita: "Le imprese che risultano affidatarie di un appalto pubblico sono tenute a presentare alla stazione appaltante la certificazione relativa alla regolarità contributiva a pena di revoca dell'affidamento. La certificazione di cui al comma 1 deve essere presentata anche dalle imprese che gestiscono servizi e attività in convenzione o concessione con l'ente pubblico, pena la decadenza della convenzione o la revoca della concessione stessa. Entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore del presente decreto, l"Inps, l'Inail stipulano convenzioni al fine del rilascio di un documento unico di regolarità contributiva".

(6) Il concetto di gravità era demandato al decreto ministeriale del 24 ottobre 2007 (G.U.R.I. 30 novembre 2007, n. 279) che all'art. 8, comma 3 stabiliva: "Non si

Il legislatore delegato decise, conformemente alla discrezionalità riconosciutagli dalla Direttiva comunitaria[7], di sanzionare l'irregolarità contributiva con l'indefettibile esclusione dell'operatore.

La scelta di includere tale requisito tra quelli obbligatori è stata considerata dal giudice europeo frutto di "considerazioni di ordine giuridico, economico e sociali" [8] conformi al principio di proporzionalità.

Tuttavia, con l'intento di uniformare su tutto il territorio euro-

---

considera grave lo scostamento inferiore o pari al 5% tra le somme dovute e quelle versate con riferimento a ciascun periodo di paga o di contribuzione o, comunque, uno scostamento inferiore ad euro 100,00, fermo restando l'obbligo di versamento del predetto importo entro i trenta giorni successivi al rilascio del DURC".

(7) La Direttiva europea 2004/18 CE concedeva agli Stati membri un ventaglio di possibilità entro cui indirizzarsi: escludere il concorrente non in regola con i versamenti previdenziali; non escluderlo o escluderlo solo se lo scostamento tra il dovuto e il versato fosse superiore ad una certa soglia. Ai sensi dell'art. 45, comma 2, Direttiva: "Può essere escluso dalla partecipazione all'appalto ogni operatore economico: [...] *e)* che non sia in regola con gli obblighi relativi al pagamento dei contributi previdenziali e assistenziali secondo la legislazione del paese dove è stabilito o del paese dell'amministrazione aggiudicatrice [...]. Gli Stati membri precisano, conformemente al rispettivo diritto nazionale e nel rispetto del diritto comunitario, le condizioni di applicazione del presente paragrafo".

(8) Corte giust. UE, Sez. X, 10 luglio 2014, C-358/12 (p. 35): "In secondo luogo, per quanto riguarda il livello di tale soglia di esclusione, quale definito dalla normativa nazionale, occorre ricordare che, riguardo agli appalti pubblici che ricadono nella sfera di applicazione della Direttiva 2004/18, l'articolo 45, paragrafo 2, di tale Direttiva lascia l'applicazione dei casi di esclusione che menziona alla valutazione degli Stati membri, come risulta dall'espressione «può venire escluso dalla partecipazione ad un appalto», che figura all'inizio di detta disposizione, e rinvia esplicitamente, in particolare alle lettere e) e f), alle disposizioni legislative nazionali. [...] Inoltre, ai sensi del secondo comma di detto articolo 45, paragrafo 2, gli Stati membri precisano, conformemente al rispettivo diritto nazionale e nel rispetto del diritto dell'Unione, le condizioni di applicazione del paragrafo stesso". I giudici di Lussemburgo si pronunciavano anche sulla compatibilità dall'art. 38, comma 2, lett. *i*, d.lgs. n. 163 del 2006 con l'art. 45, § 2, lett. *e,* Direttiva 2004/18 UE in combinato disposto con il rispetto dei principi di proporzionalità e di parità di trattamento. Sul punto rilevavano che (p. 36-37): "l'articolo 45, paragrafo 2, Direttiva 2004/18 non prevede una uniformità di applicazione delle cause di esclusione ivi indicate a livello dell'Unione, in quanto gli Stati membri hanno la facoltà di non applicare affatto queste cause di esclusione o di inserirle nella normativa nazionale con un grado di rigore che potrebbe variare a seconda dei casi, in funzione di considerazioni di ordine giuridico, economico o sociale prevalenti a livello nazionale. In tale ambito, gli Stati membri hanno il potere di attenuare o di rendere più flessibili i criteri stabiliti da tale disposizione (v., per quanto riguarda l'articolo 29, Direttiva 92/50, sentenza La Cascina e a., EU:C:2006:94, punto 23). Orbene, l'articolo 45, paragrafo 2, lettera e),, Direttiva 2004/18 consente agli Stati membri di escludere dalla partecipazione a un appalto pubblico ogni operatore economico che non sia in regola con gli obblighi relativi al pagamento dei contributi previdenziali e assistenziali, senza che sia previsto un qualsivoglia importo minimo di contributi arretrati. In tale contesto, il fatto di prevedere un siffatto importo minimo nel diritto nazionale costituisce un'attenuazione del criterio di esclusione previsto da tale disposizione e non può, pertanto, ritenersi che vada oltre il necessario".

peo le cause di esclusione nel settore degli appalti pubblici, la nuova Direttiva europea (2014/24 UE)[9] ha operato una decisa inversione di rotta rispetto alla Direttiva previgente[10], che annoverava la situazione di irregolarità contributiva fra le cause di esclusione meramente facoltative. L'attuale disciplina, viceversa, impone in capo alle amministrazioni l'obbligo di escludere dalle procedure di gara tutti gli operatori economici che non abbiano ottemperato agli oneri relativi al pagamento di imposte o contributi, accertate da una decisione giudiziaria o amministrativa definitiva[11].

L'attuale codice dei contratti pubblici (d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50) ha recepito la normativa europea e (confermando l'indirizzo legislativo interno) ha previsto, ai sensi dell'art. 80, comma 4, l'esclusione obbligatoria dell'operatore economico che abbia "commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, alle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali, secondo la legislazione italiana o dello Stato in cui sono stabiliti".

Ad oggi, il regolare possesso di tale documento contributivo rileva sia come requisito soggettivo morale *ex* art. 80[12], che come

(9) Art. *57*, comma 2, Direttiva 2014/24 UE: "Un operatore economico è escluso dalla partecipazione a una procedura d'appalto se l'amministrazione aggiudicatrice è a conoscenza del fatto che l'operatore economico non ha ottemperato agli obblighi relativi al pagamento di imposte o contributi previdenziali e se ciò è stato stabilito da una decisione giudiziaria o amministrativa avente effetto definitivo e vincolante secondo la legislazione del paese dove è stabilito o dello Stato membro dell'amministrazione aggiudicatrice".

(10) Il riferimento è all'art. 45, § 2, Direttiva 2004/18, che recita: "Può essere escluso dalla partecipazione all'appalto ogni operatore economico: [...] e) che non sia in regola con gli obblighi relativi al pagamento dei contributi previdenziali e assistenziali secondo la legislazione del paese dove è stabilito o del paese dell'amministrazione aggiudicatrice; f) che non sia in regola con gli obblighi relativi al pagamento delle imposte e delle tasse secondo la legislazione del paese dove è stabilito o del paese dell'amministrazione aggiudicatrice".

(11) Tuttavia, è bene precisare che la Direttiva 2014/24 riconosce all'art. 57, § 2, comma 2 agli Stati membri il potere di obbligare la pubblica amministrazione ad escludere o riconoscere alla stessa la possibilità di escludere un operatore economico qualora: "l'amministrazione aggiudicatrice può dimostrare con qualunque mezzo adeguato che l'operatore economico non ha ottemperato agli obblighi relativi al pagamento di imposte o contributi previdenziali". Il Legislatore delegato ha dato attuazione al disposto della Direttiva attraverso l'art. 80, comma 4, quinto periodo, d.lgs. n. 50 del 2016 (inserito ad opera dell'art. 8, comma 5, lett. *b*, d.l. 16 luglio 2020, n. 76 conv. in l. 11 settembre 2020, n. 120) che prevede: "Un operatore economico può essere escluso dalla partecipazione a una procedura d'appalto se la stazione appaltante è a conoscenza e può adeguatamente dimostrare che lo stesso non ha ottemperato agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali non definitivamente accertati qualora tale mancato pagamento costituisca una grave violazione ai sensi rispettivamente del secondo o del quarto periodo".

(12) In tema v. S. Vinti, *Commento all'art. 80 (Motivi di esclusione) del Codice dei Contratti Pubblici*, in *Codice dei Contratti Pubblici – Commentario di dottrina e Giurisprudenza*, a cura di G.M. Esposito, Torino, 2017.

condizione da possedere durante tutta la fase successiva a valle della procedura di gara.

Quanto alle conseguenze, l'emissione di un DURC irregolare nella fase pubblicistica comporta l'esclusione dell'operatore ai sensi dell'art. 80, comma 4 e al contempo la sua segnalazione ad ANAC; qualora, invece, l'irregolarità emerga a seguito dell'aggiudicazione[13], l'affidatario perde la possibilità di sottoscrivere il contratto (art. 80, comma 6).

Nel caso in cui la violazione contributiva sia riscontrata in fase esecutiva, la stazione appaltante trattiene dal certificato di pagamento l'importo corrispondente all'inadempienza per il successivo versamento diretto agli enti previdenziali e assicurativi, compresa, nei lavori, la Cassa edile ai sensi dell'art. 30, comma 5, e art. 105, comma 9, d.lgs. n. 50 del 2016, salvo l'esercizio del diritto di recesso ai sensi dell'art. 109.

2. *Il concetto di gravità della violazione contributiva* . – Nell'attuale sistema normativo le violazioni contributive che determinano effetti escludenti automatici sono quelle definite gravi e definitivamente accertate[14] "rispetto agli obblighi relativi al pagamento

(13) Sulla possibilità di disporre l'esclusione dell'operatore anche a seguito dell'intervenuta aggiudicazione si v. Cons. St., Sez. V, 30 aprile 2020, n. 2776: "In tale quadro si può quindi dimostrare, come prima accennato, che i commi 4 e 6 dell'art. 80, codice dei contratti, costituiscono norme speciali poste a salvaguardia della stazione appaltante nell'avere un contraente privato cui non siano attribuibili mende nel campo fiscale e contributivo, ma soprattutto che tale situazione di regolarità permanga sempre, ossia dalla presentazione della domanda di partecipazione alla gara e fino a tutta la durata delle prestazioni contrattuali, quindi senza distinguere il momento dell'aggiudicazione, pur momento topico dell'intera procedura. [...] Vi è dunque da affermare, sulla scorta della sentenza n. 4039 del 2018, che il disposto dello stesso art. 80, comma 6, non consente di distinguere, ai fini dell'emissione del provvedimento di esclusione, diversi momenti della procedura di gara, imponendo perciò l'esclusione dal momento della presentazione della domanda ed a procedere anche dopo l'aggiudicazione e prima della stipulazione del contratto di appalto; ciò vuol dire che il principio che ne discende richiede che nell'intero svolgimento di una procedura di appalto pubblico, l'impresa è tenuta a mantenere la regolarità contributiva per tutto lo svolgimento della procedura senza soluzione di continuità".

(14) Cons. St., Sez. V, 2 luglio 2018, n. 4039: "Il testo dell'art. 80, comma 4, d.lgs. n. 50 del 2016 va interpretato, giusto il suo primo inciso, nel senso che, ai fini della legittima esclusione dalla gara, rilevano – fatta salva la deroga dell'ultimo inciso – le violazioni gravi, definitivamente accertate, consistenti nell'omesso pagamento dei contributi; a sua volta la previsione del penultimo inciso della medesima norma importa che siano qualificabili «gravi» tutte quelle «ostative al rilascio del documento unico di regolarità contributiva (DURC)», senza che possa essere attribuita portata normativa alcuna al richiamo dell'art. 8, che, in quanto riguardante altra fattispecie, è frutto di mero refuso. [...] I commi 4, ultimo inciso, e 6 dell'art. 80, d.lgs. n. 50 del 2016 vanno interpretati nel senso che il requisito della regolarità contributiva deve sussistere al momento della scadenza del termine per la presentazione della domanda e deve permanere per tutta la durata della procedura selettiva".

delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali, secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui sono stabiliti"[15].

La norma chiarisce cosa debba intendersi per violazioni definitivamente accertate collegandole all'adozione di sentenze o atti amministrativi non più soggetti ad impugnazione, affidando invece alla normazione secondaria la definizione del concetto di di "gravità" della violazione. Si precisa infatti nell'art. 80, comma 4, d.lgs. n. 50 del 2016 che: "costituiscono gravi violazioni in materia contributiva e previdenziale quelle ostative al rilascio del documento unico di regolarità contributiva (DURC), di cui al all'articolo 8 del decreto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali 30 gennaio 2015, pubblicato sulla *Gazzetta Ufficiale* n. 125 del 1° giugno 2015, ovvero delle certificazioni rilasciate dagli enti previdenziali di riferimento non aderenti al sistema dello sportello unico previdenziale". Il citato decreto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali del 30 gennaio 2015, n. 125[16] (entrato in vigore dal 1° giugno 2015) ha fissato la soglia di "gravità" in corrispondenza di un importo di soli 150 euro di scostamento tra le somme dovute e quelle versate a ciascun ente previdenziale ed a ciascuna Cassa edile[17].

Il mancato rilascio del DURC positivo da parte degli enti previdenziali comporta, dunque, "una presunzione *iuris et de iure* di gravità della violazione"[18], con l'effetto di precludere alla stazione

(15) Art. 80, comma 4, primo periodo, d.lgs. n. 50 del 2016.

(16) Il d.m. n. 127 del 2015 ha sostituito il previgente d.m. n. 279 del 2007, emanato in attuazione dell'art. 1, comma 1176, l. 27 dicembre 2006, n. 296 a tenore del quale: "Con decreto del Ministro del lavoro e della previdenza sociale, sentiti gli istituti previdenziali interessati e le parti sociali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, da emanare entro tre mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, sono definite le modalità di rilascio, i contenuti analitici del documento unico di regolarità contributiva di cui al comma 1175, nonché le tipologie di pregresse irregolarità di natura previdenziale ed in materia di tutela delle condizioni di lavoro da non considerare ostative al rilascio del documento medesimo. In attesa dell'entrata in vigore del decreto di cui al presente comma sono fatte salve le vigenti disposizioni speciali in materia di certificazione di regolarità contributiva nei settori dell'edilizia e dell'agricoltura".

(17) Art. *3*, comma 2, d.m. 30 gennaio 2015, n. 125: "Non si considera grave lo scostamento tra le somme dovute e quelle versate con riferimento a ciascuna Gestione nella quale l'omissione si è determinata che risulti pari o inferiore ad € 150,00 comprensivi di eventuali accessori di legge".

(18) La pronuncia dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato del 4 maggio 2012, n. 8 aveva posto fine a un contrasto giurisprudenziale in ordine alla sussistenza di un potere discrezionale in capo alla s.a. relativo alla valutazione della gravità dell'infrazione contributiva. Secondo un primo orientamento, alla pubblica amministrazione sarebbe riservata la valutazione, propriamente discrezionale, in ordine all'incidenza della violazione contributiva rispetto alla specifica procedura di affidamento. Secondo tale giurisprudenza è necessario tenere distinte da un lato la regolarità contributiva formale il cui accertamento spetta agli enti previdenziali e dall'altro lato la gravità di tale violazione ai fini della partecipazione ad una gara

appaltante la possibilità di svolgere qualsivoglia valutazione discrezionale in ordine alla gravità della violazione contributiva.

L'accertamento della regolarità contributiva sembra, dunque, strettamente legato alle risultanze delle interrogazioni delle banche dati e parrebbe, tuttora, non lasciare alcun margine di valutazione in capo alla stazione appaltante, che si dovrebbe limitare ad acquisire la certificazione rilasciata dall'ente pubblico[19].

---

ad evidenza pubblica che spetta alla s.a. (Cons. St., Sez. V, 16 settembre 2011, n. 5186; Cons. St., Sez. V, 30 giugno 2011, n. 3912; Cons. St., Sez. IV, 24 febbraio 2011, n. 1228; Cons. St., Sez. V, 3 febbraio 2011, n. 789; Cons. St., Sez. V, 11 gennaio 2011, n. 83; Cons. St., Sez. V, 27 dicembre 2010, n. 9398; Cons. St., Sez. IV, 15 settembre 2010, n. 6907; Cons. St., Sez. V, 30 settembre 2009, n. 5896; Cons. St., Sez. VI, 4 agosto 2009, nn. 4905 e 4907). Secondo un diverso orientamento, la valutazione in ordine alla gravità dell'irregolarità contributiva ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. *i*, d.lgs. n. 163 del 2006 (ora art. 80, comma 4, d.lgs. n. 50 del 2016) spetta esclusivamente agli enti previdenziali le cui certificazioni si impongono alle stazioni appaltanti che non possono sindacarne il contenuto (Cons. St., Sez. V, 12 ottobre 2011, n. 5531; Cons. St., Sez. IV, 12 aprile 2011, n. 2284; Cons. St., Sez. IV, 15 settembre 2010, n. 6907; Cons. St., Sez. V, 24 agosto 2010, n. 5936; Cons. St., Sez. VI, 6 aprile 2010, n. 1934; Cons. St., Sez. V, 19 novembre 2009, n. 7255; Cons. St., Sez. V, 19 novembre 2009, n. 5771, (ordinanza); Cons. St., Sez. IV, 12 marzo 2009, n. 1458; Cons. St., Sez. IV, 10 febbraio 2009, n. 1458; Cons. St., Sez. V, 17 ottobre 2008, n. 5069; Cons. St., Sez. V, 23 gennaio 2008, n. 147). Sul punto, è intervenuta l'Adunanza plenaria del Cons. St., n. 8 del 2012 che ha statuito che: " il d.l. n. 70 del 2011 senza modificare formalmente l'art. 38, comma 1, lett. *l* del d. lg. n. 163 del 2006, ha inserito nel comma 2 dell'art. 38 una previsione volta a dare rilevanza al DURC e ad escludere ogni discrezionalità della stazione appaltante nella valutazione della gravità delle violazioni previdenziali e assistenziali. In particolare, ai fini del comma 1, lett. *i*, dell'art. 38, si intendono gravi le violazioni ostative al rilascio del documento unico di regolarità contributiva di cui all'art. 2, comma 2, d.l. 25 settembre 2002, n. 210 convertito in l. 22 novembre 2002, n. 266. Pertanto, dopo la novella legislativa resta definitivamente chiarito che la mancanza di DURC comporta una presunzione legale *iuris et de iure* di gravità delle violazioni previdenziali. Tale previsione è stata introdotta dal d.l. n. 70 del 2011 e non è stata toccata dalla legge di conversione, per cui è in vigore dal 14 maggio 2011. [...] Si deve in conclusione esprimere il seguente principio di diritto: "ai sensi e per gli effetti dell'art. 38, comma 1, lett. *i*, d.lgs. n. 163 del 2006, anche nel testo vigente anteriormente al d.l. n. 70 del 2011, secondo cui costituiscono causa di esclusione dalle gare di appalto le gravi violazioni alle norme in materia previdenziale e assistenziale, la nozione di «violazione grave» non è rimessa alla valutazione caso per caso della stazione appaltante, ma si desume dalla disciplina previdenziale, e in particolare dalla disciplina del documento unico di regolarità contributiva; ne consegue che la verifica della regolarità contributiva delle imprese partecipanti a procedure di gara per l'aggiudicazione di appalti con la pubblica amministrazione è demandata agli istituti di previdenza, le cui certificazioni (DURC) si impongono alle stazioni appaltanti, che non possono sindacarne il contenuto".

(19) Sulla questione legata alla discrezionalità valutativa in capo alla pubblica amministrazione in ordine alla gravità dell'irregolarità contributiva v. *supra,* nt. 16. Di recente, cfr. TAR Calabria, Reggio Calabria, Sez. I, 7 ottobre 2021, n. 765: "Sul primo versante, la giurisprudenza ha infatti avuto modo di affermare che la mancanza di un DURC regolare «comporta una presunzione legale, *juris et de jure*, di gravità, che obbliga la stazione appaltante ad estromettere il concorrente dalla procedura evidenziale, senza poterne sindacare, nel merito, il contenuto»

La ragione di ancorare la regolarità contributiva a parametri oggettivi e predeterminati risiede nell'obiettivo di garantire l'affidabilità, la diligenza e la serietà dell'operatore nei confronti dei suoi dipendenti e dell'amministrazione, offrendo al contempo uno strumento in grado di garantire la parità di trattamento tra i concorrenti e la certezza del diritto, senza soggiacere a valutazioni discrezionali di sorta.

Il meccanismo, tuttavia, preclude ogni possibilità di tener conto di altri parametri che potrebbero pur essere ragionevolmente impiegati per vagliare l'effettiva inaffidabilità dell'operatore economico[20].

Oltre a porsi in possibile distonia con il principio di proporzionalità[21], la previsione di un siffatto limite incide su altri principi fondamentali che ruotano attorno al mercato europeo: la massima apertura concorrenziale, la libertà di stabilimento e la libera prestazione dei servizi *ex* artt. 49, 56 e 101, TFUE.

(Cons. St., Sez. V, 19 febbraio 2019, n. 1141). Ciò in quanto le ipotesi di esclusione previste dall'art. 80, comma 4, essendo di natura obbligatoria ed ancorate ad un automatismo, non lasciano alcun margine di discrezionalità valutativa in capo alla stazione appaltante, affidando il vaglio di inaffidabilità dell'operatore economico all'ente previdenziale cui spetta l'accertamento della gravità e della definitività delle irregolarità accertate sulla base della disciplina previdenziale di riferimento, imponendosi pertanto l'esclusione dalla gara quale esito obbligatorio e vincolato (Cons. St., Sez. IV, 28 gennaio 2021, n. 849)".

(20) Siffatto meccanismo risulterebbe di dubbia compatibilità con il principio di uguaglianza sostanziale di cui all'art. 3, comma 2, Cost. Secondo tale principio la "vera" (*rectius* sostanziale) uguaglianza non impone che il contenuto delle disposizioni normative debba essere identico per tutti i destinatari, ma impone che situazioni analoghe siano trattate in modo analogo e che, viceversa, situazioni diverse siano diversamente disciplinate. Sul punto L.C. Natali, *Tutela della libertà d'impresa nell'ordinamento nazionale, comunitario e nella Carta di Nizza*, in *I Contratti*, 2004, 7, p. 729-741. L'autore rileva come il giudice europeo ha più volte riconosciuto il principio di uguaglianza sostanziale come principio fondamentale dell'ordinamento europeo (*ex multis* Corte giust. CE, Sez. VI, 13 aprile 2000, C-292/97, cit., punto 39; 17 aprile 1997, C-15/95, cit., punto 35; 20 settembre 1988, C-203/86, Spagna/Consiglio, in *Racc*., 1988, 4563, punto 25); l'uguaglianza sostanziale è, peraltro, obiettivo generale dell'azione comunitaria (art. 3, § 2, TCE), oltre che di specifiche politiche della CE (art. 13, TCE). In tema si v. anche C. Franchini, *I principi dell'organizzazione amministrativa comunitaria*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2002, 3, p. 651-682.

(21) Tale principio viene puntualmente richiamato dal considerando n. 1, Direttiva 2014/24 ai sensi del quale: "L'aggiudicazione degli appalti pubblici da o per conto di autorità degli Stati membri deve rispettare i principi del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) e in particolare la libera circolazione delle merci, la libertà di stabilimento e la libera prestazione di servizi, nonché i principi che ne derivano, come la parità di trattamento, la non discriminazione, il mutuo riconoscimento, la proporzionalità e la trasparenza. Tuttavia, per gli appalti pubblici con valore superiore ad una certa soglia è opportuno elaborare disposizioni per coordinare le procedure nazionali di aggiudicazione degli appalti in modo da garantire che a tali principi sia dato effetto pratico e che gli appalti pubblici siano aperti alla concorrenza". Sul punto v. A. Barone, R. Dagostino, *L'affidamento dei contratti pubblici: modalità e principi comuni*, in a cura di A. Barone, *Cittadini, Imprese e pubbliche funzioni*, Bari, 2018.

Se la *ratio* sottesa alla previsione codicistica risiedesse nella volontà di evitare che la pubblica amministrazione contratti con soggetti inaffidabili, allora il concetto di inadempimento contributivo rilevante ai fini dell'esclusione dovrebbe più concretamente considerare anche la dimensione aziendale e il processo di genesi dell'irregolarità[22] (che può essere collegato a errori od omissioni non imputabili al management dell'azienda, bensì a soggetti incaricati delle incombenze connesse ai rapporti con gli enti previdenziali es. commercialisti, consulenti del lavoro, ecc.).

Il principio di proporzionalità ribadito nell'art. 57, Direttiva 2014/24UE imporrebbe di tenere in debita considerazione la complessiva affidabilità e solidità finanziaria del concorrente, attribuendo rilievo sia all'importo della violazione contributiva in relazione alla complessiva solidità economico finanziaria del concorrente, sia all'intervenuto ravvedimento operoso.

Queste perplessità non sono nuove. La questione relativa alla compatibilità europea della disciplina nazionale è stata già sollevata dal giudice amministrativo[23] sotto la vigenza del previgente

---

(22) Sul problema del rapporto tra discrezionalità e vincolo nella disciplina degli appalti pubblici v. già M. Clarich, *La legge Merloni quater tra instabilità e flessibilità*, in *Corr. giur.*, 2002, p. 1401 ss., che parla di: "difficoltà di trovare un equilibrio tra due ordini di valori irrinunciabili, ma in parte confliggenti: rigore, trasparenza, imparzialità, da un lato; flessibilità, informalità, celerità delle procedure dall'altro. Mentre il primo ordine di valori tende a favorire regole rigide tali da garantire al massimo grado la par condicio tra le imprese che aspirino a stipulare il contratto con l'amministrazione appaltante il secondo al contrario, tende a strutturare le procedura ad evidenza pubblica, per quanto possibile, sulla falsariga delle contrattazioni tra soggetti privati che avvengono, com'è noto, su basi di informalità o di regole interne che ciascun contraente si dà in base al particolare tipo di organizzazione". In argomento, v. anche S. Vinti, *I garbugli della nuova disciplina delle esclusioni nel nuovo Codice Appalti*, in *Giustamm.it*, 2, 2017; G. D. Comporti, *Introduzione: dal potere discrezionale alle scelte negoziali*, in a cura di G. D. Comporti, *Le gare pubbliche: il futuro di un modello*, Napoli, 2011, p. 1 ss.

(23) Con l'ordinanza del 12 luglio 2012, n. 1969, il TAR Lombardia, Milano, Sez. III, ha sollevato questione pregiudiziale dinanzi alla Corte di giustizia dell'Unione europea, ai sensi dell'art. 267, TFUE, in relazione alla compatibilità comunitaria *ex* artt. 49, 56 e 101, TFUE della previsione di cui all'art. 38, comma 2, d.lgs. n. 163 del 2006 nella parte in cui qualificava come grave una violazione contributiva, definitivamente accertata, quando il suo importo eccedeva il valore di €100,00 ed era contemporaneamente superiore al 5% dello scostamento tra le somme dovute e quelle versate con riferimento a ciascuno periodo di paga o di contribuzione. Con tale ordinanza il TAR ha cercato di superare il principio di diritto affermato da Cons. St., Ad. plen., n. 8 del 2012 secondo cui: "la nozione di «violazione grave» non è rimessa alla valutazione caso per caso della stazione appaltante, ma si desume dalla disciplina previdenziale, e in particolare dalla disciplina del documento unico di regolarità contributiva; ne consegue che la verifica della regolarità contributiva delle imprese partecipanti a procedure di gara per l'aggiudicazione di appalti con la pubblica amministrazione è demandata agli istituti di previdenza, le cui certificazioni (DURC) si impongono alle stazioni appaltanti, che non possono sindacarne il contenuto".

codice dei contratti pubblici. Si sosteneva che la normativa di cui all'art. 38, comma 2, d.lgs. n. 163 del 2006 fosse in contrasto con il principio di proporzionalità e di parità di trattamento. Da un lato, l'irrisorietà della violazione commessa precludeva alla stazione appaltante di apprezzare in concreto l'affidabilità di un concorrente e dall'altro conduceva a trattare in modo uguale situazioni profondamente diverse[24].

Interrogato, il giudice europeo concluse per la compatibilità della disciplina italiana rispetto ai principi dettati dall'allora vigente normativa[25]. Secondo la Corte, la previsione di un importo minimo di rilevanza per l'inadempimento contributivo costituisce un'attenuazione del criterio di esclusione previsto dall'art. 45, § 2, lett. *e*, Direttiva di riferimento che al contrario non prevedeva alcuna soglia minima sanzionando, pertanto, qualsiasi tipo di violazione contributiva indipendentemente dall'entità dell'importo[26].

Eppure, la Corte giust. UE ha sempre applicato con un certo

---

(24) Si legge nell'ordinanza di rimessione n. 1969 del 2012 cit.: "Il Tribunale dubita della proporzionalità e della ragionevolezza del criterio dettato dall'art. 38, comma 2, perché il dato meramente quantitativo dell'importo della violazione commessa (superiore a 100,00 euro) e della sua eccedenza rispetto al 5% dello scostamento tra le somme dovute e quelle versate non integra un indice significativo dell'inaffidabilità dell'impresa rispetto alla specifica procedura di gara. Si tratta, infatti, di un criterio astratto, che non si modella sulle caratteristiche della singola gara, in relazione al suo oggetto e al suo valore concreto, né sulla struttura dell'impresa che ha commesso la violazione, in relazione al suo fatturato e alla sua capacità economica e finanziaria. Ciò conduce a delle conseguenze irragionevoli e non coerenti con il principio di proporzionalità, perché l'affidabilità di un concorrente può essere apprezzata solo in concreto, ossia tenendo conto delle caratteristiche specifiche dell'appalto da aggiudicare e delle caratteristiche specifiche della singola impresa. [...] Ne deriva che l'art. 38, comma 2, conduce a trattare in modo uguale situazioni profondamente diverse, così da risultare inidoneo a palesare l'inaffidabilità del concorrente che si è reso responsabile di una violazione contributiva".

(25) Sul punto v. *supra*, nt. 8.

(26) In Francia, ad esempio, non è prevista alcuna soglia di punibilità. Sul punto l'articolo L2141-2 del *Code de la Commande Publique* (*ordonnance n° 2018-1074 du 26 novembre 2018 et du decret n° 2018-1075 du 3 decembre 2018*) stabilisce: "Sont exclues de la procédure de passation des marchés les personnes qui n'ont pas souscrit les déclarations leur incombant en matière fiscale ou sociale ou n'ont pas acquitté les impôts, taxes, contributions ou cotisations sociales exigibles. La liste de ces impôts, taxes, contributions ou cotisations sociales est fixée par un arrêté du ministre chargé de l'économie annexé au présent code. Cette exclusion n'est pas applicable aux personnes qui, avant la date à laquelle l'acheteur se prononce sur la recevabilité de leur candidature, ont, en l'absence de toute mesure d'exécution du comptable ou de l'organisme chargé du recouvrement, acquitté lesdits impôts, taxes, contributions et cotisations ou constitué des garanties jugées suffisantes par le comptable ou l'organisme chargé du recouvrement, ou, à défaut, ont conclu et respectent un accord contraignant avec les organismes chargés du recouvrement en vue de payer les impôts, taxes, contributions ou cotisations, ainsi que les éventuels intérêts échus, pénalités ou amendes". L'articolo citato si trova al seguente indirizzo: *www.legifrance.gouv.fr/*.

rigore il principio di proporzionalità che in questo campo sembra vacillare vistosamente [27].

Sul punto è la medesima Direttiva che abilita gli Stati membri a prevedere una deroga alle ipotesi di esclusione per irregolarità contributiva nei casi in cui l'irrogazione della sanzione espulsiva sarebbe "chiaramente sproporzionata". Tra le ipotesi di "sproporzione" sono menzionate quelle caratterizzate dall'omesso versamento di "piccoli importi di imposte o contributi previdenziali"[28]. Si tratta, tuttavia, di una facoltà che il legislatore domestico ha senz'altro omesso di cogliere.

3. *La tormentata nozione di violazione contributiva non definitivamente accertata: le novità del cosiddetto decreto "Semplificazioni".* – Il sistema di verifica delle regolarità contributiva operante per il tramite del DURC non fornisce indicazioni in merito al grado di accertamento (definitivo o non definitivo) del debito o della irregolarità riscontrata[29].

---

(27) Cfr. *ex multis*: Corte giust. UE, Sez. IV, 19 maggio 2009, C- 538/07; Corte giust. UE, Sez.IX 23 dicembre 2009, C- 376/08. In tali occasioni la Corte non ha esitato a censurare la normativa italiana per violazione del principio di proporzionalità. Nella prima pronuncia (C-538/07) la Corte dichiarava l'illegittimità dell'art. 34, comma ult., d.lgs. n. 163 del 2006 che sanzionava con l'esclusione la partecipazione simultanea alla gara per le imprese che si trovassero fra loro in rapporto di controllo in quanto determinando una presunzione assoluta di reciproca influenza senza lasciare alcuna possibilità alle imprese di fornire prova negativa violava il principio di proporzionalità. Nella seconda pronuncia (C-376/08) i giudici di Lussemburgo rilevavano il contrasto tra i principi europei e l'art. 36, comma 5, d.lgs. n. 163 del 2006 nella parte in cui prevedeva l'esclusione automatica dalla partecipazione ad una procedura di aggiudicazione nei confronti di un consorzio stabile quando le imprese che ne erano membri avessero presentato offerte concorrenti a quelle di detto consorzio nell'ambito della procedura, quand'anche l'offerta di detto consorzio non fosse stata presentata per conto e nell'interesse di tali imprese. Siffatta norma rilevava il giudice europeo risultava: "in contrasto con l'interesse comunitario a che sia garantita la partecipazione più ampia possibile di offerenti ad una gara d'appalto e va oltre quanto necessario per raggiungere l'obiettivo consistente nel garantire l'applicazione dei principi di parità di trattamento e di trasparenza". In tema cfr. S. Vinti, *La funzione di controllo sulla qualificazione delle imprese nelle procedure ad evidenza pubblica*, in *Trattato dei contratti* a cura di P. Rescigno, E. Gabrielli, Torino, 2010.

(28) Art. *57*, § 3, secondo periodo, Direttiva 2014/24/UE: "gli Stati membri possono inoltre prevedere una deroga alle esclusioni obbligatorie di cui al § 2 nei casi in cui un'esclusione sarebbe chiaramente sproporzionata, in particolare qualora non siano stati pagati solo piccoli importi di imposte o contributi previdenziali o qualora l'operatore economico sia stato informato dell'importo preciso dovuto a seguito della sua violazione degli obblighi relativi al pagamento di imposte o di contributi previdenziali in un momento in cui non aveva la possibilità di prendere provvedimenti in merito, come previsto al § 2, terzo comma, prima della scadenza del termine per richiedere la partecipazione ovvero, in procedure aperte, del termine per la presentazione dell'offerta".

(29) Il d.m. n. 125 del 2015 non fornisce alcuna indicazione sul carattere definitivo o meno della violazione contributiva richiesta dalla normativa pubblicistica di

Le Direttive europee, da tempo, avevano imposto agli Stati membri di individuare oltre alle ipotesi di esclusione obbligatoria per le irregolarità contributive cosiddette definitivamente accertate, anche ipotesi di esclusioni facoltative, in tutti quei casi in cui la stazione appaltante fosse comunque venuta a conoscenza della situazione di irregolarità contributiva o fiscale dell'operatore economico.

Sul tema della irregolarità contributiva il sistema domestico ha sempre imposto l'operatività di un sistema espulsivo in grado di sanzionare anche irregolarità non definitivamente accertate(30).

---

cui all'art. 80, comma 4, d.lgs. n. 50 del 2016 limitandosi a definire il solo concetto di gravità della violazione contributiva ai sensi dell'art. 3. Né può attribuirsi rilievo ai fini della definitività dell'accertamento al cosiddetto preavviso di DURC negativo di cui al successivo art. 4 che come chiarito dalla pronuncia dell'Adunanza plenaria del Consiglio Stato n. 5 del 2016 opera solo nel rapporto tra ente previdenziale e singola impresa e non nei confronti della pubblica amministrazione. Pertanto, rileva il Massimo Consesso, l'operatore deve: "essere in regola con l'assolvimento degli obblighi previdenziali ed assistenziali fin dalla presentazione dell'offerta e conservare tale stato per tutta la durata della procedura di aggiudicazione e del rapporto con la stazione appaltante, risultando dunque irrilevante un eventuale adempimento tardivo dell'obbligazione contributiva". Diversamente opinando si consentirebbe un'illegittima regolarizzazione postuma della posizione contributiva in violazione dei principi di *par conditio* e continuità nel possesso dei requisiti soggettivi senza soluzione di continuità durante tutta la procedura di gara sin dal termine di scadenza di presentazione dell'offerta.

(30) Sul punto giova precisare come il dettato normativo di cui all'art. 80, comma 4 del codice, prima delle recenti modifiche normative ad opera dell'art. 8, comma 5, lett. *b*, d.l. n. 76 del 2020 e dell'art. 10, l. n. 238 del 2021 prevedeva l'esclusione dell'operatore economico solo in caso di violazioni gravi e definitivamente accertate contenute in sentenze ovvero in atti amministrativi non più soggetti ad impugnazione. Tuttavia, l'orientamento maggioritario della giurisprudenza ha nei fatti riconosciuto portata escludente anche alle violazioni contributive non definitivamente accertate impugnate tempestivamente dinanzi al giudice del lavoro ai sensi degli artt. 442 ss., cod. proc. civ. Sul punto v. di recente Cons. St., Sez. IV, 28 gennaio 2021, n. 849: "la mancanza di un DURC regolare comporta una presunzione legale, juris et de jure, di gravità, che obbliga la stazione appaltante ad estromettere il concorrente dalla procedura evidenziale, senza poterne sindacare, nel merito, il contenuto. [...]. Le ipotesi di esclusione previste dall'art. 80, comma 4, essendo di natura obbligatoria ed ancorate ad un automatismo, non lasciano alcun margine di discrezionalità valutativa in capo alla stazione appaltante, affidando il vaglio di inaffidabilità dell'operatore economico all'ente previdenziale cui spetta l'accertamento della gravità e della definitività delle irregolarità accertate sulla base della disciplina previdenziale di riferimento, imponendosi pertanto l'esclusione dalla gara quale esito obbligatorio e vincolato" (cfr. Cons. St., Sez. V, 5 giugno 2018, 3385). Pertanto, l'unica soluzione percorribile per l'operatore sarebbe rappresentata dall'impugnazione in via incidentale del DURC dinanzi al g.a in quanto secondo Cons. St., Sez. V, 5 giugno 2018, n. 3385: "atto presupposto del provvedimento di esclusione dalla gara. Se dunque la mera presenza di un DURC negativo obbliga l'amministrazione ad escludere l'impresa interessata, senza poterne sindacare il contenuto, coerentemente deve riconoscersi che non possa che essere rimesso alla cognizione del giudice amministrativo l'accertamento in via incidentale (ai sensi dell'art. 8 cod. proc. amm.) della regolarità del DURC, ed anche della definitività dell'accertamento previdenziale". Di segno contrario un'isolata pronuncia del TAR

Viceversa, sul piano delle irregolarità fiscali il sistema italiano ha per molti anni dato rilevanza esclusivamente alle irregolarità definitivamente accertate[31] con provvedimenti inoppugnati o confermati da sentenze passate in giudicato.

Lazio, Roma, Sez. II, 27 aprile 2017, n. 4939 che ha escluso la natura definitiva dell'irregolarità contributiva in quanto: "la giurisprudenza ha avuto modo di chiarire che nelle gare d'appalto un'irregolarità contributiva può ritenersi definitivamente accertata solo quando, alla data di scadenza del termine di proposizione delle domande di partecipazione alla gara, siano scaduti i termini per la contestazione dell'infrazione ovvero siano stati respinti i mezzi di gravame proposti avverso la medesima (Cons. St., Sez. V, 26 luglio 2016, n. 3375; Cons. St., Sez. V, 30 giugno 2011, n. 3912). In tale prospettiva, la Corte di giustizia dell'Unione europea, nella sentenza della Prima Sezione del 9 febbraio 2006, resa nei procedimenti riuniti C-226/04 e C-228/04, al § 38, ha posto in rilievo che: «gli effetti della presentazione di un ricorso amministrativo o giurisdizionale sono strettamente collegati all'esercizio e alla salvaguardia dei diritti fondamentali relativi alla tutela giurisdizionale, il cui rispetto è anch'esso assicurato dall'ordinamento giuridico comunitario. Una normativa nazionale che ignorasse totalmente gli effetti della presentazione di un ricorso amministrativo o giurisdizionale sulla possibilità di partecipare ad una procedura di aggiudicazione di appalto rischierebbe di violare i diritti fondamentali degli interessati». Ne consegue che, una volta rilasciato dall'INPS un DURC negativo la contestazione dello stesso in sede giurisdizionale, ove tale contestazione non risulti *ictu oculi* pretestuosa, deve ritenersi tale da precludere il venire in essere dell'ipotesi di esclusione di cui all'art. 38, comma 1, lett. *i*, d.lgs. n. 163 del 2006 in quanto, essendo *sub iudice*, la grave violazione contributiva non può dirsi definitivamente accertata. In buona sostanza, se costituisce principio ormai consolidato, a partire dalla richiamata sentenza dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 8 del 2012 che la verifica della regolarità contributiva delle imprese partecipanti a procedure di gara per l'aggiudicazione di appalti con la pubblica amministrazione è demandata agli istituti di previdenza, le cui certificazioni (DURC) si impongono alle stazioni appaltanti, che non possono sindacarne il contenuto, deve però al contempo ritenersi che la stazione appaltante, in presenza di un ricorso giurisdizionale, che non sia palesemente pretestuoso, avverso il DURC negativo, non può procedere alla legittima esclusione del concorrente in quanto la grave violazione non può dirsi definitivamente accertata. Infatti, il principio cardine del sistema degli appalti pubblici è il favor partecipationis, per cui le norme che escludono la partecipazione dell'impresa alla gara debbono essere interpretate con il dovuto rigore al fine di non compromettere gli interessi pubblici – di individuazione della migliore offerta ai fini della più razionale spesa del danaro pubblico e di tutela della libertà di concorrenza al fine del corretto funzionamento del mercato – la cui tutela costituisce la finalità cui è preordinato l'ordinamento di settore".

(31) Sul punto TAR Lombardia, Milano, Sez. I, 4 marzo 2019, n. 448: "L'art. 80, comma 4, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, testualmente prescrive, per quel che qui interessa, che: «Un operatore economico è escluso dalla partecipazione a una procedura d'appalto se ha commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali, secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui sono stabiliti. Costituiscono gravi violazioni quelle che comportano un omesso pagamento di imposte e tasse superiore all'importo di cui all'articolo 48 *bis*, commi 1 e 2 *bis*, decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 602. Costituiscono violazioni definitivamente accertate quelle contenute in sentenze o atti amministrativi non più soggetti ad impugnazione». Rilevanti, comeché integranti la causa di esclusione normativamente contemplata, si appalesano le violazioni: - gravi; - definitivamente accertate. Le violazioni degli obblighi relativi al pagamento di imposte e tasse si

Il tema è emerso nella procedura di infrazione n. 2273 del 2018 avviata dalla Commissione europea il 24 gennaio 2019, a seguito della constatazione del mancato recepimento da parte della normativa italiana delle ipotesi facoltative di esclusione previste dalle Direttive n. 2014/23/UE e n. 2014/24/UE[32].

Per far fronte alle contestazioni della Commissione si è inizialmente intervenuti con il cosiddetto decreto "Sblocca cantieri" (d.l. 18 aprile 2019, n. 32) che, per la prima volta, ha cercato di recepire i richiami della Commissione.

Formulate diverse proposte emendative, la norma fu poi espunta in sede di conversione (l. 14 giugno 2019, n. 55).

Il legislatore domestico è poi successivamente tornato sul tema con l'art. 8, comma 5, lett. *b*, d.l. 16 luglio 2020, n. 76 (convertito in l. 11 settembre 2020, n. 120)[33] che ha modificato il quinto periodo del comma 4 dell'art. 80 del codice dei contratti pubblici, riconoscendo alle stazioni appaltanti il potere discrezionale di escludere dalla partecipazione ad una procedura ad evidenza pubblica un operatore economico anche nell'ipotesi in cui quest'ultimo non

---

considerano «definitivamente accertate» allorquando rivengono da sentenze passate in giudicato, ovvero da atti amministrativi inoppugnabili (perché non tempestivamente gravati). È questo il caso: – della cartella di pagamento emessa a seguito di avviso di accertamento non impugnato ovvero confermato all'esito del giudizio; – ovvero della cartella di pagamento che, pur costituendo il primo atto con il quale si manifesta la pretesa impositiva, non sia stata tempestivamente impugnata" (si v. anche TAR Campania, Napoli, Sez. I, 11 novembre 2019, n. 5341; Cons. St., Sez. V, 3 aprile 2018, n. 2049; Cons. St., Sez. V, 10 agosto 2017, n. 398; cfr. Cons. St., Sez. V, 3 aprile 2018, n. 2049; Cons. St., Sez. V, 10 agosto 2017, n. 3985).

(32) Il codice dei contratti pubblici italiano era stato ritenuto dalla Commissione Europea in violazione delle direttive, proprio in quanto non consentiva: "di escludere un operatore economico che ha violato gli obblighi relativi al pagamento di imposte o contributi previdenziali qualora tale violazione – pur non essendo stata stabilita da una decisione giudiziaria o amministrativa avente effetto definitivo – possa essere comunque adeguatamente dimostrata dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore".

(33) La nuova formulazione della disposizione di cui all'art. 80, comma 4, codice è frutto di quanto statuito dalla Commissione europea nella procedura di infrazione n. 2018 del 2273 avviata nei confronti dell'Italia con lettera del 24 gennaio 2019. La Commissione contestava la normativa italiana nella parte in cui non si uniformava al dettato dell'art. 38, § 5, secondo comma e art. 57, § 2, secondo comma rilevando che: "Tuttavia, l'articolo 80, comma 4, del decreto legislativo 50 del 2016 non è conforme alle suddette disposizioni della Direttiva 2014/23/UE e della Direttiva 2014/24/UE in quanto non consente di escludere un operatore economico che ha violato gli obblighi relativi al pagamento di imposte o contributi previdenziali qualora tale violazione – pur non essendo stata stabilita da una decisione giudiziaria o amministrativa avente effetto definitivo – possa essere comunque adeguatamente dimostrata dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore. Pertanto, la Commissione conclude che l'articolo 80, comma 4, del decreto legislativo 50 del 2016 viola l'articolo 38, § 5, secondo comma, Direttiva 2014/23/UE e l'articolo 57, § 2, secondo comma, Direttiva 2014/24/UE".

abbia ottemperato agli obblighi relativi al pagamento di imposte e tasse o di contributi previdenziali "non definitivamente accertati qualora tale mancato pagamento costituisca una grave violazione ai sensi rispettivamente del secondo o del quarto periodo".

I primi commentatori(34) hanno evidenziato come la norma non indichi propri parametri in base ai quali condurre la valutazione e tanto creerebbe dei rischi di arbitrio(35).

---

(34) Sul punto si v. M. Villani, A. Villani, *Prime criticità del Decreto Semplificazione in materia di appalti pubblici*, in *La Nuova Procedura Civile*, 4, 2020, p. 9. Gli autori nel censurare la normativa italiana, come da ultimo modificata dall'art. 8, comma 5, lett. *b* d.l. n. 76 del 2020, rilevano che: "Nella nuova formulazione dell'art. 80, comma 4, quinto periodo, d.lgs. n. 50 del 2016, la novella normativa mira a superare la contestazione sollevata con la procedura di infrazione n. 2018 del 2273, andando ben oltre il disposto contenuto nelle suddette direttive comunitarie dove non si menziona minimamente alle irregolarità non definitive. Orbene, l'art. 80, comma 4, d.lgs. n. 50 del 2016 nel testo finora vigente, non consentiva di escludere un operatore economico che ha violato gli obblighi relativi al pagamento di imposte o contributi previdenziali qualora tale violazione, non sia stata prima accertata da una decisione giudiziaria o amministrativa avente effetto definitivo. Viceversa, il nuovo comma 4 dell'art. 80, d.lgs. n. 50 del 2016, così come riformato dal decreto Semplificazioni, introduce, sebbene ciò non fosse testualmente previsto dal legislatore europeo, il riferimento anche alle irregolarità fiscali «non definitivamente accertate». Infatti, né le Direttive europee n. 2014/23/UE e 2014/24/UE né la procedura d'infrazione contengono alcun riferimento diretto ed esplicito alle violazioni «non definitivamente accertate». Tutt'al più quello che la procedura d'infrazione si limita a prevedere è che la violazione dell'obbligo di pagamento può anche non «essere stabilita da una decisione giudiziaria o amministrativa avente effetto definitivo». Ciò però non significa necessariamente che la violazione dell'obbligo di pagamento debba provenire da «provvedimenti non definitivi», condizione questa inserita solo dal legislatore italiano. In conclusione, l'introduzione di tale inciso «non definitivamente accertati» non può ritenersi conforme alla Direttiva del legislatore comunitario e, di conseguenza, va eliminato". Cfr. anche F. Bavetta, P. Melandro, *La regolarità fiscale dei concorrenti nel DL Semplificazioni, Criticità applicative e prime soluzioni per le stazioni appaltanti,* in *Appalti e Contratti*, 2020, p. 11-16; P. Antonini, *Appalti: la conversione del decreto Semplificazioni non disinnesca la "bomba" fiscale,* in *Ipsoa.it*, 2020; G. Ingrao, *Appalti pubblici e debiti fiscali collegati ad accertamenti non definitivi: margini ristretti per l' eventuale esclusione dell'operatore economico dalla procedura,* in *Rivista di diritto tributario*, 2020.

(35) Sul rispetto del principio di proporzionalità si v. di recente Corte giust. UE, Sez. IV, 19 giugno 2019, C- 41/18: "Se un'amministrazione aggiudicatrice dovesse essere automaticamente vincolata da una valutazione effettuata da un terzo, le sarebbe probabilmente difficile accordare un'attenzione particolare al principio di proporzionalità al momento dell'applicazione dei motivi facoltativi di esclusione. Orbene, secondo il considerando 101, Direttiva 2014/24, tale principio implica in particolare che, prima di decidere di escludere un operatore economico, una simile amministrazione aggiudicatrice prenda in considerazione il carattere lieve delle irregolarità commesse o la ripetizione di lievi irregolarità. Risulta quindi chiaramente, come rilevato dall'avvocato generale ai paragrafi 35 e 36 delle conclusioni, che il potere discrezionale degli Stati membri non è assoluto e che, una volta che uno Stato membro decide di recepire uno dei motivi facoltativi di esclusione previsti dalla Direttiva 2014/24, deve rispettarne gli elementi essenziali, quali ivi previsti. Precisando che gli Stati membri specificano «le condizioni di applicazione del presente articolo nel rispetto del diritto dell'Unione», l'articolo 57, § 7, Diretti-

3.1. *Le novità della legge europea 2019-2020.* – Con alcune importanti modifiche all'art. 80, comma 4, quinto periodo, d.lgs. n. 50 del 2016, la legge europea 2019 – 2020 (legge 23 dicembre 2021, n. 238) ha sovvertito il sistema previgente, fissando diversi parametri per l'esercizio dei poteri valutativi della s.a. con riguardo alle irregolarità di natura fiscale, lasciando, invece, sostanzialmente immutato il previgente sistema per le irregolarità contributive(36).

È mutata anzitutto la soglia di gravità. Se prima tale soglia coincideva con quella prevista per le violazioni definitive (*id est,* 5.000 euro in forza del rinvio all'articolo 48 *bis,* d.P.R. n. 602 del 1973), ora tale carattere di gravità dovrà essere stabilito da un apposito decreto del Ministro dell'economia e delle finanze (di concerto con il Ministro delle infrastrutture e della mobilità sostenibili e previo parere del Dipartimento per le politiche europee della Presidenza del Consiglio dei ministri) che, in ogni caso, dovranno essere correlate al valore dell'appalto e comunque di importo non inferiore a 35.000 euro"(37).

Un decreto attuativo dovrà, dunque, fissare i "paletti" all'operatività della norma, stabilendo una soglia, mai di importo inferiore ai 35.000 euro, comunque proporzionata al valore dell'appalto o ad altri valori ovvero ancora determinata secondo altre logiche(38).

---

va 2014/24 osta a che gli Stati membri snaturino i motivi facoltativi di esclusione stabiliti in tale disposizione o ignorino gli obiettivi o i principi ai quali è ispirato ciascuno di detti motivi".

(36) Art. 10, comma 1, lett. *c*, n. 2, l. 23 dicembre 2021, n. 238: "Un operatore economico può essere escluso dalla partecipazione a una procedura d'appalto se la stazione appaltante è a conoscenza e può adeguatamente dimostrare che lo stesso ha commesso gravi violazioni non definitivamente accertate agli obblighi relativi al pagamento di imposte e tasse o contributi previdenziali. Per gravi violazioni non definitivamente accertate in materia contributiva e previdenziale s'intendono quelle di cui al quarto periodo. Costituiscono gravi violazioni non definitivamente accertate in materia fiscale quelle stabilite da un apposito decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con il Ministro delle infrastrutture e della mobilità sostenibili e previo parere del Dipartimento per le politiche europee della Presidenza del Consiglio dei ministri, da emanare entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore delle disposizioni di cui al presente periodo, recante limiti e condizioni per l'operatività della causa di esclusione relativa a violazioni non definitivamente accertate che, in ogni caso, devono essere correlate al valore dell'appalto e comunque di importo non inferiore a 35.000 euro".

(37) Art. 10, comma 2, lett. *c*, l. 23 dicembre 2021, n. 238.

(38) Allo stato attuale non risulta essere stato emanato il decreto ministeriale nonostante sia ampliamente decorso il termine di adozione (1° aprile 2022) fissato dall'art. 10, comma 1, lett. *c* in 60 giorni dalla data di entrata in vigore della legge (avvenuta in data 1° febbraio 2022). L'importanza del provvedimento ministeriale è confermata dal dettato della disposizione richiamata in quanto è evidente che la nuova norma non sarà di fatto applicabile fin quando non verrà adottato il provvedimento attuativo. In tal senso, peraltro, milita il chiaro dato letterale che prevede espressamente che il decreto attuativo debba stabilire le "condizioni per l'operatività della causa di esclusione relativa a violazioni non definitivamente accertate".

Il medesimo decreto, si spera, dovrebbe anche fissare le "condizioni" per l'operatività della causa di esclusione per "irregolarità non definitive" e, dunque, riempire di significato tecnico il concetto di "obblighi di pagamento", colmando il vuoto più volte criticato dagli operatori del settore[39], in vigenza della novella apportata alla norma dal cosiddetto decreto "Semplificazioni".

L'atteso intervento riguarda, come detto, la nozione di "gravità" delle sole irregolarità fiscali, mentre nulla è stato previsto con riguardo alle irregolarità contributive non definitivamente accertate tuttora soggette a un sistema automatico che segue logiche difformi da quelle recentemente recepite sul versante fiscale.

4. *Il DURC di congruità.* – Di recente, con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali del 25 giugno 2021, n. 143, emanato in forza della previsione di cui all'art. 8, comma 10 *bis*, d.l. 16 luglio 2020, n. 76 (convertito in l. 11 settembre 2020, n. 120), è stata attribuita al DURC un'ulteriore funzione consistente nella individuazione degli indici di congruità della manodopera in rapporto al costo di un'opera o di un servizio in un contratto di appalto[40].

---

(39) Sul punto v. *supra*, nt. 36. Per una recente disamina delle principali novità in seguito all'entrata in vigore della legge europea n. 238/2021 v. P. Antonini, *Irregolarità fiscali non definitive ed esclusione dagli appalti: cambiano (finalmente) le regole*, in *Ipsoa.it*, 2022.

(40) In verità il DURC di congruità era originariamente previsto in via sperimentale dall'art. 1, comma 1173-1174, l. 27 dicembre 2006, n. 296 (legge finanziaria 2007) che stabiliva: "Al fine di promuovere la regolarità contributiva quale requisito per la concessione dei benefici e degli incentivi previsti dall'ordinamento, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, il Ministro del lavoro e della previdenza sociale procede, in via sperimentale, con uno o più decreti, all'individuazione degli indici di congruità di cui al comma 1174 e delle relative procedure applicative, articolati per settore, per categorie di imprese e per territorio, sentiti il Ministro dell'economia e delle finanze nonché i Ministri di settore interessati e le organizzazioni comparativamente più rappresentative sul piano nazionale dei datori di lavoro e dei lavoratori. Il decreto di cui al comma 1173 individua i settori nei quali risultano maggiormente elevati i livelli di violazione delle norme in materia di incentivi ed agevolazioni contributive ed in materia di tutela della salute e sicurezza dei lavoratori. Per tali settori sono definiti gli indici di congruità del rapporto tra la qualità dei beni prodotti e dei servizi offerti e la quantità delle ore di lavoro necessarie nonché lo scostamento percentuale dall'indice da considerare tollerabile, tenuto conto delle specifiche caratteristiche produttive e tecniche nonché dei volumi di affari e dei redditi presunti". Successivamente è intervenuto il d.lgs. 31 luglio 2007, n. 113 che ha introdotto all'art. 118 il comma 6 *bis* che recitava: "Al fine di contrastare il fenomeno del lavoro sommerso ed irregolare, il documento unico di regolarità contributiva è comprensivo della verifica della congruità della incidenza della mano d'opera relativa allo specifico contratto affidato. Tale congruità, per i lavori è verificata dalla Cassa Edile in base all'accordo assunto a livello nazionale tra le parti sociali firmatarie del contratto collettivo nazionale comparativamente più rappresentative per l'ambito del settore edile ed il Ministero del lavoro, della salute e delle politiche sociali". Con la l. 6 agosto 2008, n. 133 veniva disposta l'abrogazione dei commi 1173 e 1174 della l. n. 296

In altre parole, tale valutazione cerca di stabilire se la forza lavoro occupata per la realizzazione di un'opera o di un servizio sia coerente, sotto il profilo quantitativo e qualitativo, al valore della commessa, attraverso parametri ancorati a stime di incidenza percentuale minima del costo del lavoro(41).

L'attestazione di congruità è rilasciata dalla Cassa edile/edilcasa, territorialmente competente, entro dieci giorni dalla richiesta fatta dall'operatore economico o dal soggetto da esso delegato ovvero dal committente.

Nei lavori pubblici, la congruità dell'incidenza della manodopera sull'opera complessiva è richiesta dal committente o dall'impresa affidataria in occasione della presentazione dell'ultimo stato di avanzamento dei lavori, prima di procedere al saldo finale.

Qualora la Cassa edile, a cui è stata rivolta la richiesta, non rilevi la congruità dei costi invita l'impresa a regolarizzare la propria posizione contributiva entro il termine di 15 giorni attraverso il versamento presso l'ente previdenziale dell'importo corrispondente alla differenza del costo del lavoro necessaria per raggiungere la percentuale stabilita per il giudizio di congruità dell'inter-

---

del 2006. Con l'entrata in vigore del d.lgs. n. 50 del 2016 il DURC di congruità è stato disciplinato dall'art. 105, comma 16 ai sensi del quale: "Al fine di contrastare il fenomeno del lavoro sommerso e irregolare, il documento unico di regolarità contributiva è comprensivo della verifica della congruità della incidenza della mano d'opera relativa allo specifico contratto affidato. Tale congruità, per i lavori edili è verificata dalla Cassa edile in base all'accordo assunto a livello nazionale tra le parti sociali firmatarie del contratto collettivo nazionale comparativamente più rappresentative per l'ambito del settore edile ed il Ministero del lavoro e delle politiche sociali; per i lavori non edili è verificata in comparazione con lo specifico contratto collettivo applicato". In termini cfr. D. Cerioli, *Torna l'istituto della congruità: nel settore edile e negli appalti pubblici,* in *Lavoro Euroconference*, 2019. Sul punto, di recente è intervenuto il d.l. 31 maggio 2021, n. 77 (convertito in l. 29 luglio 2021, n. 108) che all'art. 49, comma 3, lett. *b* ha previsto l'obbligo in capo alle stazioni appaltanti di adottare: "il documento relativo alla congruità dell'incidenza della manodopera, di cui all'articolo 105, comma 16, del citato decreto legislativo n. 50 del 2016 e all'articolo 8, comma 10 *bis*, d.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla l. 11 settembre 2020, n. 120". L'art. 8, comma 10 *bis, d.l.* 16 luglio 2020, n. 76, inserito dalla legge di conversione dell'11 settembre 2020, n. 120, ha affidato al Decreto del Ministro del Lavoro la definizione degli indici di congruità. L'articolo prevede che: "Al Documento unico di regolarità contributiva è aggiunto quello relativo alla congruità dell'incidenza della manodopera relativa allo specifico intervento, secondo le modalità indicate con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, da adottare entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto [17 luglio 2020]". Tuttavia, solo in data 25 giugno 2021 è stato adottato il Decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, n. 143 che si occupa di definire un sistema di verifica della congruità dell'incidenza della manodopera impiegata nella realizzazione di lavori edili, in attuazione di quanto previsto dall'accordo collettivo del 10 settembre 2020 sottoscritto dalle organizzazioni più rappresentative per il settore edile.

(41) Cfr. tab. all. al d.m. n. 143 del 2021 cit. che rinvia all'accordo collettivo del 10 settembre 2020 siglato dalle parti sociali.

vento. L'impresa è ammessa a vincere la presunzione di irregolarità operante nel caso di mancato raggiungimento della soglia di congruità contributiva, mediante la dimostrazione del raggiungimento dell'indice di congruità attraverso voci di costo non registrate presso la Cassa edile[42].

Il novero delle funzioni attribuite al DURC è stato dunque ampliato ad aspetti che non sono solo quelli strettamente attinenti ai rapporti contributivi. Attraendo profili afferenti al rapporto tra i costi complessivi delle lavorazioni e i costi che l'appaltatore ha documentato di aver sostenuto per il pagamento delle maestranze, si interessa ora anche ai rapporti giuslavoristici in generale. Tanto, al fine di combattere il cosiddetto "lavoro nero" e l'impiego di manodopera irregolare[43].

5. *La natura giuridica del DURC e il riparto di giurisdizione.* – Tornando alla già discussa impossibilità per la stazione appaltante di valutare autonomamente le risultanze ottenute attraverso il DURC, e dunque di sindacare la gravità dell'inadempimento contributivo, è bene dire che essa parrebbe discendere dalla classificazione come atto di certificazione[44] che, da sempre, la giurisprudenza ha riconosciuto a tale documento[45].

Il documento contributivo rientra all'interno della categoria degli atti amministrativi[46] cosiddetti dichiarativi che si sostanziano in dichiarazioni di scienza assistite da pubblica fede, *ex* art. 2700 del codice civile, con i quali l'amministrazione dichiara l'esisten-

(42) Si pensi a titolo meramente esemplificativo ai costi concernenti: i lavoratori autonomi, i noli a caldo, il distacco di personale edile e lavoratori in somministrazione iscritti presso altra Cassa edile.

(43) S. Toriello, *Durc e lavoro nero. Una breve ricognizione normativa*, cit., p. 305. Secondo l'autrice la *ratio* della previsione del DURC di congruità risiede: "non nell'imporre un obbligo di assunzione di lavoratori in capo all'imprenditore, quanto a introdurre un parametro di analisi dall'esterno della correttezza della sua organizzazione [che] porta ad inquadrare lo strumento «indice di congruità» tra le «sanzioni promozionali», atte cioè a favorire comportamenti virtuosi grazie all'influenza dell'azione del regolatore pubblico, in alternativa al tradizionale strumento dell'azione repressiva".

(44) L'art. 1, d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445 definisce il certificato amministrativo come: "il documento rilasciato da una amministrazione pubblica avente funzione di ricognizione, riproduzione e partecipazione a terzi di stati, qualità personali e fatti contenuti in albi, elenchi o registri pubblici o comunque accertati da soggetti titolari di funzioni pubbliche".

(45) In merito alla natura giuridica del DURC, *ex multis* Cons. St., Sez. IV, 12 marzo 2009, n. 1458; Cons. St., Sez. VI, 6 aprile 2010, n. 1934; Cons. St., Ad. plen., 25 maggio 2016, n. 10: "la certificazione prodotta dall'ente previdenziale assume il carattere di dichiarazioni di scienza, assistita da pubblica fede ai sensi dell'art. 2700 cod. civ. e facente prova fino a querela di falso".

(46) Sulla nozione di atto amministrativo S. Perongini, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Torino, 2016.

za di una determinata situazione di fatto o di diritto di cui è venuta a conoscenza.

Tali atti si limitano a rendere nota ad altri soggetti una realtà già presente nel mondo giuridico, in ragione di un'attività precedente diretta ad accertare gli stati, le qualità personali e i fatti contenuti nei certificati; pertanto, è il procedimento certificatorio a monte a generare la certezza poi esternata nell'atto(47).

La riconducibilità del DURC alla categoria giuridica dell'atto pubblico ha creato non pochi problemi in ordine alla sindacabilità delle risultanze di tale documento.

Come noto, l'atto pubblico è un documento, redatto secondo le prescritte formalità da un notaio o da altro pubblico ufficiale autorizzato ad attribuire pubblica fede nel luogo dove l'atto è formato (art. 2699, cod. civ.), che fa piena prova della provenienza del documento dal pubblico ufficiale che lo ha formato, e costituisce prova legale in ordine ai fatti e alle dichiarazioni che quest'ultimo attesta essere avvenuti in sua presenza o da lui compiuti (art. 2700, cod. civ.). Si tratta di una prova, dunque, che non lascia al giudice alcun margine di apprezzamento in ordine a quanto *ivi* attestato.

La specifica forza probatoria attribuita al DURC in ragione della sua qualificazione in termini di atto pubblico ha anche fatto emergere un problema di riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo sulle controversie in ordine alle risultanze del DURC e sui consequenziali provvedimenti assunti nelle procedure ad evidenza pubblica, in ragione delle specifiche preclusioni previste dall'ordinamento processuale amministrativo anche nelle materie ricadenti nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

---

(47) A.R. Tassone, *Amministrazione pubblica e produzione di «certezza»: problemi attuali e spunti ricostruttivi*, in *I sistema di certificazione tra qualità e certezza*, a cura di F. Fracchia, M. Occhiena, Milano, 2006, p. 24-37. Secondo l'autore: "L'accertamento rappresenta il profilo fondamentale dell'operazione, quello che ne definisce l'essenza, e ne determina il valore per l'ordinamento. Esso consiste in una indagine, più o meno complessa, circa taluni caratteri dell'oggetto su cui ricade. Oggetto che, a sua volta, può essere della più varia natura, ma che presenta comunque giuridica rilevanza. Il tratto fondamentale e caratteristico di questa investigazione è costituito da ciò, che attraverso di essa l'amministrazione tende invariabilmente a verificare una condizione, fattuale e/o giuridica, preesistente, su cui essa interviene in termini puramente conoscitivi. Il valore complessivo dell'accertamento riposa quindi sulla sua intrinseca correttezza e rispondenza alla lealtà. La manifestazione, a sua volta, ha ad oggetto il risultato dell'attività di accertamento, e, quale che ne possa essere l'intrinseca complessità, ha in ogni caso valore puramente strumentale: attraverso questa operazione, infatti, l'amministrazione esterna e fa circolare nell'ordinamento l'informazione relativa allo stato di fatto o di diritto oggetto dell'acquisizione conoscitiva. In termini giuridici, gli atti produttivi di certezza si pongono quindi come meri atti amministrativi, e non quali manifestazioni di volontà".

Se si assume che il DURC sia un atto pubblico assistito da pubblica fede il giudice amministrativo non potrebbe discostarsi dalle indicazioni ivi contenute se non con il previo esperimento della procedura della querela di falso, che tuttavia non può essere condotta dinnanzi al giudice amministrativo ed inoltre la cognizione del rapporto contributivo rientrerebbe nella giurisdizione del giudice ordinario, inibendo qualsiasi valutazione in capo al giudice amministrativo; dall'altro lato tale accertamento si inserirebbe nell'ambito di una procedura che, ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. *e*, n. 1, codice del processo amministrativo, ricade nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo dove lo stesso, ai sensi dell'art. 7, comma 5, cod. proc. amm., conosce anche delle controversie nelle quali si faccia questione di diritti soggettivi.

Secondo la prevalente giurisprudenza la natura di atto pubblico del DURC non osterebbe comunque all'esame da parte del giudice amministrativo delle risultanze della documentazione prodotta dall'ente previdenziale[48].

Sul punto, l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato[49] ha ritenuto di dover risolvere la questione nel senso di riconoscere al giudice amministrativo il potere di accertare, ancorché in via incidentale ai sensi dell'art. 8, cod. proc. amm., la regolarità del DURC

---

(48) Sul punto si registrava un contrasto giurisprudenziale. Secondo un primo orientamento l'accertamento della regolarità del DURC in sede di verifica dei requisiti di ammissione dichiarati dal partecipante in sede di gara spetterebbe al giudice amministrativo in quanto tale verifica si inserirebbe nella fase procedimentale di aggiudicazione di un appalto che rientra nella materia affidate dall'art. 133 del c.p.a, alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (Cons. St., Sez. V, 16 febbraio 2015, n. 781; Cons. St., Sez. V, 14 ottobre 2014, 5064; Cons. St., Sez. V, 11 maggio 2009, n. 2874; Cons. St., Sez. VI, 4 maggio 2015, n. 2219). Secondo un opposto orientamento, la giurisdizione spetterebbe al giudice ordinario in quanto la natura di atto pubblico assistito da pubblica fede *ex* art. 2700 cod. civ. inibirebbe qualsiasi valutazione alla s.a. sul contenuto del DURC con la conseguenza che eventuali errori contenuti nel documento incidono su posizioni di diritto soggettivo attinenti al rapporto contributivo che possono (e devono) essere corretti dal solo giudice ordinario con gli appositi strumenti messi a disposizione dall'ordinamento (Cons. St., Sez. V, 26 marzo 2014, n. 1468; Cons. St., Sez. V, 3 febbraio 2011, n. 789; Cons. St., Sez. IV, 12 marzo 2009, n. 1458).

(49) Sulla *querelle* giurisprudenziale delineata nella nota precedente è intervenuta l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato che con la sentenza del 25 maggio 2016, n. 10 ha enunciato il seguente principio di diritto: "Rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo, adito per la definizione di una controversia avente ad oggetto l'affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture, l'accertamento inerente alla regolarità del documento unico di regolarità contributiva, quale atto interno della fase procedimentale di verifica dei requisiti di ammissione dichiarati dal partecipante ad una gara. Tale accertamento viene effettuato, nei limiti del giudizio relativo all'affidamento del contratto pubblico, in via incidentale, cioè con accertamento privo di efficacia di giudicato nel rapporto previdenziale". Sul punto v. G. Balocco, *Documento unico di regolarità contributiva: una difficoltosa convivenza*, in *Urbanistica e appalti*, 2015, p. 1002.

quale atto interno alla fase procedimentale di verifica dei requisiti di ammissione dichiarati dal concorrente(50).

Approda alle stesse conclusioni anche la giurisprudenza ordinaria.

In particolare, una recente ordinanza della Corte di cassazione a Sezioni unite civili(51), ha chiarito che nelle controversie relative alle procedure di affidamento di contratti pubblici appartiene alla cognizione del giudice amministrativo verificare incidentalmente la regolarità della certificazione in esame perché ricadente tra i requisiti posti dalla normativa di settore ai fini dell'ammissione alla gara(52) e analoghe conclusioni è giunta sempre la Cassazione(53) statuendo che il confine delle due giurisdizioni può tracciarsi avendo riguardo alla natura incidentale (strumentalità del DURC in relazione ad una procedura di gara) ovvero principale (sussistenza dell'obbligazione contributiva) del relativo accertamento".

Difatti, il documento, sebbene riguardi il rapporto contributivo tra ente ed operatore è indicato dall'art. 80, comma 4, d.lgs. n. 50 del 2016 quale presupposto per l'accertamento di uno dei requisiti generali di partecipazione ad una procedura di appalto o concessione. Pertanto, nonostante il giudice amministrativo non possa annullare il DURC rilasciato dagli enti previdenziali, può tuttavia sindacare, ai sensi dell'art. 8, comma 1, cod. proc. amm., *incidenter tantum*, la regolarità degli atti adottati della pubblica amministrazione che, sebbene emanati nell'ambito di un rapporto che non rientra in via principale nella propria giurisdizione, risultano, ciononostante, posti alla base o comunque strettamente inerenti l'esercizio del potere amministrativo(54).

---

(50) Secondo il Massimo Consesso non osta ai fini dell'accertamento della regolarità del documento la natura di atto pubblico in quanto l'ambito della cognizione del giudice concerne l'attività provvedimentale successiva e conseguenziale alla produzione del DURC da parte dell'ente previdenziale e non l'accertamento del rapporto obbligatorio che lega l'operatore privato all'ente previdenziale.

(51) Cass., Sez. un., 21 dicembre 2021, n. 25480.

(52) *Ex similis* Cass., Sez. un., 29 marzo 2017, n. 8117; Cass., Sez. un., 9 febbraio 2011 n. 3169; Cass., Sez. un., 17 giugno 2010, n. 14608; Cass., Sez. un., 11 dicembre 2007, n. 25818.

(53) Cass., Sez. un., 31 gennaio 2022, n. 2879.

(54) Di recente v. TAR Lazio, Roma, Sez. II, 10 febbraio 2021, n. 1830: "Il Collegio è consapevole che il giudice amministrativo non può certo annullare il DURC emesso dall'Inps che, in quanto attinente al rapporto previdenziale tra le parti, esula dalla propria giurisdizione (artt. 442 e 444, cod. proc. civ.). Tuttavia, può sindacare ai sensi dell'art. 8 cod. proc. amm. la regolarità degli atti che, sebbene siano adottati nell'ambito di un rapporto che non rientra in via principale nella propria giurisdizione, risultano, ciononostante, posti a base o comunque strettamente inerenti, quali atti presupposti o eso-procedimentali, all'esercizio del potere amministrativo. Nelle controversie concernenti le procedure ad evidenza pubblica, il giudice amministrativo, laddove sorge una contestazione sul possesso dei requisiti di partecipazione,

Resta salva la possibilità per l'interessato di rivolgersi al giudice ordinario per ottenere una pronuncia con efficacia *erga omnes* e, sempre dinanzi al giudice ordinario, il ricorrente potrà proporre querela di falso (*ex* artt. 221 ss., cod. proc. civ.) qualora volesse contestare l'autenticità del documento. Così come ricorda anche l'art. 8, comma 2, cod. proc. amm.

In conclusione, ciò che consente di affermare la giurisdizione amministrativa, *ex* art. 133, cod. proc. amm., è la diversità del *petitum* sostanziale, della *causa petendi*(55) e del tipo di sindacato compiuto dal giudice amministrativo: l'ambito della cognizione del giudice, in effetti, concerne l'attività provvedimentale successiva e consequenziale alla produzione del DURC da parte dell'ente previdenziale; dunque l'operatore privato, nel giudizio instaurato dinanzi al giudice amministrativo, non censura direttamente le risultanze del documento contributivo, bensì il provvedimento di esclusione adottato dalla pubblica amministrazione.

Invero, non riconoscere alcun sindacato giurisdizionale al giudice amministrativo, significherebbe imporre al privato, che volesse contestare la regolarità della documentazione contributiva, l'obbligo di adire il giudice ordinario e, solo dopo aver ottenuto l'accertamento dell'errore compiuto dall'ente previdenziale, adire il giudice amministrativo per accertare l'illegittimità delle determinazioni della s.a. In altre circostanze, pendendo il giudizio amministravo (che richiede l'immediata attivazione per evitare il maturare

---

è chiamato a verificare se il potere della stazione appaltante di accertamento della sussistenza dei requisiti è stato correttamente esercitato. L'oggetto del giudizio amministrativo è pertanto costituito dall'esercizio *(ex post)* del potere di accertamento dei requisiti e il parametro di giudizio è rappresentato dalla legge che prevede e conforma (*ex ante*) i requisiti. [...] La tipologia di cognizione che il giudice amministrativo può effettuare sul DURC, che viene in rilievo in quest'ambito (accertamento dei requisiti di partecipazione), è quella consentita dall'art. 8, cod. proc. amm. Si tratta dunque di un accertamento di natura incidentale in quanto la sua efficacia è limitata esclusivamente alla portata del rapporto amministrativo oggetto principale del giudizio e non si estende ovviamente, con efficacia di giudicato, al diverso rapporto previdenziale". La giurisprudenza precedente era arrivata sino al punto di ritenere doverosa l'impugnazione del DURC dinanzi al giudice amministrativo Sul punto si v. Cons St., Sez. V, 5 giugno 2018, n. 3385: "Il DURC doveva essere sottoposto alla cognizione *incidenter tantum* del giudice amministrativo, in quanto atto presupposto del provvedimento di esclusione dalla gara. Se dunque la mera presenza di un DURC negativo obbliga l'amministrazione ad escludere l'impresa interessata, senza poterne sindacare il contenuto, coerentemente deve riconoscersi che non possa che essere rimesso alla cognizione del giudice amministrativo l'accertamento in via incidentale (ai sensi dell'art. 8 cod. proc. amm.) della regolarità del DURC, ed anche della definitività dell'accertamento previdenziale".

(55) In questo senso: Cass., Sez. un., 29 marzo 2017, n. 8117; Cass., Sez. un., 9 febbraio 2011, n. 3169; Cass., Sez. un., 17 giugno 2010, n. 14608; Cass., Sez. un., 11 dicembre 2007, n. 25818.

delle decadenze) si imporrebbe la sua sospensione, nell'attesa della decisione in sede di querela di falso davanti al giudice ordinario.

Secondo l'orientamento della giurisprudenza ordinaria ed amministrativa richiamata, una siffatta interpretazione oltre a risultare in contrasto con il principio di effettività ed economicità della tutela giurisdizionale, di cui all'art. 24, Cost., risulterebbe altresì in forte distonia con l'esigenza di certezza e speditezza del rito processuale in materia di appalti pubblici. Inoltre, l'attesa di una decisione sulla regolarità della posizione contributiva dinanzi al giudice ordinario non permetterebbe di impugnare i provvedimenti adottati dalla stazione appaltante entro i termini di cui agli artt. 120 ss., cod. proc. amm.

Tale preclusione risulterebbe illogica in quanto il giudice amministrativo pur essendo deputato a verificare la legittimità degli affidamenti pubblici non potrebbe accertare la sussistenza o meno di un requisito di partecipazione per il solo fatto che lo stesso è stato già precedentemente attestato da un provvedimento di un'amministrazione.

Allo stato attuale, quello che si registra è un possibile concorso tra la giurisdizione ordinaria e quella amministrativa nelle controversie aventi ad oggetto il DURC

Difatti, laddove il ricorrente richieda che venga operato un accertamento con forza di giudicato tra le parti in merito alla sussistenza o meno della regolarità contributiva lo stesso dovrà rivolgersi al giudice ordinario; al contrario, nel caso in cui la questione in ordine alle risultanze del DURC si pone nell'ambito di un giudizio che abbia ad oggetto la legittimità del provvedimento di esclusione adottato dalla pubblica amministrazione sul presupposto dell'assenza di un requisito soggettivo di partecipazione di cui all'art. 80, comma 4, codice si ritiene che la controversia possa essere conosciuta dal giudice amministrativo con un accertamento puramente incidentale sulla regolarità del rapporto contributivo.

5.1. *La risoluzione dell'incidente di falso negli atti muniti di fede privilegiata: la sentenza della Corte costituzionale 16 novembre 2011, n. 48.* – Le esigenze di tutela giurisdizionale di cui si è fatta carico la pronuncia dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato sopracitata entrano però in conflitto con i poteri del giudice amministrativo in tema di atti soggetti a querela di falso. La qualificazione in termini di atto pubblico del documento contributivo imporrebbe l'applicazione del regime di cui all'art. 8, comma 2, cod. proc. amm. che inibisce al giudice amministrativo stesso qualsiasi tipo di cognizione anche solo incidentale.

L'assunto, chiaramente enucleato nel dettato legislativo, è stato anche ribadito dalla Corte costituzionale nella sentenza del 16 novembre 2011, n. 304.

La questione sottoposta all'attenzione della consulta verteva sulla legittimità costituzionale di diverse disposizioni del codice del processo amministrativo (art. 8, comma 2; art. 77, 126, 127, 128, 129, 130 e 131) che precludono al giudice amministrativo di accertare nel giudizio, anche solo incidentalmente, la falsità degli atti pubblici muniti di fede privilegiata, a norma dell'art. 2700, cod. civ., devolvendo gli stessi alla giurisdizione del giudice ordinario.

Il Consiglio di Stato con ordinanza di rimessione(56) chiedeva di poter valutare in via incidentale (ai sensi dell'art. 8, cod. proc. amm.) l'autenticità degli atti pubblici in materia elettorale, al fine di concludere in tempi ragionevoli il relativo giudizio, senza dover attendere gli esiti delle querele di falso presentate dinanzi ai giudici civili.

La Corte ha respinto la questione di costituzionalità, dichiarandola non fondata.

Secondo la Consulta, la devoluzione al giudice civile della querela di falso rappresenta un'opzione di sistema, frutto di una ultracentenaria tradizione, che risponde all'esigenza di assicurare in determinate materie una sede e un modello processuale unitari, così

(56) Il Collegio remittente rilevava come la preclusione al giudice amministrativo di poter accertare *incidenter tantum* la falsità degli atti pubblici che esauriscono i propri effetti nel procedimento elettorale risulta, alla luce dell'attuale contesto normativo, in contrasto con i principi di effettività e tempestività della tutela giurisdizionale, ai sensi degli artt. 24 e 113, Cost., in quanto i tempi del giudizio civile non sono idonei a garantire un'adeguata ed immediata tutela alle posizioni giuridiche lese. In secondo luogo, veniva ravvisata la violazione dei principi del giusto processo (art. 111, Cost.) con particolare riferimento alla ragionevole durata in quanto la necessaria sospensione del giudizio amministrativo precluderebbe la salvaguardia del diritto ad un ricorso effettivo in ordine alle posizioni giuridiche coinvolte riconosciuto dagli artt. 6 e 13 della CEDU negando, allo stesso tempo, la tutela degli interessi legittimi garantita dagli artt. 103 e 113, Cost. Infine, veniva denunciata anche la lesione del principio di buon andamento dell'azione amministrativa, di cui all'art. 97, Cost., poiché non risulterebbe coerente con tale criterio un procedimento nel quale in presenza di evidenti falsità sarebbe precluso all'organo giurisdizionale preposto alla procedura elettorale (artt. 126 ss., cod. proc. amm.) fornire una tutela immediata. Gli stessi rilievi sono stati puntualmente mossi dal Cons. St., Ad. plen., n. 10 del 2016, cit. con riferimento al sindacato incidentale del giudice amministrativo sulle risultanze del DURC che sul punto rilevava: "Per tale ragione ed in un'ottica di effettività della tutela, risulta doverosa la concentrazione della verifica circa la regolarità della documentazione contributiva, ancorché effettuata in via incidentale, in capo ad un'unica autorità giudiziaria: il diritto di difesa verrebbe, in effetti, leso se si costringesse il privato a contestare, dinanzi al giudice ordinario, la regolarità del DURC e, successivamente, dopo aver ottenuto l'accertamento dell'errore compiuto dall'ente previdenziale, la illegittimità delle determinazioni della stazione appaltante dinanzi al giudice amministrativo. Un iter processuale di tal genere risulterebbe eccessivamente gravoso per il privato ed incompatibile con la celerità che il legislatore ha imposto per il rito degli appalti nel cod. proc. amm.: l'attesa di una decisione sulla regolarità della posizione previdenziale, non permetterebbe di impugnare entro i termini di cui agli artt. 120 ss., cod. proc. amm., i provvedimenti adottati dalla stazione appaltante in relazione alla procedura di evidenza pubblica di riferimento".

da evitare il rischio di contrastanti pronunce e "il ricorso a modelli variegati di accertamento, dipendenti dalle specificità dei procedimenti all'interno dei quali simili questioni «pregiudicanti» possono intervenire".

Invero, la necessaria tutela della fede pubblica, qual è quella degli atti muniti di valore fidefaciente privilegiato, *ex* art. 2700, cod. civ., deve essere assicurata a prescindere dalla sede in cui l'autenticità sia stata incidentalmente messa in dubbio.

La certezza e la speditezza del traffico giuridico quale bene tutelato dal regime probatorio privilegiato di tali atti verrebbero inevitabilmente svilite laddove si dovesse riconoscere il sindacato giurisdizionale (incidentale) del giudice amministrativo che finirebbe "ineluttabilmente per frustrare il valore probatorio dell'atto pubblico, proprio perché non più fidefacente «fino a querela di falso»"[(57)].

Ne discende che l'esigenza di garantire l'unitarietà della giurisdizione in specifiche materie ben può assurgere a necessità destinata a "prevalere su quella di concentrazione dei singoli e diversi giudizi, senza che a tal proposito possa in qualche modo venire in discorso – come al contrario mostra di ritenere il giudice a quo – la maggiore o minore idoneità di questo o quello tra i modelli processuali ad assicurare adeguata tutela in quelle stesse materie".

In conclusione, il riparto di giurisdizione, per come delineato nell'attuale contesto normativo, risulta idoneo a contemperare adeguatamente le opposte esigenze di speditezza del giudizio amministrativo e di unitarietà nonché di certezza giurisdizionale in ordine all'impugnazione degli atti pubblici muniti di fede privilegiata.

La Corte conclude per la piena legittimità costituzionale della riserva di giurisdizione in capo al giudice ordinario ritenendo che la stessa non rechi un *vulnus* al principio di effettività della tutela giurisdizionale e garantisca un adeguato livello di protezione e certezza giuridica sul contenuto di tali documenti.

5.2. *Incidente di falso e DURC: possibili contrasti giurisprudenziali?* – La recente giurisprudenza amministrativa e ordinaria[(58)] prima

(57) Sul punto rileva la Corte: "La certezza e la speditezza del traffico giuridico – che rappresentano, come è noto, il bene finale presidiato dal regime probatorio normativamente riservato a determinati atti – potrebbero risultare, infatti, non adeguatamente assicurate ove l'accertamento sulla autenticità dell'atto fosse rimesso ad un mero «incidente», risolto all'interno di un determinato procedimento giurisdizionale, senza che tale verifica avesse effetti giuridici al di là delle parti e dell'oggetto dello specifico procedimento".

(58) Si fa riferimento alla sentenza dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 10 del 2016 (v. *supra*, nt. 56). L'orientamento espresso dall'Adunanza plenaria è condiviso anche dalle Sezioni unite della Corte di cassazione (31 marzo 2017 n. 8117), le quali ritengono doveroso che il giudice amministrativo eserciti il proprio

richiamata, parrebbe, dunque, essere in netto contrasto con quanto espresso precedentemente dal giudice delle leggi.

È bene ribadire, infatti, come la pronuncia della Corte costituzionale (n. 304 del 2011) sia intervenuta nell'ambito di un giudizio relativo al contenzioso elettorale, che ha incentrato la sua attenzione sugli atti pubblici muniti di fede privilegiata, all'interno dei quali il documento contributivo vi rientra a pieno titolo.

Ebbene proprio tale natura giuridica non sembra essere stata tenuta in debita considerazione dalla recente giurisprudenza.

Sul punto, valga ribadire come la necessaria tutela della fede pubblica (art. 2700, cod. civ.) verrebbe inevitabilmente compromessa laddove si riconoscesse al giudice amministrativo il potere di contestare l'autenticità di tale atto (ancorché con efficacia *inter partes*).

Invero, l'esigenza di conferire a taluni atti un regime probatorio "rafforzato" risulta finalizzato a garantire la certezza e la speditezza del traffico giuridico: esigenza, come più volte ribadito dalla Consulta, di primario rilievo e destinata a prevalere rispetto a generiche esigenze di celerità del processo.

A conferma di quanto sopra illustrato, milita anche il disposto dell'art. 8, comma 2, cod. proc. amm. che circoscrive l'ambito di cognizione incidentale del giudice amministrativo riservando espressamente alla cognizione dell'autorità giudiziaria ordina-

---

sindacato sul documento contributivo e che, in caso contrario, la pronuncia debba ritenersi viziata per difetto cosiddetto "esterno" di giurisdizione. Secondo la Corte: "Per contro, il Consiglio di Stato, negando la giurisdizione del Giudice amministrativo in ordine all'accertamento della regolarità del DURC, ha omesso di esaminare le censure formulate dalle ricorrenti avverso la pronuncia del TAR *in parte qua*. Così facendo il Consiglio di Stato ha indebitamente negato la propria giurisdizione perché, secondo la giurisprudenza di questa Corte nelle controversie relative a procedure di affidamento di lavori, servizi o forniture da parte di soggetti tenuti al rispetto delle regole di evidenza pubblica, poiché la produzione della certificazione che attesta la regolarità contributiva dell'impresa partecipante alla gara di appalto (cosiddetto DURC) costituisce uno dei requisiti posti dalla normativa di settore ai fini dell'ammissione alla gara, appartiene alla cognizione del giudice amministrativo verificare la regolarità di tale certificazione (Sez. un. n. 25818 del 2007; n. 14608 del 2010; n. 3169 del 2011)". *Ex similis* v., Cons. St., Ad. plen. n. 10 del 2016: "A ben vedere, l'operatore privato può impugnare le determinazioni cui è giunta la stazione appaltante, all'esito dell'accertamento sulla regolarità contributiva, sollevando profili di eccesso di potere per erroneità dei presupposti, qualora contesti le determinazioni derivanti dall'esito dell'attività valutativa. Questa conclusione, affermata da una recente giurisprudenza di questo Consiglio di Stato (Sez. V, 16 febbraio 2015, n. 781), è giustificata dalla possibilità, per il giudice amministrativo, di compiere un accertamento puramente incidentale, ai sensi dell'art. 8, cod. proc. amm., sulla regolarità del rapporto previdenziale: ciò implica che le statuizioni, adottate sul punto, hanno efficacia esclusivamente in relazione alla controversia concernente gli atti di gara e non esplicano i loro effetti nei rapporti fra l'ente previdenziale e l'operatore coinvolto".

ria le questioni pregiudiziali "concernenti [...] la risoluzione dell'incidente di falso".

Inoltre, assume rilievo anche il successivo art. 77 che, nel disciplinare il procedimento dell'incidente di falso nel processo amministrativo, impone la sospensione del processo, ai sensi dell'art. 79, quando la controversia della cui definizione dipende la decisione della causa principale non possa essere decisa indipendentemente dal documento di cui è stata dedotta la falsità[(59)].

Né appare dirimente l'argomentazione in forza della quale l'oggetto dell'accertamento del giudice amministrativo riguarderebbe solo il provvedimento di esclusione della pubblica amministrazione sull'assunto che il ricorrente nel giudizio dinanzi all'autorità giudiziaria non censurerebbe l'erroneità del contenuto del DURC, che rileverebbe solo come atto presupposto di legittimità, ma le statuizioni successive della s.a.

Invero, il provvedimento presupposto non soltanto precede e prepara quello presupponente, ma ne è il sostegno esclusivo.

Secondo dottrina[(60)] e giurisprudenza[(61)], la nozione di presupposizione implica l'esistenza di un legame tra gli atti così intenso nel contenuto e negli effetti da ritenere che l'atto applicativo sia emanazione diretta e necessaria dell'atto presupposto.

L'esistenza e la validità dell'atto presupposto sono condizioni necessarie affinché l'atto presupponente possa legittimamente venire ad esistenza; non è possibile che l'atto presupposto non esista o, qualora emanato, sia successivamente eliminato (dal giudice o

---

(59) Art. 77, d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104: "Chi deduce la falsità di un documento deve provare che sia stata già proposta la querela di falso o domandare la fissazione di un termine entro cui possa proporla innanzi al tribunale ordinario competente. Qualora la controversia possa essere decisa indipendentemente dal documento del quale è dedotta la falsità, il collegio pronuncia sulla controversia. La prova dell'avvenuta proposizione della querela di falso è depositata agli atti di causa entro trenta giorni dalla scadenza del termine fissato ai sensi del comma 1. In difetto il presidente fissa l'udienza di discussione. Proposta la querela, il collegio sospende la decisione fino alla definizione del giudizio di falso".

(60) Sulla connessione per presupposizione si v. A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1984, p. 1410 ss.; R. Villata, *Legittimazione processuale: II) Diritto processuale amministrativo*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, p. 1988; A. M. Corso, *Atto amministrativo presupposto e ricorso giurisdizionale*, Padova, 1990, p. 69 ss.; F. Lubrano, *L'atto amministrativo presupposto (spunti di una teorica)*, in *Istituto Editoriale Regioni Italiane*, 1992, p. 43 ss.; F. Lubrano, *op. cit.*, p. 111 ss.; M. Ramajoli, *La connessione nel processo amministrativo*, Torino, 2002, 70 ss.; M. Nigro, *Giustizia amministrativa,* Bologna, 2002, p. 282-283; S. Menchini, *La connessione nel processo amministrativo*, in questa *Rivista*, 2014, p. 1101 ss.

(61) *Ex multis*: TAR Campania, Salerno, Sez. II, 20 gennaio 2021, n. 168; TAR Lombardia, Milano, Sez. II, 2 settembre 2020, n. 1637; Cons. St., Sez. VI, 5 agosto 2020, n. 4935; TAR Campania, Napoli, Sez. VIII, 16 luglio 2020, n. 3173; TAR Campania, Napoli, Sez. VIII, 16 giugno 2020, n. 2443.

dalla pubblica amministrazione in via di autotutela) e che rimanga legittimamente in vita quello dipendente[62].

Tale legame tra gli atti implica, dunque, che l'accertamento in ordine al provvedimento amministrativo di esclusione, disposto ai sensi dell'art. 80, comma 4, d.lgs. n. 50 del 2016, presupponga un accertamento anche sul contenuto del DURC che non può che spettare, in forza di quanto sopra rilevato, al giudice ordinario nell'ambito del giudizio di querela di falso.

Alla luce di quanto sopra, la cognizione incidentale del giudice amministrativo sulle risultanze del DURC non sembra porsi in sintonia con l'attuale sistema costituzionale del riparto giurisdizionale e con la fede privilegiata ancora riconosciuta dalla giurisprudenza al documento.

6. *Il DURC online: il nuovo documento unico di regolarità contributiva e l'incidenza della forma sulla natura giuridica.* – Le aporie registrate nella giurisprudenza in materia potrebbero essere neutralizzate o attutite mediante una riqualificazione della natura giuridica del DURC

In particolare, non sembrano attentamente vagliate le implicazioni che sembrano invece potersi trarre dal regime introdotto dall'art. 4, d.l. 20 marzo 2014, n. 34 (conv. in l. 16 maggio 2014, n. 78) e dalla normativa di dettaglio[63], con cui è stato informatizzato il processo di formazione dei documenti di regolarità contributiva.

---

(62) Di recente cfr. Cons. St., Sez. III, 10 novembre 2020, n. 6922: "Sotto l'aspetto strutturale, gli atti sono in una relazione di successione giuridica e cronologica, o di necessario concatenamento; l'atto presupposto non soltanto precede e prepara quello presupponente, ma ne è il sostegno esclusivo. Gli effetti del provvedimento pregiudiziale sono i fatti costitutivi del secondo, o meglio del relativo potere; vi è una consequenzialità necessaria tra i due provvedimenti, tale che l'esistenza e la validità di quello presupposto sono condizioni indispensabili affinché l'altro possa legittimamente esistere e produrre la propria efficacia giuridica. Sotto l'aspetto funzionale, poi, i più atti risultano preordinati alla realizzazione di un unico rapporto amministrativo, riguardano, cioè, un unico bene della vita; ciascun atto spiega da solo taluni effetti giuridici, ma soltanto congiuntamente all'altro dà vita al rapporto giuridico, che rappresenta l'oggetto dell'interesse pubblico considerato dai più poteri funzionalmente collegati. Da quanto detto emerge che, sul piano della disciplina, l'illegittimità ed il conseguente annullamento dell'atto presupposto determinano l'illegittimità di quello conseguente, venendo meno la situazione giuridica che costituisce la condizione unica e necessaria per la sua legittima esistenza (cd. invalidità derivata): l'annullamento del provvedimento presupposto si ripercuote su quello presupponente, che è travolto e caducato". Sul punto anche S. Menchini, *op. cit.*, p. 1101 ss.

(63) Secondo tale disposizione: "A decorrere dalla data di entrata in vigore del decreto di cui al comma 2, chiunque vi abbia interesse verifica con modalità esclusivamente telematiche ed in tempo reale la regolarità contributiva nei confronti dell'Inps, dell'Inail e, per le imprese tenute ad applicare i contratti del settore dell'edilizia, nei confronti delle Casse edili. L'esito dell'interrogazione ha validità

L'intervento normativo ha cercato di semplificare gli adempimenti in tema di DURC, per consentire l'acquisizione in tempo reale, con modalità esclusivamente telematica(64), del relativo certificato.

Il procedimento informatico di rilascio del documento ha sostituito, ad ogni effetto, il tradizionale documento "cartaceo"(65) e resta utilizzabile per ogni finalità richiesta dalla legge: l'erogazione di sovvenzioni, contributi, sussidi, ausili finanziari e vantaggi economici di qualunque genere nell'ambito delle procedure di appalto di opere, servizi e forniture pubblici e nei lavori di edilizia privata e per il rilascio delle attestazioni SOA.

Tuttavia, un'attenta disamina degli elementi che compongono il nuovo certificato rilasciato all'esito delle procedure automatizzate induce a mettere in discussione le tralatizie configurazioni giuridiche.

L'art. 7 del d.m. n. 125 del 2015 elenca gli elementi di cui è composto il DURC (*online*), che si riportano qui di seguito: *"a)* la denominazione o ragione sociale, la sede legale e il codice fiscale del soggetto nei cui confronti è effettuata la verifica; *b)* l'iscrizione all'Inps, all'Inail e, ove previsto, alle Casse edili; *c)* la dichiarazione di regolarità; *d)* il numero identificativo, la data di effettuazione della verifica e quella di scadenza di validità del Documento"(66).

---

di 120 giorni dalla data di acquisizione e sostituisce ad ogni effetto il documento unico di regolarità contributiva (DURC), ovunque previsto, fatta eccezione per le ipotesi di esclusione individuate dal decreto di cui al comma 2". Sul tema v. G. Balocco, *Documento unico di regolarità contributiva: una difficoltosa convivenza*, cit; G. Totino, *Il documento unico di regolarità contributiva (DURC) in "formato. pdf"*, in *mediappalti.it*, 2015.

(64) Sull'utilizzo di strumenti informatici nella pubblica amminsitrazione si v. F. Cardarelli, *Uso della telematica, commento art. 3* bis *della legge 241 del 90*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. Sandulli, Torino, 2017, p. 509-524.

(65) Previsto e regolato dal previgente decreto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali del 24 ottobre 2007. Stabiliva l'art. 1: "Il possesso del Documento Unico di Regolarità Contributiva (DURC) è richiesto ai datori di lavoro ai fini della fruizione dei benefici normativi e contributivi in materia di lavoro e legislazione sociale previsti dall'ordinamento nonché ai fini della fruizione dei benefici e sovvenzioni previsti dalla disciplina comunitaria. Ai sensi della vigente normativa il DURC è inoltre richiesto ai datori di lavoro ed ai lavoratori autonomi nell'ambito delle procedure di appalto di opere, servizi e forniture pubblici e nei lavori privati dell'edilizia".

(66) Al contrario il previgente d.m. del 2007 nel disciplinare il DURC cartaceo prevedeva espressamente la figura del pubblico ufficiale competente a redigere l'atto. Stabiliva l'art 4 : "Il DURC deve contenere: *a)* la denominazione o ragione sociale, la sede legale e unità operativa, il codice fiscale del datore di lavoro; *b)* l'iscrizione agli Istituti previdenziali e, ove previsto, alle Casse edili; *c)* la dichiarazione di regolarità ovvero non regolarità contributiva con indicazione della motivazione o della specifica scopertura; *d)* la data di effettuazione della verifica di regolarità contributiva; e) la data di rilascio del documento; *f)* il nominativo del responsabile del procedimento".

Ebbene, tra gli elementi normativamente previsti non figura né l'identificativo del responsabile del procedimento[67], né alcuna sottoscrizione; vale a dire difettano elementi indispensabili per attribuire al documento pubblica fede[68], *in primis*, l'imputabilità a un pubblico ufficiale imposta dall'art. 2699, cod. civ.[69]

Invero, il nuovo documento di regolarità contributiva è generato automaticamente dal sistema informatico a seguito della semplice richiesta dell'operatore interessato senza l'intermediazione di alcun funzionario pubblico[70] e senza che sia presente alcun mec-

(67) Sulla qualifica di pubblico ufficiale del RUP, v. Linee guida ANAC n. 3 di attuazione del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recanti "Nomina, ruolo e compiti del responsabile unico del procedimento per l'affidamento di appalti e concessioni", approvate dal Consiglio dell'Autorità con deliberazione n. 1096 del 26 ottobre 2016, p. 2.3: "Il RUP, nell'esercizio delle sue funzioni, è qualificabile come pubblico ufficiale. Le funzioni di RUP non possono essere assunte dal personale che versa nelle ipotesi di cui al comma 2 dell'art. 42 del Codice, né dai soggetti che sono stati condannati, anche con sentenza non passata in giudicato, per i reati previsti nel capo I del titolo II del libro secondo del codice penale, ai sensi dell'art. 35 *bis*, d.lgs. 165 del 2001, stante l'espresso divieto che la norma contiene in ordine all'assegnazione di tali soggetti agli uffici preposti, tra l'altro, all'acquisizione di beni, servizi e forniture, anche con funzioni direttive, tenuto conto che le funzioni di RUP sono assegnate ex lege (art. 5, comma 2, legge 7 agosto 1990, n. 241) al dirigente preposto all'unità organizzativa responsabile ovvero assegnate ai dipendenti di ruolo addetti all'unità medesima (art. 31, comma 1, terzo periodo del Codice). Le funzioni di RUP. devono essere svolte nel rispetto di quanto previsto dal d.P.R. n. 62 del 2013 e dal Codice di comportamento adottato da ciascuna amministrazione aggiudicatrice, nonché in osservanza delle specifiche disposizioni contenute nel Piano triennale di prevenzione della corruzione adottato dall'amministrazione".

(68) Sulla qualifica di pubblico ufficiale del RUP v. *supra*, nt. 67.

(69) Nondimeno, l'atto pubblico, per espressa previsione legislativa di cui all'art. 2699, cod. civ., si sostanzia in un documento: "redatto con le richieste da un notaio o da altro pubblico ufficiale autorizzato ad attribuirgli pubblica fede nel luogo dove l'atto è firmato".

(70) Sul punto cfr. L. Viola, *L'intelligenza artificiale nel procedimento e nel processo amministrativo: lo stato dell'arte,* in *Federalismi.it,* 21, 2018, p. 4. L'autore delinea il processo di progressiva evoluzione dell'atto amministrativo informatico: "Decisamente più articolato è poi lo schema ricostruttivo che evidenzia il progressivo passaggio da una condizione di *Street-Level Bureaucracy* a una condizione di *Screen-Level Bureaucracy*, ossia da una condizione in cui è solo il pubblico funzionario a decidere (*Street-Level Bureaucracy*) ad altra condizione in cui questi decide solo formalmente, mentre di fatto la decisione è assunta dall'elaboratore elettronico ove precedentemente è stato installato un certo *software* e sono stati inseriti i dati del singolo procedimento (*Screen-Level Bureaucracy*). Il funzionario conserverebbe dunque un qualche ruolo, che però riguarderebbe principalmente, *ex ante*, l'attività di impostazione della singola macchina e, *ex post*, la lettura della elaborazione da essa fatta dei dati inseritivi. In questo quadro il principale interrogativo è se si possa immaginare una fase successiva in cui la macchina provveda in maggiore autonomia e il pubblico funzionario riacquisti un ruolo decisionale solo in caso di contestazioni sulla scelta realizzata dalla macchina. Questo segnerebbe il passaggio da una condizione di *Screen-Level Bureaucracy* a una condizione di *System-Level Bureaucracy*, in cui una sorta di 'super-rete' unirebbe e coordinerebbe le varie *Screen-Level Bureaucracies* riducendo ulteriormente la discrezionalità

canismo di imputabilità dello stesso a un pubblico ufficiale che ne assuma la paternità.

Pertanto, il difetto dei connotati necessari ad attribuire pubblica fede al documento porta alla conclusione che tale certificato non possa correttamente qualificarsi come atto pubblico.

Occorre chiedersi allora se lo stesso sia classificabile come atto amministrativo, con le inevitabili ricadute che ne conseguirebbero anche in termini di pervasività del sindacato giurisdizionale che potrebbe essere esercitato dal giudice amministrativo, non più condizionato dai meccanismi connessi alla natura di atto pubblico (che impongono l'esperimento della querela di falso e impediscono un accertamento *incidenter tantum* di quanto coperto dalla fede privilegiata).

Inoltre, la qualifica di atto amministrativo consentirebbe al soggetto pubblico l'esercizio dei propri poteri di autotutela (revoca, annullamento d'ufficio o sospensione del provvedimento).

La qualificazione in termini di atto amministrativo incontra però degli ostacoli.

Anche l'emanazione di atti amministrativi tramite sistemi informatici impone, in forza dell'art. 3, d.lgs. 12 febbraio 1993, n. 39, l'indicazione della fonte e del responsabile dell'immissione, riproduzione, trasmissione o emanazione dei dati e delle informazioni contenute nell'atto(71).

---

esercitata dall'amministrazione tramite il funzionario: ciò in quanto il funzionario non deciderebbe neppure i criteri per impostare e far funzionare la singola *Screen-Level Bureaucracy* e gli automatismi aumenterebbero esponenzialmente. Il ruolo del funzionario verrebbe dunque circoscritto alle attività di progettazione e gestione del sistema, nonché di assistenza agli utenti/amministrati" (corsivi dell'autore).

(71) Tuttavia, con specifico riguardo agli atti amministrativi in formato elettronico la giurisprudenza, in caso di assenza di sottoscrizione, tende ad escludere la nullità dell'atto laddove dallo stesso emergano elementi idonei che consentono di individuare l'autore ai sensi dell'art. 3, d.lgs. n. 39 del 1993. Sul punto si v. F. Satta, *Le patologie dell'atto amministrativo elettronico e il sindacato del giudice amministrativo,* in *Riv. Dir. amministrativo elettronico,* 2003, p. 8-9: "Limitando l'analisi all'elemento che maggiormente interessa l'atto amministrativo elettronico, va detto che l'affermazione secondo cui il provvedimento a necessaria esternazione scritta che manchi del tutto della sottoscrizione dell'autorità emanante è affetto da nullità insanabile incontra notevoli temperamenti. In particolare, si tende ad escludere la nullità dell'atto – e addirittura la sua invalidità – allorquando dallo stesso emergano elementi inequivocabili che consentano di individuare l'autore. Ne deriva un atteggiamento giurisprudenziale improntato ad un apprezzabile equilibrio tra forma e sostanza, all'interno del quale possono collocarsi le soluzioni a cui si è pervenuti con specifico riguardo all'attività amministrativa informatizzata. Ed infatti, se – com'è evidente – non può supplire alla mancanza della firma del soggetto legittimato una sigla apposta sul timbro di provenienza dell'atto che non sia leggibile ed intelligibile, viene di contro reputato legittimo, ai sensi dell'art. 3 del decreto legislativo n. 39 del 1993, il verbale di accertamento di un'infrazione al codice della strada redatto con sistema meccanizzato, con la sola indicazione delle

Inoltre, precisa l'ultimo periodo della disposizione normativa, che se per la validità degli atti emessi sia prevista l'apposizione di firma autografa, la stessa è sostituita dall'indicazione a stampa, sul documento prodotto dal sistema automatizzato, del nominativo del soggetto responsabile(72); ciò in quanto tale indicazione consente di "*accertare aliunde la sicura attribuibilità dell'atto a chi ne deve esser[e] l'autore secondo le norme positive*"(73)(corsivi aggiunti).

L'individuazione del responsabile del procedimento, ai sensi dell'art. 3, comma 2, ult. periodo, d.lgs. n. 39 del 1993, risponde proprio all'esigenza di individuare un soggetto tenuto ad operare un controllo sull'emanazione dell'atto: dall'elaborazione del programma, all'inserimento dei dati e al controllo del prodotto finale(74).

---

generalità dell'accertatore (quindi, senza sottoscrizione autografa), «in quanto i dati estrinsecati nello stesso contesto del documento consentono di accertare *aliunde* la sicura attribuibilità dell'atto a chi deve esserne l'autore secondo le norme positive». Trattasi di fattispecie rientrante – come può ben notarsi – nell'ambito dell'atto amministrativo ad elaborazione elettronica su supporto cartaceo e con riguardo alla quale la giurisprudenza ha già avuto modo di pronunciarsi più volte, affermando l'inessenzialità della sottoscrizione autografa dal punto di vista ontologico e la conseguente ammissibilità della sostituzione della stessa con l'indicazione a stampa del nominativo del soggetto responsabile del provvedimento, in applicazione del citato art. 3. Ciò non significa, tuttavia, che la firma autografa possa sempre essere validamente sostituita «dall'indicazione a stampa, sul documento prodotto dal sistema automatizzato, del nominativo del soggetto responsabile», avendo la giurisprudenza circoscritto l'ambito applicativo della disposizione in parola. É ormai a tutti noto, in primo luogo, il parere reso dall'Adunanza generale del Consiglio di Stato del 1994, secondo cui l'anzidetto meccanismo sostitutivo della firma autografa riguarda «esclusivamente le certificazioni amministrative e non anche i provvedimenti, per i quali la sottoscrizione con firma autografa è requisito di giuridica esistenza»".

(72) Art. 3, comma 2, d.lgs. 12 febbraio 1993, n. 39: "Nell'ambito delle pubbliche amministrazioni l'immissione, la riproduzione su qualunque supporto e la trasmissione di dati, informazioni e documenti mediante sistemi informatici o telematici, nonché l'emanazione di atti amministrativi attraverso i medesimi sistemi, devono essere accompagnate dall'indicazione della fonte e del responsabile dell'immissione, riproduzione, trasmissione o emanazione. Se per la validità di tali operazioni e degli atti emessi sia prevista l'apposizione di firma autografa, la stessa è sostituita dall'indicazione a stampa, sul documento prodotto dal sistema automatizzato, del nominativo del soggetto responsabile".

(73) F. Satta, *Le patologie dell'atto amministrativo elettronico e il sindacato del giudice amministrativo*, cit. 9 e ss. Sul punto v. anche Cass., Sez. I, 21 novembre 2002, n. 16417.

(74) Sul punto cfr. L. Viola, *L'intelligenza artificiale nel procedimento e nel processo amministrativo: lo stato dell'arte,* cit., p. 37-38: "Pur in contesto caratterizzato dalle limitazioni derivanti dall'«aggancio» con la tematica della sottoscrizione degli atti amministrativi, è stata pertanto esclusa la possibilità di ravvisare nell'atto ad elaborazione elettronica un mero «prodotto di macchina» che possa prescindere dall'imputazione ad un funzionario persona fisica; impossibilità che risulta assoluta per gli atti importanti valutazioni discrezionali e che, per gli atti vincolati, risulta solo temperata dal meccanismo di cui all'art. 3, 2° comma ult. parte, d.lgs. 12 febbraio 1993, n. 39 che comunque si inserisce nel quadro concettuale sopra richiamato e richiede l'individuazione di un «soggetto responsabile» che risulta tenuto ad

Tale indicazione ha la finalità di ricollegare l'atto ad un soggetto che nell'esercizio di un pubblico potere sia in grado di esternare la volontà pubblica di cui l'atto amministrativo è espressione(75).

La figura del responsabile del procedimento consente, inoltre, di svolgere quell'attività ponderativa e comparativa di interessi che costituisce l'essenza del procedimento e dell'atto amministrativo(76).

Da quanto sopra illustrato, emerge come l'attuale contesto normativo richieda (ancora), ai fini del riconoscimento della natura attizia di un documento, il necessario intervento del funzionario pubblico(77) anche nell'ipotesi di atti vincolati in cui l'operatività della

---

operare un controllo dell'emanazione dell'atto, dall'elaborazione del programma all'inserimento dei dati e al controllo del prodotto finale".

(75) Inoltre, la mancata individuazione nell'atto informatico del soggetto responsabile del procedimento potrebbe porre delle difficoltà in tema di responsabilità risarcitoria della pubblica amministrazione. Sul punto si v. A. Masucci, *L'atto amministrativo informatico. Primi lineamenti di una ricostruzione*, Napoli, 1993, p. 133. Secondo l'autore: "risulta certamente problematico prospettare una responsabilità della pubblica amministrazione per l'adozione e/o esecuzione di un atto amministrativo informatico illegittimo. Se l'art. 2043 cod. civ. richiede perché sorga la responsabilità del fatto il dolo o la colpa di chi abbia agito per l'autorità, questo riscontro è particolarmente difficile nel caso di un atto amministrativo realizzato con apparecchiature informatiche [...] [dove] il potere amministrativo non viene esercitato dal singolo funzionario, ma da un sistema amministrativo automatizzato. La cosiddetta volontà dell'atto amministrativo informatico non è, infatti, da imputare ad una sola persona, ma ad una pluralità di persone. Spesso poi ci troviamo di fronte al fatto che banche-dati (autonome dal punto di vista organizzativo rispetto alle autorità decidenti) forniscono all'autorità gran parte del loro fabbisogno di dati ed informazioni. Ed ancora, spesso si verifica che la redazione dei programmi viene affidata dall'autorità a società concessionarie, che si avvalgono per l'attività in questione della mera collaborazione di funzionari degli uffici competenti. In tutti questi casi è, quindi, difficile riscontrare il dolo o la colpa del funzionario. A rendere più difficile il rilevamento della colpa bisogna poi aggiungere che spesso ci troviamo di fronte a meri «errori di macchina» che non sono in alcun modo imputabili al funzionario".

(76) I.M. Delgado, *La riforma dell'amministrazione digitale: Un'opportunità per ripensare la pubblica Amministrazione*, in *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana. La tecnificazione*, a cura di S. Civitarese Matteucci, L. Torchia, IV, Firenze, 2017, p. 146: "in definitiva, dato che ciò che viene automatizzato è il processo decisionale, cioè l'esercizio della funzione o di più funzioni assegnate all'organo, e non l'organo in sé, l'attività automatizzata non è altro che una forma di adozione di provvedimenti amministrativi che non la competenza né ha conseguenze per la configurazione dell'organo, il quale continua ad essere integrato da persone fisiche aiutate da mezzi materiali e retto dal suo titolare".

(77) TAR Lazio, Roma, Sez. II *bis*, 10 settembre 2018, n. 9230: "Al riguardo ritiene la Sezione che alcuna complicatezza o ampiezza, in termini di numero di soggetti coinvolti ed ambiti territoriali interessati, di una procedura amministrativa, può legittimare la sua devoluzione ad un meccanismo informatico o matematico del tutto impersonale e orfano di capacità valutazionali delle singole fattispecie concrete, tipiche invece della tradizionale e garantistica istruttoria procedimentale che deve informare l'attività amministrativa, specie ove sfociante in atti provvedimentali incisivi di posizioni giuridiche soggettive di soggetti privati e di conseguenziali ovvie ricadute anche sugli apparati e gli assetti della pubblica amministrazione. [...] Con riguardo al

previsione di cui all'art. 3, comma 2, d.lgs. n. 39 del 1993 permette la sostituzione della sottoscrizione con l'indicazione del nominativo del soggetto responsabile.

Dunque, a ben vedere, il DURC *online* non sembra facilmente inquadrabile neppure nell'ampio *genus* dell'atto amministrativo.

Sul punto, attenta dottrina ha rilevato come tale documento rappresenti: *"più che un certificato attestante la posizione dell'interessato dal controllo, la traccia della "verifica" della regolarità contributiva effettuata tramite interrogazione degli archivi degli enti previdenziali"*[78](corsivi aggiunti).

Di contro, la giurisprudenza non sembra abbia fornito (ad oggi) risposte esaustive.

L'orientamento pretorio che ha delineato l'inquadramento giuridico dell'atto contributivo, pur avendo preso le mosse dal contesto normativo antecedente l'inserimento del DURC *online*[79] (entra-

---

ruolo che lo strumento informatico può legittimamente rivestire nell'ambito di procedimenti amministrativi, il Collegio è più in particolare del meditato avviso secondo cui non è conforme al vigente plesso normativo complessivo e ai dettami dell'art. 97 della Costituzione, ai principi ad esso sottesi, agli istituti di partecipazione procedimentale definiti agli artt. 7,8, 10 e 10 *bis,* l. 7.8.1990, n. 241, all'obbligo di motivazione dei provvedimenti amministrativi sancito dall'art. 3, stessa legge, al principio ineludibile dell'interlocuzione personale intessuto nell'art. 6, legge sul procedimento e a quello ad esso presupposto di istituzione della figura del responsabile del procedimento, affidare all'attivazione di meccanismi e sistemi informatici e al conseguente loro impersonale funzionamento, il dipanarsi di procedimenti amministrativi, sovente incidenti su interessi, se non diritti, di rilievo costituzionale, che invece postulano, onde approdare al corretto esito provvedimentale conclusivo, il disimpegno di attività istruttoria, acquisitiva di rappresentazioni di circostanze di fatto e situazioni personali degli interessati destinatari del provvedimento finale, attività, talora ponderativa e comparativa di interessi e conseguentemente necessariamente motivazionale, che solo l'opera e l'attività dianoetica dell'uomo può svolgere. Invero Il Collegio è del parere che le procedure informatiche, finanche ove pervengano al loro maggior grado di precisione e addirittura alla perfezione, non possano mai soppiantare, sostituendola davvero appieno, l'attività cognitiva, acquisitiva e di giudizio che solo un'istruttoria affidata ad un funzionario persona fisica è in grado di svolgere e che pertanto, al fine di assicurare l'osservanza degli istituti di partecipazione, di interlocuzione procedimentale, di acquisizione degli apporti collaborativi del privato e degli interessi coinvolti nel procedimento, deve seguitare ad essere il dominus del procedimento stesso, all'uopo dominando le stesse procedure informatiche predisposte in funzione servente e alle quali va dunque riservato tutt'oggi un ruolo strumentale e meramente ausiliario in seno al procedimento amministrativo e giammai dominante o surrogatorio dell'attività dell'uomo; ostando alla deleteria prospettiva orwelliana di dismissione delle redini della funzione istruttoria e di abdicazione a quella provvedimentale, il presidio costituito dal baluardo dei valori costituzionali scolpiti negli artt. 3, 24, 97 della Costituzione oltre che all'art. 6 della Convezione europea dei diritti dell'uomo". Cfr. Cons. St., Sez. VI, 7 novembre 2017, n. 5136; TAR Puglia, Bari, Sez. I, 7 luglio 2016, n. 896; cfr.; TAR Lazio, Roma, Sez. III *bis*, 20 luglio 2016, n. 8312.

(78) G. Totino, *Il documento unico di regolarità contributiva in "formato pdf"*, cit., p. 15-16.

(79) In effetti la pronuncia dell'Adunanza plenaria del 25 maggio 2016, n. 10 ha ad oggetto un DURC acquisito in costanza di una gara bandita nel 2014 quando

to a regime solo nel 2015), ancora oggi[80], nonostante le tecniche di acquisizione del documento contributivo siano radicalmente mutate rispetto al passato[81] e nonostante le diverse criticità sopraillustrate, non ha fornito risposte soddisfacenti, restando legato a impostazioni tralatizie volte a riconoscere al documento contributivo la natura di atto pubblico smentite dall'evoluzione normativa.

7. *Considerazioni conclusive.* – In conclusione, l'attuale impianto normativo non sembra aver dato prova di un effettivo bilancia-

---

ancora non era attiva la procedura automatizzata di rilascio del DURC *"online"*. Sul contenuto del precedente documento contributivo si rinvia *supra*, nt. 63.

(80) Di recente si v. TAR Calabria, Reggio Calabria, n. 765 del 2021 cit.: "Sul primo versante, la giurisprudenza ha infatti avuto modo di affermare che la mancanza di un DURC regolare «comporta una presunzione legale, juris et de jure, di gravità, che obbliga la stazione appaltante ad estromettere il concorrente dalla procedura evidenziale, senza poterne sindacare, nel merito, il contenuto» (Cons. St., Sez. V, 19 febbraio 2019, n. 1141). Ciò in quanto le ipotesi di esclusione previste dall'art. 80, comma 4, essendo di natura obbligatoria ed ancorate ad un automatismo, non lasciano alcun margine di discrezionalità valutativa in capo alla stazione appaltante, affidando il vaglio di inaffidabilità dell'operatore economico all'ente previdenziale cui spetta l'accertamento della gravità e della definitività delle irregolarità accertate sulla base della disciplina previdenziale di riferimento, imponendosi pertanto l'esclusione dalla gara quale esito obbligatorio e vincolato cfr. TAR Lazio, Roma, Sez. II, 30 aprile 2020, n. 4529; TAR Campania, Salerno, Sez. I, 20 maggio 2020, n. 556; Cons. St., Sez. V, 15 febbraio 2021, n. 1307. Una pronuncia di segno in parte contrario si rinviene nella sentenza del Trib. Roma, Sez. II, 11 dicembre 2020, n. 40870 secondo la quale: *"dall'entrata in vigore del d.m. 30.01.2015, adottato in attuazione dell'articolo 4, d.l. 34 del 2014 in materia di semplificazione del DURC, ne è stata trasformata la natura, essendo questo – ormai – un documento riassuntivo di regolarità contributiva, trasmesso on line, privo di riferimenti ma, soprattutto, privo di sottoscrizione del funzionario abilitato ad attribuirvi pubblica fede e quindi, con riferimento ai documenti rilasciati da questa data, entra in tensione la qualificazione tradizionale sopra richiamata"*(corsivi aggiunti). Tuttavia, è opportuno precisare che nel caso di specie il giudice ordinario non ha affrontato il tema *funditus* limitandosi a rilevare l'inammissibilità della querela di falso presentata in quanto parte ricorrente non aveva contestato la falsità materiale del documento contributivo bensì la falsità ideologica la cui fondatezza, rilevava il giudice, doveva essere rimessa al giudice competente (individuato dall'art. 422, cod. proc. civ. nel giudice del lavoro). In tema cfr. R. Sarra, *La tutela giurisdizionale*, in, *Il contenzioso contributivo con l'INPS: procedure e fattispecie più ricorrenti*, a cura di G. Miceli, Roma, 2021.

(81) Sul processo di digitalizzazione della pubblica amministrazione cfr. F. Notari, *Il percorso della digitalizzazione delle Amministrazioni Pubbliche: ambiti normativi mobili e nuovi modelli di governance*, in *Giorn. dir. amm.*, 2020, p. 21; F. Satta, *Le patologie dell'atto amministrativo elettronico e il sindacato del giudice amministrativo,* cit.; R. Bichi, *L'intelligenza artificiale e diritto – Intelligenza artificiale tra calcolabilità del diritto e tutela dei diritt*i, in *Giur. it.*, 2019, 7, p. 1657. Per un'approfondita disamina del documento informatico F. Viglione, *L'imputazione dei documenti tra crisi della sottoscrizione e innovazioni tecnologiche*, in *Riv. dir. civ.*, 3, 2003.

mento tra i diversi principi coinvolti anche alla luce delle recenti modifiche operate dalla legge europea (l. n. 238 del 2021)[82].

La nuova formulazione della disposizione di cui all'art. 80, comma 5, d.lgs. n. 50 del 2016, introdotta a seguito della procedura di infrazione avviata dalla Commissione europea in data 24 gennaio 2019 (2018/2273) e delle numerose critiche sollevate soprattutto dalla dottrina[83], detta una disciplina che se da un lato presenta interventi di assoluta condivisibilità in ordine alle irregolarità fiscali dall'altro lato palesa evidenti criticità con riguardo alle violazioni contributive.

L'art. 10, comma 2, lett. *c*, l. n. 238 del 2021 ha inciso esclusivamente sul concetto di gravità delle violazioni fiscali non definitive fissando all'art. 80, comma 4, settimo periodo una "franchigia" di tolleranza pari a euro 35.000,00 e precisando al contempo che l'operatività della causa di esclusione *de qua* deve essere *"in ogni caso correlata al valore dell'appalto"* (corsivi aggiunti). Inoltre, l'articolo ha demandato l'individuazione di tali violazioni ad un apposito decreto del Ministro dell'economia e delle finanze da adottare entro il 1° aprile 2022 (allo stato non ancora emanato).

Tale modifica normativa sembra porsi in sintonia con la previsione di cui all'art. 80, comma 4 primo periodo dove la esiguità dell'importo della violazione fiscale viene per così dire "contemperato" dall'accertamento definitivo; al contrario nella fattispecie sopra delineata al carattere non definitivo dell'accertamento fa da contrappeso l'indicazione del nesso di correlazione dell'importo della violazione al valore dell'appalto e alla soglia minima pari a euro 35.000,00.

Dunque, appare chiaro come in materia di irregolarità fiscali la nuova formulazione della norma richiami proprio il principio di proporzionalità al fine di improntare l'esercizio del potere discrezionale della pubblica amministrazione verso il necessario equilibrio tra i diversi valori, interessi e situazioni giuridiche assicurando un'azione pubblica adeguata e idonea rispetto al fine che l'amministrazione intende perseguire.

Ciò, del resto, si pone in perfetta armonia con il considerando 101, Direttiva 24/2014 che con specifico riguardo ai motivi di esclusione facoltativi impone al soggetto pubblico di *"prestare particolare attenzione al principio di proporzionalità"* (corsivi aggiunti) pre-

(82) Per una recente disamina della legge europea si v. A. Damele, *Disegno di legge europea 2019/2020. Ancora sulle irregolarità fiscali gravi non definitivamente accertate*, in *appaltiecontratti.it*, 2021; G. Totino, M. Lemme, *La regolarità contributiva del concorrente: il potere di valutazione discrezionale della Stazione appaltante rispetto al DURC irregolare. Una riflessione critica alla luce del Disegno di legge europea 2019/2020*, in *mediappalti.it*, 2021.

(83) Sul punto v. *supra*, nt. 36.

cisando al contempo che: "lievi irregolarità dovrebbero comportare l'esclusione di un operatore economico solo in circostanze eccezionali".

Analoghe considerazioni non sembra possano svilupparsi con riguardo alle violazioni contributive non definitive dove il disposto normativo non fa alcuna menzione né di un importo correlato al valore dell'appalto né di una soglia di rilevanza.

Sul punto, il disposto di cui all'art. 80, comma 4, quinto periodo si limita a richiamare la stessa soglia di gravità, pari ad euro 150,00, individuata dalla disciplina regolamentare di cui all'art. 3, comma 3 del d.m. n. 125 del 2015 ed impiegata per le violazioni contributive definitivamente accertate contenute in sentenze o atti amministrativi non più soggetti ad impugnazione.

In sostanza, la disposizione riconosce alla pubblica amministrazione la facoltà (*rectius* l'obbligo) di escludere un operatore in seguito ad un semplice accertamento riguardante un'irregolarità contributiva non consentendo alla stessa di compiere un'autonoma quanto necessaria valutazione discrezionale in ordine alla gravità della violazione (prevista invece in ambito fiscale) che sembra venire a priori stigmatizzata come fonte di arbitrarie scelte ed abusi.

Tale differenziazione risulta di difficile comprensione oltre che di dubbia legittimità alla luce dei principi di uguaglianza sostanziale e proporzionalità nonché di *favor partecipationis* che, da sempre, guidano l'attività delle istituzioni europee e nazionali.

La contraddittorietà insita nella disposizione codicistica emerge in maniera ancora più evidente laddove si consideri che l'attuale difficoltà (*rectius* impossibilità) di inquadrare il documento contributivo nella categoria dell'atto pubblico non precluderebbe alla pubblica amministrazione una previa valutazione in ordine alla concreta gravità della violazione contributiva; al contrario, atteso il carattere non definitivo della stessa tale valutazione dovrebbe essere financo doverosa.

Nondimeno, se si ritiene condivisibile ancorare la regolarità contributiva a parametri oggettivi e predeterminati al fine di tutelare l'affidabilità e la diligenza dell'operatore economico nei confronti dei propri dipendenti e dell'amministrazione non si può omettere, al contempo, di rilevare come siffatta valutazione non possa arrivare sino al punto di obliterare del tutto i fondamentali principi indicati che ruotano attorno al mercato europeo.

L'attuale formulazione dell'art. 80, comma 4 del codice dei contratti come da ultimo modificata, avrebbe l'effetto di aggravare pesantemente ed illegittimamente la situazione economica dei singoli operatori impedendogli di partecipare alle procedure evidenziali anche nel caso di una semplice irregolarità non definitiva e peraltro di importo irrisorio (superiore a 150,00 euro).

Alla luce di quanto illustrato, si confida che si possa approdare a una nozione di inaffidabilità contributiva graduata sull'effettivo disvalore dell'inadempimento sulla base di indici ulteriori rispetto al mero dato quantitativo dell'importo della violazione(84), così come effettuato in ambito fiscale.

Solo così si può giungere ad una nozione di irregolarità contributiva adeguata, controllata e proporzionata al rispetto dei diversi e contrapposti interessi in gioco.

Inoltre, non ci si può esimere dallo svolgere alcune considerazioni finali in ordine alla configurazione giuridica del nuovo documento contributivo in formato *online* (introdotto come detto a partire dal 1° luglio 2015).

Come illustrato, le difficoltà sorgono in ragione del fatto che il documento risulta sprovvisto di un idoneo sistema di attribuibilità ad un soggetto responsabile preordinato al suo rilascio.

Sul punto, illustre dottrina(85) ha rilevato come tra i requisiti indispensabili perché un atto amministrativo possa considerarsi esistente sia necessaria proprio la figura di un funzionario pubblico (persona fisica) titolare di un organo che possa imputare l'attività svolta alla pubblica amministrazione(86).

---

(84) Sul punto v. G. Totino, M. Lemme, *La regolarità contributiva del concorrente: il potere di valutazione discrezionale della Stazione appaltante rispetto al DURC irregolare. Una riflessione critica alla luce del Disegno di legge europea 2019/2020*, cit. Gli autori hanno rilevato che: "laddove si fosse previsto che anche l'irregolarità del DURC – non definitivamente accertata in ragione della pendenza (dei termini per impugnarne le risultanze o) di un giudizio ovvero sulla quale fosse già intervenuta una pronuncia giurisdizionale o amministrativa – potesse essere valutata in piena autonomia dalla stazione appaltante, certamente si sarebbe aggiunto un importante tassello all'opera di efficienza e speditezza nell'aggiudicazione delle commesse pubbliche. Poiché affidare alla stazione appaltante il potere di valutazione sulle attività poste in essere dal concorrente attinto da un DURC negativo, contribuirebbe in modo significativo alla riduzione del rischio di vedere procedure di gara bloccate da ricorsi che, allo stato dell'arte, i concorrenti sono costretti ad incardinare, quantomeno al fine di poter controdedurre rispetto all'irregolarità documentata ed in forza della quale la stazione appaltante era obbligata ad assumere un provvedimento di esclusione".

(85) A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 644 ss. Secondo l'autore la validità presuppone che sussista: "quel certo *minimum* indispensabile perché un atto amministrativo possa considerarsi esistente. Tale *minimum* non risulta espressamente indicato dalle leggi e la determinazione di esso è opera del giurista, il quale deve ricavarla dai principi dell'ordinamento" (corsivi dell'autore). Secondo l'autore tali elementi essenziali sono da individuarsi nel: soggetto, oggetto, nella forma, nel contenuto e nella finalità; ove tali elementi manchino un atto amministrativo non potrà considerarsi venuto ad esistenza. Su analoghe posizioni v. R. Caranta, *L'inesistenza dell'atto amministrativo*, Milano, 1990, p. 9; A. De Valles, *La validità degli atti amministrativi*, Roma, 1916, p. 344 ss.; P. Virga, *Diritto amministrativo, Atti e ricorsi*, II, Milano, 1999, p. 37; M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1993, p. 241 ss.

(86) Sul punto è bene precisare che se la mancanza di attribuzione comporta

Ciò vale (*a fortiori*) anche nel caso in cui la decisione finale sia stata adottata in maniera interamente automatizzata in quanto come evidenziato: *"l'imputazione non smette di essere una finzione normativa: la paternità di un'attività portata a termine da una persona — o per mezzo di una applicazione informatica — integrata in un organo di una Pubblica Amministrazione si attribuisce a quest'ultima in quanto così viene imposto dalla legge. Il nesso che unisce la realizzazione materiale dell'attività e l'organizzazione personificata è il titolare dell'organo amministrativo al quale è attribuita la competenza esercitata"*[87] (corsivi aggiunti).

Quanto detto trova puntuale conferma – oltre che nel dettato legislativo di cui all'art. 3, comma 2, d.lgs. n. 39 del 1993 (più volte richiamato) – anche nel disposto dell'art. 21 *septies,* l. n. 241 del 1990 che annovera tra le fattispecie di nullità del provvedimento amministrativo la mancanza degli elementi essenziali.

Nonostante la norma non definisca nel dettaglio gli elementi indefettibili dell'atto amministrativo[88] non sembra residuare, in forza di quanto sopra rilevato, alcun dubbio sul fatto che l'assenza nel documento informatico dell'indicazione di un organo in grado di esternare la volontà del soggetto pubblico renda lo stesso radicalmente nullo e di conseguenza inidoneo a produrre effetti giuri-

---

il difetto di un requisito essenziale dell'atto non può di contro essere considerato nullo un atto amministrativo per il semplice fatto che lo stesso sia stato emanato in mancanza delle condizioni necessarie per radicare in capo all'autorità che ne sia l'autrice il potere di porre in essere un atto di quel tipo (si tratta della fattispecie nota come carenza di potere in concreto). In tale evenienza l'atto sarà esistente anche se invalido e quindi annullabile per violazione delle norme di relazione che regolano l'esercizio del potere. Di contrario avviso era parte della dottrina che riteneva l'atto nullo; si v. F. Benvenuti, *Appunti di diritto amministrativo*, V, Padova, 1987, p. 230; E. Cannada Bartoli, *La tutela giudiziaria del cittadino verso la pubblica amministrazione*, II, Milano, 1964, p. 93, 133. Altra dottrina riteneva invece l'atto inesistente in quanto frutto di un comportamento senza potere; v. M.S. Giannini, *Atto amministrativo*, Milano 1960, p. 191 ss.; A. Piras, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, Milano, 1960, p. 380 ss.

(87) I. Martin Delgado, *La riforma dell'amministrazione digitale: Un'opportunità per ripensare la pubblica Amministrazione*, cit. p. 146.

(88) La laconicità del disposto normativo trova il suo fondamento nella oggettiva difficoltà di elaborare in maniera esaustiva tutti gli elementi indefettibili valevoli indistintamente per tutti i provvedimenti. In tale senso si v. A. De Valles, *La validità degli atti amministrativi*, cit., p. 344 ss.; A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 644 ss.

dici[89] in quanto carente di un elemento essenziale: l'imputabilità dello stesso ad una pubblica amministrazione[90].

In conclusione, l'assenza degli elementi necessari ad attribuire pubblica fede al documento contributivo elide l'impedimento normativo ritenuto dalla giurisprudenza di ostacolo ad un sindacato

(89) Come noto risiede proprio in ciò la principale differenza tra l'istituto della nullità e dell'annullabilità (art. 21 *octies,* l. n. 241 del 1990) atteso che in tale evenienza l'atto ancorché invalido è idoneo a produrre effetti almeno sino a quando il destinatario non ottenga la pronuncia costitutiva di annullamento ai sensi dell'art. 29, cod. proc. amm. Per un'ampia disamina v. S. Vinti, D. Capotorto, *L'azione di nullità nel processo amministrativo*, Milano, 2008, p. 107 ss. In passato parte autorevole della dottrina escludeva che in seno all'ordinamento potesse trovare spazio la categoria della nullità rilevando come al di fuori delle ipotesi di inesistenza – che comprendeva tutte le ipotesi di difformità dell'atto dalla fattispecie legale di tale gravità da impedire *in nuce* la produzione degli effetti – si potesse configurare la sola annullabilità del provvedimento. Sul punto si v. M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, cit., p. 308 ss.; P. Stella Richter, *L'inoppugnabilità*, Milano, 1970, p. 8; A.M. Sandulli, *Osservazioni sull'impugnabilità giurisdizionale degli atti amministrativi non scritti*, in *Archivio giuridico Filippo Serafini*, 1941, p. 65; Id., *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 644 ss.; E. Guicciardi, *La giustizia amministrativa*, Padova, 1957, p. 328. Con l'entrata in vigore della l. n. 241 del 1990 e segnatamente dell'art. 21-*septies* che ha delineato le ipotesi di nullità del provvedimento amministrativo il dibattito dottrinale è stato in gran parte superato in quanto il regime del provvedimento nullo è pressoché identico al provvedimento inesistente essendo anch'esso caratterizzato dalla inidoneità alla produzione di effetti giuridici. In tema si v. V. Cirulli Irelli, *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 1994, p. 590; R. Caranta, *L'inesistenza dell'atto amministrativo*, Milano, 1990, p. 53; G. Guarino, *Atti e poteri amministrativi*, in *Dizionario amministrativo*, Milano, 1983, 1, p. 230; A. Bartolini, *La nullità del provvedimento amministrativo*, Torino, 2002, p. 325; G. Treves, *Principi di dirotto pubblico*, Torino, 1971, 221; P. Virga, *Il provvedimento amministrativo*, Milano, 1972, p. 221; E. Capaccioli, *Manuale di diritto amministrativo*, Padova, 1983, p. 379; R. Villata, *L'atto amministrativo*, in Aa.Vv. *Diritto amministrativo*, IV, Bologna, 2005, p. 817; B. Cavallo, *Provvedimenti e atti amministrativi*, Padova, 1993, 298; B.G. Mattarella, *Il provvedimento*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo generale*, I, Milano, 2000, p. 909; P. M. Vipiana Perpetua, *Gli atti amministrativi: vizi di legittimità e di merito, cause di nullità ed irregolarità*, Padova, 2003, p. 474. Tuttavia, è necessario dare atto che ancora parte della dottrina ritiene che non sussistano ostacoli nel continuare a ritenere ammissibile l'istituto dell'inesistenza. Cfr. L. Mazzarolli, *Sulla disciplina della nullità dei provvedimenti amministrativi (art. 21-septies della l. 241 del 1990, introdotto con la l. 15 del 2005)*, in questa *Rivista*, 2006, p. 547; V. Lopilato, *Manuale di diritto amministrativo*, III, Torino, 2021, p. 827 ss.; R. Chieppa, R. Giovagnoli, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2018, p. 633 ss.; F. Caringella, *Manuale di diritto amministrativo*, XV, Roma, 2021, p. 1394; A. Susca, *L'invalidità del provvedimento amministrativo dopo le leggi 15 del 2005 e 80 del 2005*, Milano, 2005, p. 30; D. Ponte, *La nullità del provvedimento amministrativo*, Milano, 2007, p. 31; S. De Felice, *Della nullità del provvedimento amministrativo*, in *giustiamministrativa.it*, 2005.

(90) Ritengono tale elemento essenziale ai fini della configurabilità di un atto amministrativo R. Caranta, *L'inesistenza dell'atto amministrativo*, cit., p. 140; A.M. Sandulli, *Diritto amministrativo*, cit., 647; A. De Valles, *La validità degli atti amministrativi,* cit., p. 344; S. Vinti, D. Capotorto, *L'azione di nullità nel processo amministrativo*, cit., p. 9.

giurisdizionale pieno sulle risultanze del nuovo DURC ed esonera l'interprete dal fare ricorso alla tesi dell'accertamento incidentale.

Pertanto, sia che il certificato assuma la qualifica di semplice atto amministrativo – anche se come rilevato in relazione a siffatta ipotesi le criticità non mancano – sia che assuma la qualifica di semplice documento informatico mediante il quale l'ente previdenziale comunica il proprio accertamento, lo stesso potrà (e dovrà) essere pienamente e liberamente valutato dal giudice amministrativo.

Michele Castellano

ARMONIE E DISARMONIE NELLA TUTELA DEL LAVORO (E DEI SUBAPPALTATORI) NEL CONTRATTO D'APPALTO*

Sommario: 1. Obiettivi e oggetto del lavoro. – 2. Tutela del lavoro e dei subcontraenti nell'appalto disciplinato dal codice dei contratti pubblici. Sulla necessità di superare i tentennamenti lessicali del legislatore: subappalto come sineddoche del *genus* subcontratto. – 3. *Segue*: l'ambito di applicazione delle disposizioni del codice dei contratti pubblici. – 4. L'art. 29, comma 2, d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276. – 5. L'art. 1676, cod. civ. – 6. Sintesi sugli ambiti applicativi delle disposizioni considerate e cenni sul rapporto tra obblighi del committente e coinvolgimento dell'appaltatore e/o del subappaltatore. – 7. Fallimento dell'appaltatore (e del subappaltatore) e obblighi della stazione appaltante. – 8. *Segue*: il pagamento ai subappaltatori. – 9. Conclusioni.

1. *Obiettivi e oggetto del lavoro.* – Obiettivo di queste brevi note è evidenziare le criticità che emergono dal tentativo di raccordo tra le diverse disposizioni che, in sede di appalto e/o subappalto, coinvolgono la stazione appaltante (o l'appaltatore) nella tutela dei crediti maturati da quanti, a diverso titolo (lavoratori, subappaltatori, più in generale, si vedrà, titolari di subcontratti), e in ragione dei differenti enunciati volta a volta rilevanti(1), hanno partecipato all'esecuzione dell'appalto e/o del subappalto.

Gli enunciati normativi, di cui dirà più nel dettaglio a breve, visualizzano fattispecie che coinvolgono operatori economici (appaltatori e/o subappaltatori) *in bonis*, di tal che, oltre che sollecitare chiarimenti in ordine ai diversi ambiti di applicazione e alle relazioni tra essi, al vertice, quegli enunciati lasciano agli interpreti il compito di verificare se, e in che termini, la tutela lì disposta debba operare anche in caso di appaltatori e/o subappaltatori assoggettati a procedura fallimentare(2).

---

* Il lavoro, aggiornato, con alcune puntualizzazioni e corredato da note a piè di pagina, ripropone lo scritto contenuto nel *Liber Amicorum di Umberto Carabelli*, Bari, 2022, p. 69 ss.

(1) Come si vedrà, i soggetti tutelati dagli enunciati normativi che rilevano non coincidono.

(2) Qui si utilizzerà ancora al termine fallimento e alle sue diverse aggettivazi-

Le disposizioni di cui si dice le ritroviamo nel codice civile: art. 1676; nel d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276: art. 29, comma 2; nel codice dei contratti pubblici: art. 30, commi 5 e 6; art. 105, commi 10, 11, 13; art. 174, commi 1, 7 e 8.

È opportuno avviare l'analisi del perimetro normativo tracciato, partendo dal settore che più degli altri sollecita interrogativi in ordine alla sua applicazione: si tratta del settore di competenza del codice dei contratti pubblici.

Un'avvertenza: quanto si dirà rispetto al rapporto stazione appaltante-appaltatore deve essere inteso come efficiente, in via di principio, anche con riferimento al rapporto subcommittente (appaltatore)-subappaltatore. Come è noto, infatti, il subappalto è governato dalle medesime regole dell'appalto[3]. Si eviterà, nel prosieguo, per quanto possibile, di richiamare sempre quanto appena detto per non appesantire un discorso e una fraseologia che ha già sufficienti profili di complessità.

2. *Tutela del lavoro e dei subcontraenti nell'appalto disciplinato dal codice dei contratti pubblici. Sulla necessità di superare i tentennamenti lessicali del legislatore: subappalto come sineddoche del genus subcontratto.* – Come si è detto, sono tre gli enunciati che, nel codice degli appalti, direttamente si occupano di profili attinenti al tema che qui interessa[4].

---

oni, stante il continuo rinvio dell'entrata in vigore del codice della crisi e dell'insolvenza (d.lgs. 12 dicembre 2019, n. 14), codice che, come è noto, ha espunto dal vocabolario della legge il termine "fallimento" e i suoi derivati, sostituendolo con "liquidazione giudiziale". Ad oggi, l'entrata in vigore sembrerebbe definitivamente disposta per il 15 luglio 2022: è quanto prevede l'attuale comma 1 dell'art. 389, d.lgs. 12 dicembre 2019, n. 14, così come da ultimo modificato dall'art. 42, d.l. 30 aprile 2022, n. 36 (cosiddetto decreto PNRR2).

(3) Nel senso che la disciplina disposta per il contratto di appalto governa anche il rapporto tra appaltatore- sub-committente e subappaltatore, "posto che il subappalto è un vero e proprio contratto di appalto" (così Cass., 22 giugno 2012, n. 10439; a proposito dell'applicabilità dell'art. 1676, cod. civ. al subappalto; ma v. anche Cass., 20 giugno 2018, n. 16259, a proposito dell'art. 29, d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276).

(4) Come si vedrà, il ruolo centrale, nell'ambito delle disposizioni del codice, lo svolge l'enunciato di cui all'art. 105. L'enunciato è rubricato "subappalto" e però non pochi commi sono centrati sulla tutela del lavoro nel contratto di appalto (e di subappalto). Ne risulta una disposizione con tre anime: una prima che si occupa di profili di carattere generale e che stabilisce la fattispecie subappalto rilevante per il codice, l'ambito di applicazione della disciplina e i limiti al subappaltabile; un'altra deputata a stabilire le regole che devono essere osservate dall'appaltatore che ricorre al subappalto tanto in sede di partecipazione alla gara quanto in sede di esecuzione dell'appalto; e, infine, una terza che delinea la tutela del lavoratori che partecipano all'esecuzione del contratto di appalto e di subappalto.

La maggiore attenzione della giurisprudenza pratica e teorica si è fin qui indirizzata ai primi due profili.

L'art. 30, dettato in materia di principi generali per l'esecuzione degli appalti e delle concessioni.

L'art. 105, rubricato "subappalto", ma in realtà dedicato anche alla tutela del lavoro in sede di esecuzione dei contratti di appalto (e subappalto) per lavori servizi e forniture.

L'art. 174, anch'esso rubricato "subappalto", ma anche qui con contenuto dedicato alla tutela del lavoro, come per l'art. 105, in sede di esecuzione, però, dei contratti di concessione.

Orbene, per l'art. 30, comma 5: "in caso di inadempienza contributiva risultante dal documento unico di regolarità contributiva relativo a personale dipendente dell'affidatario o del subappaltatore o dei titolari di subappalti e cottimi di cui all'art. 105, impiegato nell'esecuzione del contratto, la stazione appaltante trattiene dal certificato di pagamento l'importo corrispondente all'inadempienza per il successivo versamento diretto agli enti previdenziali e assicurativi, compreso, nei lavori, la cassa edile".

Per il comma 6 del medesimo articolo: "in caso di ritardo nel pagamento delle retribuzioni dovute al personale di cui al comma 5, il responsabile unico del procedimento invita per iscritto il soggetto inadempiente, ed in ogni caso l'affidatario, a provvedervi entro i successivi quindici giorni. Ove non sia stata contestata formalmente e motivatamente la fondatezza della richiesta entro il termine sopra assegnato, la stazione appaltante paga, anche in corso d'opera, direttamente ai lavoratori, le retribuzioni arretrate, detraendo

---

La molteplicità degli interventi dedicati al tema del subappalto nel codice dei contratti induce a praticare, per indirizzare il lettore ai contributi in materia, la tecnica del rinvio alle segnalazioni bibliografiche rinvenibili nei più recenti contributi: v., allora, M. Castellano, *Il subappalto*, in Aa.Vv., *La nuova disciplina dei contratti pubblici*, a cura di R. Garofoli- G. Ferrari, Roma-Molfetta, 2017, p. 828 ss., 853, la nota bibliografica, cui *adde* L. Mazzeo, *Il subappalto*, in Aa.Vv., *Appalti e lavoro,* a cura di D. Garofalo, Torino, 2017, p. 585 ss.; B. Giliberti, *Subappalto* (*sub* art. 105 n.d.r.) e L. Geninatti Satè, *Subappalto* (*sub* art. 174 n.d.r.), in Aa.Vv., *Codice dei contratti pubblici commentato,* a cura di R.L. Perfetti, 2017, Torino*;* rispettivamente, p. 964 ss. e 1409 ss.; A.C. Marollo, *Il subappalto,* in Aa.Vv., *Procedure concorsuali e diritto pubblico*, a cura di L. D'Orazio, L. Monte Ferrante, Torino, 2017, p. 614 ss.; G.A. Giuffrè, *Il subappalto dei contratti pubblici tra autonomia imprenditoriale e limiti di interesse pubblico*, in *Riv. it. dir. pubb. comunit*., 2018, p. 85 ss., nt. 1, ult. parte, parziali richiami a contributi sulla disciplina del subappalto nel codice dei contratti pubblici; M. Frontoni, L. Savelli, *Subappalto ed avvalimento*, Torino, 2018, p. 109 ss.; R. De Nictolis, *Appalti pubblici e concessioni*, Bologna, 2020, p. 1327 ss.; C. Chiarello, *Il subappalto*, in Aa.Vv., *I nuovi appalti pubblici*, a cura di M. Corradino, S. Sticchi Damiani, Milano, 2021, p. 731 ss.

Di recente, particolare attenzione è stata dedicata alle modifiche apportate all'art. 105 dal d.l. n. 77 del 2021 in ordine ai limiti quantitativi del "subappaltabile": v. P. Carbone, *Le modifiche alla disciplina del subappalto apportate con il d.l. 31 maggio 2021, n. 77, convertito con modificazioni nella l. 29 luglio 2021, n. 108*, in questa *Rivista*, 2022, p. 89 ss.; C. Guccione, *Le novità del subappalto alla luce del d.l. n. 77 del 2021*, ivi*,* 2021, p. 1311 ss.

le relative somme dovute all'affidatario del contratto ovvero dalle somme dovute al subappaltatore inadempiente nel caso in cui sia previsto il pagamento diretto ai sensi dell'art. 105".

L'art. 105, comma 10, richiama quanto già indicato dall'art. 30, sancendo che "Per i contratti relativi a lavori, servizi e forniture, in caso di ritardo nel pagamento delle retribuzioni dovute al personale dipendente dell'esecutore o del subappaltatore o dei soggetti titolari di subappalti e cottimi, nonché in caso di inadempienza contributiva risultante dal documento unico di regolarità contributiva, si applicano le disposizioni di cui all'articolo 30, commi 5 e 6".

Il comma 11 precisa poi che "nel caso di formale contestazione delle richieste di cui al comma precedente, il responsabile del procedimento inoltra le richieste e le contestazioni alla direzione provinciale del lavoro per i necessari accertamenti".

Il comma 13 specifica quando la stazione appaltante è tenuta al pagamento diretto dei subappaltatori.

Recita il comma 13: "la stazione appaltante corrisponde direttamente al subappaltatore, al cottimista, al prestatore dei servizi ed al fornitore di beni e lavori, l'importo dovuto per le prestazioni eseguite nei seguenti casi: *a)* quando il subappaltatore o il cottimista è una microimpresa o piccola impresa; *b)* in caso di inadempimento da parte dell'appaltatore; *c)* su richiesta del subappaltatore e se la natura del contratto lo consente".

Il perimetro normativo di cui si va discorrendo è completato, infine, dall'art. 174, ai sensi del quale, per il comma 7: "Qualora la natura del contratto lo consenta, è fatto obbligo per la stazione appaltante di procedere al pagamento diretto dei subappaltatori, sempre, in caso di microimprese e piccole imprese, e, per le altre, in caso di inadempimento da parte dell'appaltatore o in caso di richiesta del subappaltatore. Il pagamento diretto è comunque subordinato alla verifica della regolarità contributiva e retributiva dei dipendenti del subappaltatore. In caso di pagamento diretto il concessionario è liberato dall'obbligazione solidale di cui al comma 5" (ai sensi del quale "il concessionario è obbligato solidalmente con il subappaltatore nei confronti dei dipendenti dell'impresa subappaltatrice, in relazione agli obblighi contributivi e retributivi previsti dalla legislazione vigente").

Per il comma 8: "si applicano, altresì, le disposizioni previste dai commi, 10, 11 e 17 dell'articolo 105".

Gli interrogativi che le disposizioni riportate sollecitano sono molteplici.

Al di là di tentennamenti o stravaganze lessicali o topografi-

che che appaiono però agevolmente superabili[5], un interrogativo di vertice che riguarda i soggetti tutelati rimbalza immediatamente agli occhi del lettore: se i diversi soggetti volta a volta richiamati espressamente nell'ambito delle singole fattispecie sono frutto di scelta consapevole o meno.

Chiarisco: in materia di subappalto *ex* art. 105 (afferente, cioè, ad appalto di servizi forniture e lavori), l'articolo appena citato, al comma 13, individua come possibili beneficiari del pagamento diretto da parte della stazione appaltante: 1) il subappaltatore; 2) il cottimista; 3) il prestatore di servizi; 4) il fornitore di beni o lavori.

Ebbene, in materia di concessioni, l'art. 174 considera come beneficiari del pagamento diretto, per fattispecie del tutto coincidenti con quelle contemplate dall'art. 105, solo i subappaltatori.

Ora, se applicassimo i tradizionali principi interpretativi e coltivassimo, quindi, l'idea di un legislatore consapevole e razionale, dovremmo dire che: *a)* il richiamo autonomo di subappaltatori, cottimisti, prestatori di servizi, fornitori di beni e lavori nell'art. 105, comma 13, costituisce espressione, sia pure tramite l'espediente "soggettivo", di una volontà legislativa diretta a tenere distinte tra loro le (allora) diverse fattispecie riconducibili ai diversi soggetti volta a volta indicati; *b)* allora, allorquando, nello stesso ambito di intervento, nell'art. 174, si individuano, come beneficiari, solo i subappaltatori, si è voluto consapevolmente escludere le altre figure espressamente richiamate nell'art. 105, comma 13.

Non basta: considerazioni sostanzialmente analoghe dovrebbero essere prospettate non solo in ordine al rapporto tra art. 105, comma 13, e art. 174, comma 7, ma anche rispetto al coordinamento tra prima e seconda parte del comma 13 dell'art. 105.

Infatti, l'articolo da ultimo citato, dopo aver individuato, nella prima parte, la pluralità di soggetti più volte, oramai, richiamati, nella seconda, allorquando determina le singole ipotesi che giusti-

(5) Come si è visto, i soggetti individuati dall'art. 30, comma 5 (e poi richiamati dal comma 6 del medesimo articolo per determinare i beneficiari del pagamento diretto da parte della stazione appaltante), sono identificati nel "personale dipendente dell'affidatario o del subappaltatore o dei soggetti titolari di subappalti...". Subappaltatore o titolare di subappalto non designano categorie differenti.

Quanto poi alla gestione dell'eventuale formale contestazione di appaltatore e/o subappaltatore in ordine al pagamento diretto di cui all'art. 105, comma 10, siffatte modalità (rimessione per gli accertamenti del caso alla direzione provinciale del lavoro) avrebbero trovato più congrua collocazione in sede di principi e regole generali (e quindi nell'art. 30).

ficano il pagamento diretto, rinvia, per alcune di esse, solo ad alcuni dei beneficiari prima individuati[6].

E così, allorquando il pagamento diretto trova giustificazione nella natura di micro o piccola impresa del beneficiario (art. 105, comma 13, lett. *a*, si richiamano solo i subappaltatori e i cottimisti.

Quando il pagamento diretto è subordinato alla richiesta del beneficiario (art. 105, comma 13, lett. *c*, si richiama solo il subappaltatore.

Solo nel caso di inadempimento da parte dell'appaltatore (art. 105, comma 13, lett. *a*, non si limitano i soggetti che possono beneficiare del pagamento diretto, di tal che, almeno in siffatta ipotesi, dovrebbero rientrare tutti i soggetti indicati nella prima parte del comma 13[7].

Le letture qui adombrate in ragione di una scelta legislativa consapevole in ordine ai soggetti beneficiari volta a volta richiamati conducono a conclusioni del tutto irragionevoli.

Non c'è giustificazione alcuna per la disparità di trattamento che si consumerebbe a seguire la prospettata lettura. Perché mai identiche fattispecie (le attività poste in essere dai soggetti di cui alla prima parte del comma 13 dell'art. 105) devono avere un diverso trattamento a seconda che si tratti di appalto o di concessione?

E perché mai il prestatore di servizi o il fornitore di beni e/o lavori che sia micro o piccola impresa (circostanza certo possibile) non può godere del beneficio del pagamento diretto come il subappaltatore o il cottimista ai sensi della lett. *a* del comma 13?

E perché mai il cottimista (al pari degli altri soggetti di cui alla prima parte del comma 13) non può ottenere il pagamento diretto su semplice richiesta così come è per il subappaltatore ai sensi della lett. *c*, comma 13?

La mancanza di una risposta ai suddetti interrogativi veicola verso una lettura che annulli la confusione terminologica e, in ordine ai soggetti beneficiari del pagamento diretto, superi le distonie tra prima e seconda parte del comma 13, ammettendo al paga-

---

(6) Almeno su un punto la lettura combinata dell'art. 105, comma 13, e dell'art. 174, comma 7, vale a dirimere dubbi: la seconda parte del comma 13 non individua condizioni cumulative per accedere al pagamento diretto, ma prevede ipotesi autonome, ognuna autosufficiente. Su questo aspetto, l'art. 174, comma 7, è oltremodo chiaro.

(7) Premesso che non è pensabile che si sia voluto attribuire alla stazione appaltante il compito di valutare dal punto di vista tecnico-giuridico il presupposto (inadempimento) del pagamento diretto, a mio avviso, qui il termine inadempimento deve essere inteso in senso atecnico, come, cioè, mancato pagamento (l'obbligo per la stazione appaltante opera, cioè, indipendentemente dalle cause che hanno condotto l'appaltatore a non effettuare il pagamento).

mento dichiarato nelle lettere *a*), *b*) e *c*) del comma in parola tutti i soggetti indicati nella prima parte.

La soluzione proposta consente, peraltro, di ritrovare un minimo, se non proprio di coerenza, quantomeno di giustificazione alla schizofrenia lessicale.

Va detto, infatti, che la nozione di subappalto rilevante per la disciplina del codice dei contratti pubblici (e quindi anche per la parte che qui interessa), sia per gli elementi identificativi della fattispecie assunta in generale dal legislatore del codice sia per le esclusioni espressamente effettuate dalla fattispecie così definita, appare ricomprendere, sostanzialmente, tutte le figure che la prima parte del comma 13 sembra distinguere.

Tento di chiarire.

L'art. 105, comma 2, fissa una nozione tanto ampia di subappalto che, ad avviso di chi scrive, finisce con l'identificarsi con il *genus* "subcontratto"(8).

Si tratta di considerazione che ho già espresso in altra sede e che mi pare di poter confermare(9).

Il secondo comma dell'art. 105 qualifica, infatti, il subappalto sulla base di due elementi: inerenza dell'oggetto del subappalto all'oggetto dell'appalto e terzietà del titolare del subappalto(10).

Sfugge alla definizione del codice dei contratti pubblici il richiamo alla necessità di un'organizzazione imprenditoriale, organizzazione, come è noto, invece reputata necessaria per la definizione rilevante in sede civilistica. Sfugge, altresì, la necessità che ogget-

---

(8) Sul punto, di recente, secondo itinerario diverso da quello qui seguito, M. Bonomini, M. Padovan, *Qualificazione del rapporto di subappalto tra fattispecie tipiche e atipiche e conseguenze in caso di vizi e difetti dell'opera eseguita*, in questa *Rivista*, 2021, p. 392 ss.

(9) M. Castellano, *op. cit.*, p. 831 ss., cui si rinvia per altre considerazioni a sostegno.

(10) L'inerenza dell'oggetto del subappalto all'oggetto dell'appalto deve essere intesa in senso rigoroso al fine di distinguere tra subcontratti cui si applica la disciplina degli artt. 105 e 174, e in generale del codice, e subcontratti cui pure l'appaltatore può ricorrere nell'ambito dell'organizzazione della sua attività, ma che non rientrano nella nozione fatta propria dal codice. In questo senso appare assolutamente condivisibile il criterio più volte ribadito dalla giurisprudenza amministrativa e che si basa sulla circostanza che nel subappalto del codice dei contratti pubblici le prestazioni dei subappaltatori sono rivolte direttamente a favore della stazione appaltante e non dell'affidatario (da ultimo, richiama tale criterio, in sede di interpretazione dell'art. 105, comma 3, lett. *a*, Cons. St., 31 maggio 2021, n. 4150, *sub* § 9.2; ma v. anche, Cons. St., 12 aprile 2021, n. 2962, per il quale "nel caso del subappalto, il subappaltatore esegue direttamente parte delle prestazioni del contratto stipulato con l'amministrazione sostituendosi all'affidatario").

Quanto poi alla terzietà, si pone l'alternativa se si debba trattare di terzietà giuridica o anche economica.

La giurisprudenza amministrativa sottolinea la necessità della terzietà anche economica: v. Cons. St., 25 febbraio 2015, n. 936.

to del contratto sia un'opera o servizio. Conseguenza: per la nozione del codice dei contratti sarà subappalto anche il subcontratto il cui titolare sia un lavoratore autonomo(11) o che abbia ad oggetto una fornitura di beni o, finanche, di solo lavoro(12); in definitiva: tutto ciò che è qualificabile come oggetto di subcontratto, purché si tratti di oggetto inerente all'oggetto dell'appalto (o della concessione) e il cui titolare sia un terzo rispetto all'affidatario.

Considerazioni sostanzialmente analoghe sono sollecitate dalla disciplina disposta per il pagamento diretto ai sensi e per gli effetti del combinato disposto dei commi 5 e 6 dell'art. 30 richiamati dall'art. 105, comma 10. Anche in questo caso, vuoi per l'ipotesi di inadempienza contributiva, vuoi per il ritardo nel pagamento delle retribuzioni, si fa riferimento al personale dipendente "dell'affidatario o del subappaltatore o dei soggetti titolari di subappalti e cottimi". Al di là della già evidenziata stravaganza di distinguere

---

(11) Di diverso avviso Cons. St., 31 maggio 2021, n. 4150. In sede di interpretazione dell'art. 105 del codice dei contratti pubblici, si afferma (sub § 9.4) che "la disciplina in tema di subappalto non è immediatamente estensibile (al contratto di lavoro autonomo n.d.r.), se non si dimostri che il contratto di lavoro autonomo costituisca solo uno schermo per il contratto di subappalto". A siffatta conclusione non osterebbe la lett. *a* del comma 3 dell'art. 105 (secondo cui "non si configurano come attività affidate in subappalto [...] l'affidamento di attività specifiche a lavoratori autonomi, per le quali occorre effettuare comunicazione alla stazione appaltante"), in quanto tale enunciato non integrerebbe una norma derogatoria alla disciplina del subappalto, ma avrebbe la funzione di delimitare "i confini della nozione di subappalto applicabile nella disciplina sui contratti pubblici" (§ 9.2). In realtà, l'enunciato richiamato esclude quei contratti di lavoro autonomo che hanno ad oggetto "attività specifiche" (per tali intendendosi, per opinione corrente, le prestazioni intellettuali: cfr. Cons. St., 4 giugno 2006, n. 2943; medesima opinione di recente sostiene Cons. St., 31 maggio 2021, n. 4150; v. anche parere ANAC del 27 settembre 2012) e non i contratti di lavoro autonomo *tout court*. Depone in questo senso anche la parte iniziale del terzo comma che qui rileva, per il quale le seguenti categorie di forniture e servizi "per la loro specificità" non si configurano come attività affidate in subappalto. Chiara la volontà legislativa di sottrarre alla disciplina del subappalto le attività di cui al terzo comma (tra cui quella sopra richiamata), in ragione della loro specificità e non per la qualità (lavoratore autonomo) del soggetto titolare del subcontratto. In questa prospettiva, l'enunciato di cui si dice conferma la lata accezione di subappalto di cui all'art. 105, comma 2, posto che, in mancanza delle specificità, quei rapporti sarebbero riconducibili al subappalto disegnato dal codice dei contratti pubblici.

Afferma invece la natura derogatoria dell'art. 105, comma 3 (almeno con riferimento alla fattispecie di cui alla lett. *c*, ma con discorso che viene prospettato in termini esclusivi della fattispecie considerata): Cons. St., 18 luglio 2019, n. 5068.

(12) E cfr., a tale riguardo, quanto dichiara l'art. 105, comma 4, allorquando stabilisce che i soggetti affidatari dei contratti disciplinati dal codice "possono affidare in subappalto le opere o i lavori, i servizi o le forniture compresi nel contratto". Per quanto riguarda i lavori, il tema sfocia nel rapporto con l'interposizione illecita, e v., sul rapporto appalto di lavori e interposizione illecita di mano d'opera, con considerazioni riproponibili anche in sede di riflessioni sull'oggetto del subappalto, D. Garofalo, *Il perdurante divieto di interposizione*, in Aa.Vv, *Appalti e lavoro*, vol. II, cit., 3 ss.

subappaltatori e titolari di subappalti[13], anche qui occorre riferirsi alla fattispecie negoziale subappalto come sineddoche della categoria subcontratto.

In questo modo appare superabile anche la distonia, prima rilevata, tra art. 105 e art. 174 in ordine ai soggetti reputati meritevoli di tutela: il richiamo ai soli subappaltatori nell'art. 174 rinvia alla nozione di subappalto di cui al secondo comma dell'art. 105, e cioè coincidente con il *genus* subcontratto, e quindi comprensiva di tutte le fattispecie (e i soggetti) contemplate dall'art. 105[14].

Certo, sarebbe agevole obiettare: la circostanza che altre volte sia lo stesso codice a richiamare il termine subappalto accanto a fattispecie che possono tranquillamente essere ricomprese nella lata definizione dell'art. 105, comma 2 (è quanto accade proprio nello stesso art. 105) potrebbe indurre a revocare in dubbio l'ampia definizione di subappalto che qui sostengo come più coerente alla trama assiologica e normativa del codice. E però: tenuto conto di quanto si è fin qui argomentato, appare evidente che non si possa chiedere al vocabolario utilizzato dal legislatore storico del codice dei contratti pubblici una coerenza terminologica particolarmente rigorosa, di tal che appare certo congruo attribuire valenza gerarchica prevalente all'enunciato definitorio contenuto nel secondo comma dell'art. 105[15].

Del resto, non costituisce certo una novità l'utilizzazione di fattispecie, negoziali e non, diversificate in ragione di logiche e obiettivi specifici a differenti settori dell'esperienza giuridica.

D'altronde, come è noto, proprio in sede di contratti pubblici, la stessa nozione di appalto, in ragione anche della sua origine comunitaria, non coincide con quella reputata generalmente congrua al codice civile. E così, se già sul piano della natura dell'attività dell'appaltatore si riscontrano differenze[16], a tacer d'altro, e con conside-

(13) V. s*upra* nt. 5.

(14) Occorre ricordare che si è avanzata una lettura che ipotizza un'autonomia precettiva e quindi una diversa regolamentazione a seconda che il subappalto afferisca ad appalto o concessione: L. Geninatti Satè, *op. cit*., p. 1409 ss. Al di là della condivisibilità in generale di siffatto approccio interpretativo, vero è che, con riferimento al profilo che si considera in questa sede (tutela dei dipendenti dell'appaltatore o del subappaltatore), ogni differente trattamento apparirebbe incomprensibile.

(15) In siffatta prospettiva, le ulteriori specificazioni dei soggetti, e conseguenti figure negoziali, volta a volta richiamati possono trovare (parziale) giustificazione nella avvertita necessità di chiarire che il richiamo al subappalto (e ai subappaltatori) non esclude le altre fattispecie di subcontratto.

(16) Come è noto, mentre la nozione del codice civile riposa sulla natura *imprenditoriale* dell'attività dell'appaltatore, per il codice degli appalti (v. nota successiva) si fa capo all'attività *dell'operatore economico*, richiamando così anche, per esempio, l'agire dei lavoratori autonomi nonché degli esercenti professioni intellettuali, per

razione di vertice, ogni approvvigionamento di beni, servizi, opere e lavori è in via di principio riconducibile, rispetto alle modalità di realizzazione, alla nozione di appalto pubblico, posto che ogni approvvigionamento da effettuarsi con risorse pubbliche deve sottostare ai principi di concorrenza, trasparenza, efficienza ecc. Non solo, ma come è noto, è appalto pubblico ogni approvvigionamento.

In questa sede, dunque, quando si parlerà di appalto nel codice dei contratti pubblici rileverà, ovviamente, il significato offerto dalla lett. *ii* dell'art. 3 del codice[17] e quando si farà riferimento al subappalto si userà il termine nella lata accezione sopra indicata.

3. *(Segue): l'ambito di applicazione delle disposizioni del codice dei contratti pubblici.* – Costituisce altro profilo di evidente disarmonia, questa volta prettamente assiologica, quanto emerge dalla considerazione dell'ambito di applicazione sia, in generale, del codice dei contratti pubblici sia, in particolare, delle singole disposizioni fin qui richiamate.

Come è noto, infatti, la parte prima del codice disegna l'ambito di applicazione dello stesso e, in questo contesto, determina le ipotesi di esclusione di quelle fattispecie di appalti e concessioni sottratte alle regole che si dettano in via generale per i contratti pubblici.

Ebbene, se non è certo questa la sede per analizzare nel dettaglio il complesso e articolato ambito soggettivo e oggettivo del codice, deve però essere evidenziata la distonia assiologica tra ragioni dell'esclusione e ragioni della tutela dei soggetti considerati dalle disposizioni richiamate nel paragrafo precedente[18].

E in vero: l'esclusione dall'applicazione del codice, comporta, come naturale conseguenza, la non applicazione delle disposizioni appena richiamate, con conseguente venir meno, ovviamente, della tutela approntata da siffatti enunciati.

Ora, è noto, la disciplina dei contratti pubblici trova il suo pilastro fondamentale nella tutela del valore "concorrenza". Le ragioni dell'esclusione di determinate fattispecie dall'applicazione di quel-

---

i quali, invece il codice civile predica, come fattispecie negoziale tipica, in via di principio, il contratto d'opera e non l'appalto.

(17) Per il codice sono appalti pubblici "i contratti a titolo oneroso, stipulati per iscritto tra una o più stazioni appaltanti e uno o più operatori economici, aventi per oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti e la prestazione di servizi". Per il codice civile, l'art. 1676 fa esplicito riferimento all'organizzazione di mezzi propri e all'assunzione del rischio. Il richiamo all'organizzazione è assunto come riconducibile all'organizzazione contemplata dall'art. 2082, cod. civ. come elemento identificativo della fattispecie impresa.

(18) Sui contratti esclusi dall'applicazione del codice si soffermano tutti i commentari citati *supra,* nt. 4. In particolare, sull'ambito soggettivo e oggettivo: R. De Nictolis, *Ambito soggettivo e oggettivo di applicazione,* in *www.cameraamministrativasalernitana.it,* Modulo 1, in particolare *sub* § 5 ss.

la disciplina vanno allora ricercate nella circostanza che si tratta di fattispecie che, per logiche tra loro diverse, comunque sono accomunate dall'essere ipotesi in ordine alle quali non si pone un problema – o, in ogni caso, il legislatore non ha avvertito la necessità di porsi il problema – di disporre meccanismi di protezione del valore "concorrenza".

Vedo di chiarire.

Le ragioni che inducono il legislatore a tracciare il perimetro delle fattispecie escluse dall'assoggettamento al codice dei contratti pubblici rinviano a settori che, per le loro caratteristiche, o sono sottratti al mercato concorrenziale o sono naturalmente e direttamente esposti alla concorrenza. In altri termini, trattasi di settori e attività che non hanno bisogno, nella logica legislativa, di essere governati dalle disposizioni del codice per garantire il valore "concorrenza".

Orbene, ma se così è: perché mai la tutela dei soggetti beneficiati dai pagamenti diretti della stazione appaltante, ai sensi e per gli effetti degli artt. 105 e 174 del codice, deve essere condizionata alla necessità di garantire, attraverso l'applicazione delle regole del codice, la tutela del valore "concorrenza"?

L'itinerario assiologico che conduce alla tutela (per brevità) del pagamento diretto è, ovviamente, tutt'altro. Siffatta tutela e le modalità di attuazione della stessa trovano la loro ragion d'essere, rispettivamente, nella particolare protezione che il sistema ritiene di dover riconoscere ai soggetti volta a volta individuati (in quanto, ed evidentemente, soggetti reputati deboli nell'ambito delle fattispecie negoziali considerate), nonché nella circostanza che le utilità derivanti dall'attività dei soggetti di cui si dice sono state fatte proprie dalla stazione appaltante. Il tutto, poi, in un più generale quadro normativo che non può tollerare comportamenti devianti da una corretta esecuzione di contratti in cui sono in gioco risorse pubbliche e che demanda, dunque, alla stazione appaltante anche un ruolo di controllore, per quanto possibile, della regolare e corretta esecuzione.

Insomma: è del tutto evidente che si tratta di scelte (esclusione o meno dall'ambito di applicazione del codice e tutela *ex* artt. 105 e 174) che riposano su piani completamente diversi. Di tal che, condizionare l'una all'altra appare del tutto irragionevole.

Non diverse valutazioni sovvengono circa l'esplicita sottrazione alla disciplina del subappalto di specifiche fattispecie visualizzate dall'art. 105.

Rileva, a tale riguardo, l'art. 105, comma 3, che elenca quattro categorie di forniture o servizi che, cito testualmente, "per la loro specificità, non si configurano come subappalto"[19].

(19) V. *infra*, nt. 20.

Si tratta di fattispecie eterogenee[20] che, al di là del tema, pure rilevante ad altri fini, se abbiano natura derogatoria alla disciplina del subappalto o se non svolgano la funzione di delimitare la fattispecie di subappalto[21], lasciano comunque aperta la domanda relativa a quale possa essere la giustificazione del diverso trattamento di un prestatore di servizi o di un fornitore di beni, che pure l'art. 105, comma 13, contempla tra i destinatari del pagamento diretto da parte della stazione appaltante, a seconda che rientri o meno nelle categorie contemplate dal terzo comma del medesimo articolo.

L'unica possibilità di restituire un minimo di congruità alle disposizioni messe a raffronto sarebbe quella di reputare come la sottrazione alla disciplina del subappalto operata dall'art. 105, comma 3, riguardi solo le regole diverse da quelle che disciplinano il pagamento diretto posto a carico della stazione appaltante. Cioè a dire, si tratta di sottrazione che non intacca la tutela invece dispo-

---

Va ricordato altresì quanto disposto dall'art. 105, comma 2. Qui, dopo aver qualificato il subappalto, come già ricordato, in ragione dell'oggetto (si deve trattare di prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto d'appalto) e della terzietà rispetto all'appaltatore del soggetto cui è demandata l'esecuzione del subcontratto, si dispone che "Costituisce, comunque, subappalto qualsiasi contratto 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 del personale sia superiore al 50 per cento dell'importo del contratto da affidare". Il che può legittimamente indurre a ritenere che al di sotto di tali importi non trovi applicazione la disciplina del subappalto. Certo, tenuto conto del tenore letterale della disposizione (assolutamente anfibologico), può essere altrettanto legittimamente reputato il contrario (potrebbe sostenersi, infatti, che il legislatore abbia voluto escludere espressamente che potessero sorgere dubbi in ordine all'assoggettamento alla disciplina del subappalto della fattispecie espressamente delineata, non escludendo, però, l'applicazione della disciplina di cui si discorre anche alla fattispecie non espressamente richiamata) ma è inutile dire quanto questa incertezza pesi poi in termini di costi per gli operatori e di inflazione giudiziaria per il sistema in ragione degli spazi che apre a contenziosi.

(20) Le categorie di cui si dice nel testo sono: *"a)* l'affidamento di attività specifiche 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 20.000,00 euro annui a imprenditori agricoli nei comuni classificati totalmente montani di cui all'elenco dei comuni italiani predisposto dall'Istituto nazionale di statistica (ISTAT), ovvero 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 l. 28 dicembre 2001, n. 448; *c bis* le prestazioni rese in favore dei soggetti affidatari in forza di contratti continuativi di cooperazione, servizio e/o fornitura sottoscritti in epoca anteriore alla indizione della procedura finalizzata alla aggiudicazione dell'appalto".

(21) Cfr., le diverse letture sul punto di Cons. St., 18 luglio 2019, n. 5068 (natura derogatoria) e di Cons. St., 31 maggio 2021, n. 4150. La diversa lettura è ovviamente rilevante. A mio avviso, in ragione della lata definizione di subappalto (coincidente, si è detto, con il *genus* sub-contratto), merita accoglimento la prima lettura.

sta per i beneficiari del pagamento diretto, ma concerne gli altri profili all'uopo disposti in materia di limiti al subappalto, di obblighi di comunicazione e indicazione posti a carico dell'appaltatore e quant'altro di estraneo alla tutela di quei soggetti.

Questa lettura consentirebbe di superare l'ennesima stravaganza. Va osservato, infatti, che, contrariamente a quanto disposto in sede di redazione dell'art. 105, il legislatore del codice ha dimenticato di richiamare nell'art. 174, in materia di subappalto afferente al contratto di concessione, il contenuto del comma 3 del citato art. 105. Ebbene, se si accoglie l'idea della coincidenza, qui predicata, tra subappalto e subcontratto, in materia di subappalto afferente a contratto di concessione, troverebbero tutela con il pagamento diretto anche quei soggetti titolari dei rapporti richiamati dall'art. 105, comma 3. Con l'interpretazione sopra indicata si restituisce equivalenza al perimetro dei soggetti tutelati dal pagamento diretto tanto in caso di rapporti derivanti da subcontratti inerenti a concessioni quanto in caso di rapporti inerenti a contratti di appalto.

A corredo delle considerazioni appena svolte, va ricordato quanto detto a proposito della *ratio* che sottende alla scelta legislativa del (per brevità) pagamento diretto.

Si è detto: *a)* tutela del contraente debole; *b)* utilità dell'attività posta in essere da parte del contraente debole fatta propria dalla stazione appaltante; *c)* il tutto, nell'ambito di un ruolo di controllore affidato alla stazione appaltante in ragione della natura pubblica delle risorse e dei beni nonché dell'oggetto coinvolti dai contratti di appalto o di concessioni sottoposti alla disciplina del codice. Tutti i profili appena indicati sono rinvenibili nelle fattispecie di subcontratto cui eventualmente accedono appaltatore o concessionario.

Se, però, rispetto ai contratti esclusi dalla disciplina del subappalto dall'art. 105, comma 3, appare possibile superare in via interpretativa le distonie che deriverebbero da una lettura che esasperi la scombinata terminologia dei diversi enunciati rilevanti, così non è per il diverso trattamento, denunciato in apertura di questo paragrafo, tra fattispecie negoziali sottoposte alla disciplina del codice e fattispecie escluse.

A fronte del pesante conflitto assiologico segnalato, non resta che auspicare un intervento legislativo che, allora, ricomponga tutte le disarmonie, quantomeno in punto di (per brevità) pagamento diretto; disarmonie che, come si vedrà, non si limitano a quanto fin qui denunciato.

4. *L'art. 29, comma 2, d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276.* – Consideriamo ora l'art. 29, d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276, tentando di far emergere le differenze con quanto, sia pure con le incertezze segnalate, disposto dal codice dei contratti pubblici.

Stabilisce il secondo comma dell'articolo appena ricordato che: "in caso di appalto di opere o di servizi, il committente imprenditore o datore di lavoro è obbligato in solido con l'appaltatore, nonché con ciascuno degli eventuali subappaltatori, entro il limite di due anni, dalla cessazione dell'appalto, a corrispondere ai lavoratori i trattamenti retributivi, comprese le quote di trattamento di fine rapporto, nonché i contributi previdenziali e assicurativi dovuti in relazione al periodo di esecuzione del contratto di appalto, restando escluso qualsiasi obbligo per le sanzioni civili di cui risponde solo il responsabile dell'inadempimento".

Vediamo di concentrare l'attenzione sul diverso ambito di applicazione degli enunciati normativi a raffronto.

Se, infatti, non soccorrono differenze circa il contenuto delle obbligazioni poste a carico della stazione appaltante (e del subcommittente), altri profili rilevanti meritano di essere segnalati.

Sovvengono: *a)* la nozione di appalto e subappalto; *b)* i soggetti passivi dell'obbligazione; *c)* i soggetti attivi dell'obbligazione; *d)* le condizioni poste per il sorgere dell'obbligazione.

Sotto il primo profilo, sia pure non direttamente, l'art. 29 sembra rifarsi alla nozione civilistica di appalto e subappalto.

Stabilisce, infatti, l'art. 29, comma 1, che: "Ai fini della applicazione delle norme contenute nel presente titolo, il contratto di appalto, stipulato e regolamentato ai sensi dell'art. 1655, cod. civ., si distingue dalla somministrazione di lavoro per la organizzazione dei mezzi necessari da parte dell'appaltatore, che può anche risultare, in relazione alle esigenze dell'opera o del servizio dedotti in contratto, dall'esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto, nonché per la assunzione, da parte del medesimo appaltatore, del rischio d'impresa".

Il richiamo effettuato all'art. 1655, cod. civ. è un dato sufficiente per assumere come il legislatore storico si sia voluto rifare al paradigma definitorio di appalto e subappalto valevole in ambito civilistico[22].

---

(22) Si è opinato che la nozione di appalto di cui all'art. 29 sia "più flessibile" di quella di cui all'art. 1655, cod. civ.: C. Cordella, *Appalti: nozione lavoristica e tutela dei crediti retributivi dei lavoratori,* in *Diritto delle relazioni industriali*, 2016, p. 523. Tanto si ricava dal richiamo, operato dalla disposizione da ultimo citata, all'esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nel subappalto come condizione sufficiente ad integrare il profilo organizzativo che deve sussistere in capo a chi assuma il compimento dell'opera o del servizio perché possa configurarsi la fattispecie appalto. Ma, in realtà, il requisito dell'organizzazione di cui all'art. 1655, cod. civ. altro non è se non l'etero-organizzazione richiesta dall'art. 2082, cod. civ. perché possa parlarsi di attività di impresa (e si ricollega alla necessità che appaltatore e sub-appaltatore siano qualificabili come imprenditori). E, come è noto, l'etero-organizzazione richiesta dall'art. 2082, cod. civ. certamente deve reputarsi integrata anche dal "solo" ricorso al lavoro altrui

Tenuto conto delle differenze prima segnalate tra le nozioni civilistiche e nozioni coerenti al codice dei contratti pubblici si avrebbe così una prima conseguenza sul differente campo di applicazione delle norme a raffronto.

Occorre però dare atto di un tendenziale ampliamento del perimetro entro il quale si reputa applicabile l'art. 29, d.lgs. n. 276 del 2003.

Con la sentenza del 6 dicembre 2017, n. 254, la Corte costituzionale non ha accolto le ragioni del Giudice remittente, reputando che le stesse potessero essere superate attraverso un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 29, e ha così sancito che tale disposizione debba trovare applicazione anche rispetto al contratto di subfornitura, indipendentemente dalla configurazione di tale negozio come *species* dell'appalto o fattispecie contrattuale autonoma.

La decisione del giudice delle leggi si basa sulla necessità di "evitare che i meccanismi di decentramento – e di dissociazione tra titolarità del contratto di lavoro e utilizzazione della prestazione – vadano a danno dei lavoratori utilizzati nell'esecuzione del contratto commerciale".

Ne consegue, dunque, che sulla base di questa decisione, ogni contratto che comporti di fatto un decentramento, una dissociazione tra titolarità del contratto di lavoro e utilizzazione della prestazione, potrà/dovrà essere governato dalla solidarietà sancita dall'art. 29[23].

Sempre in ordine all'ambito di applicazione, questa volta sotto il profilo delle stazioni appaltanti chiamate a rispondere, va ricordato l'art. 1, comma 1, per il quale: "Il presente decreto non trova applicazione per le pubbliche amministrazioni e per il loro personale". Sul punto è intervenuto altresì l'art. 9, d.l. n. 76 del 2013, convertito con modificazioni nella l. n. 99 del 2013, il quale, oltre a stabilire che le disposizioni dell'art. 29 devono trovare applicazione anche rispetto ai lavoratori autonomi (punto su cui si tornerà), ha precisato che quelle disposizioni "non trovano applicazione in relazione ai contratti di appalto stipulati dalle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165"[24].

(sulla nozione di organizzazione per la qualificazione dell'attività di impresa ai sensi dell'art. 2082 cod. civ., rinvio a M. Castellano, *La fattispecie impresa,* in *Corso di Diritto Commerciale,* a cura di L. Buttaro, M. Castellano, F. Vessia, Torino, 2019, p. 92. In altri termini, non è sul piano della fattispecie "appalto" che si diversificano codice civile e art. 29, d.lgs. n. 276 del 2003.

(23) E v. già, Trib. Bolzano, 13 maggio 2011, in *D&L: Riv. Crit. Dir. Lav.*, 2012, p. 530.

(24) Sul punto, v. A. Zilli, *La solidarietà negli appalti (e subappalti) della pubblica amministrazione*, in Aa.Vv., *Appalti e lavoro*, cit., vol. I, p. 277 ss., cui si rinvia anche

Rileva poi, sempre sotto il profilo dell'ambito soggettivo di applicazione, l'esenzione disposta dal comma 3-*ter* dell'art. 29, a mente del quale il comma 2 del medesimo articolo non si applica agli appalti i cui committenti siano persone fisiche che non svolgono attività imprenditoriale o professionale[25].

La non applicazione dell'art. 29 alle pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1, d.lgs. n. 165 del 2001 non esclude la necessità di coordinare l'art. 29, d.lgs. n. 267 del 2003 con la disciplina del codice dei contratti pubblici, posto che quest'ultimo trova applicazione anche allorquando la stazione appaltante sia diversa dalle pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, d.lgs. n. 165 del 2001[26].

Riguardo ai soggetti tutelati, fatto salvo quanto detto a proposito della *vis* espansiva conseguente alla decisione della Corte costituzionale, l'art. 29, se da un lato non contempla i subappaltatori come destinatari dell'obbligazione della stazione appaltante (risultando così, sotto questo profilo, più riduttivo rispetto al codice dei contratti pubblici), si colloca però in un perimetro più ampio rispetto alle disposizioni del codice con riferimento ai prestatori di lavoro di appaltatore e subappaltatore, posto che, come già anticipato, l'art. 9, d.l. n. 76 del 2013 estende, a tale riguardo, la tutela ai lavoratori autonomi contrattualizzati da appaltatore e subappaltatore, laddove il codice dei contratti si limita a richiamare il "personale dipendente" dell'esecutore o del subappaltatore[27].

Articolata e certamente più complessa è la riflessione da con-

---

per ulteriori richiami dottrinali e giurisprudenziali; e v. anche F. M. Putaturo Donati, *Decadenza ex art. 29, comma 2, d.lgs. n. 276 del 2003 e sua opponibilità all'ente previdenziale*, in *Giur. it.*, 2021, p. 149 ss.

Per un'analisi e inquadramento più generale della chiamata in solidarietà della stazione appaltante, v. D. Garofalo, *La responsabilità solidale*, in Aa.Vv., *Appalti e lavoro*, cit., p. 119 ss.

(25) Mentre troverebbe applicazione anche con riferimento ai prestatori d'opera intellettuale: D. Garofalo, *La responsabilità solidale,* cit., p. 124.

(26) E v., di recente, confermando un reiterato orientamento, Cass., 2 luglio 2021, n. 18818, che afferma l'applicabilità dell'art. 29, d.lgs. n. 276 del 2003, alle società partecipate pubbliche, ancorché le stesse siano sottoposte al codice dei contratti pubblici. Sempre di recente, sulla stessa linea, per le società in *house,* Trib. Cassino, Sez. lav., 30 marzo 2021, n. 242.

Come si vedrà più oltre, una certa lettura dell'art. 105, comma 8, e dell'art. 174, comma 7, del codice può condurre al risultato di un'applicazione diversificata dell'art. 29, d.lgs. n. 276 del 2003, allorquando si tratti di appalti sottoposti al regime del codice.

(27) Qualora si accogliesse l'interpretazione che qui si è proposta della fattispecie subappalto, il lavoratore autonomo utilizzato dall'appaltatore, ricorrendo le condizioni di cui all'art. 105, comma 2, sarebbe tutelato come subappaltatore nel codice dei contratti pubblici. Qualora non si accogliesse la lettura qui prospettata, il lavoratore autonomo utilizzato dall'appaltatore, nel codice, rimarrebbe privo di tutela. Le variabili della tutela (o mancanza di tutela) per il lavoratore autonomo poi si moltiplicano in ragione della possibile applicazione dell'art. 29 anche agli

durre rispetto alle condizioni cui rinviano le disposizioni a raffronto circa il sorgere dell'obbligazione della stazione appaltante (o del subappaltante).

Condizione per il sorgere dell'obbligazione della stazione appaltante, secondo la disciplina del codice dei contratti pubblici, è l'esistenza di un debito di pari importo della committente nei confronti dell'appaltatore (o del concessionario) e/o del subappaltatore.

Tanto si ricava, per quanto riguarda le retribuzioni dei lavoratori dell'appaltatore e del subappaltatore, dalla seconda parte del comma 6 dell'art. 30 del codice. Qui, infatti, dopo aver disposto l'obbligo del pagamento di cui si dice in favore direttamente dei lavoratori, si sancisce il diritto della stazione appaltante di detrarre "il relativo importo dalle somme dovute all'affidatario del contratto ovvero dalle somme dovute al subappaltatore inadempiente nel caso in cui sia previsto il pagamento diretto ai sensi dell'art. 105". Certo, ancora una volta, il legislatore non brilla per chiarezza espositiva dei precetti che detta, e però si parla di diritto di detrarre e non di regresso, come sarebbe stato lecito attendersi se il pagamento diretto non fosse stato condizionato all'esistenza di un debito della stazione appaltante di pari importo nei confronti dell'affidatario e/o del subcontraente. La conclusione adombrata è suggerita anche dalla precisazione per cui il pagamento ai dipendenti del subappaltatore è condizionato alla sussistenza di un debito (obbligo del pagamento diretto) nei confronti di costui. E non si deduce da alcun passaggio normativo l'eventuale volontà legislativa di diversificare il trattamento tra dipendenti dell'appaltatore e del subappaltatore.

Quanto poi all'assoluto silenzio sul punto in ordine all'obbligo del pagamento diretto ai subappaltatori di cui all'art. 105, comma 13, sarebbe singolare se a questi si riservasse un trattamento più favorevole di quanto riservato ai dipendenti (dello stesso subappaltatore e/o dell'appaltatore) e così sarebbe se non si condizionasse il pagamento lì previsto anche in questo caso ad un debito di pari importo della stazione appaltante nei confronti dell'affidatario.

Non diverso discorso deve essere effettuato con riferimento agli obblighi sanciti dall'art. 30, comma 5, circa l'inadempimento contributivo dell'affidatario o del subappaltatore (versamento diretto agli enti previdenziali in caso di inadempienza contributiva di affidatario o subappaltatore risultante dal DURC). Con una precisazione. In questo caso la legge impone alla stazione appaltante di verificare la regolarità del DURC prima di procedere ai pagamenti e, qualora si procedesse al pagamento senza effettuare i control-

---

appalti sottoposti al codice (v. nota precedente). È una delle tante disarmonie che emergono da una lettura comparata degli enunciati.

li prescritti, la stazione appaltante sarebbe responsabile dell'eventuale danno che dovessero subire lavoratori e/o enti previdenziali. Ma sarebbe responsabilità per inadempimento: fattispecie diversa dall'obbligo del versamento diretto.

In buona sostanza, sia pure con i soliti (oramai) limiti in termini di chiarezza, il pagamento diretto da parte della stazione appaltante è subordinato all'esistenza di un debito corrispondente nei confronti dell'appaltatore e/o del subappaltatore (a seconda dei casi), con l'effetto che si avrà una decurtazione pari all'importo pagato e/o versato tanto del debito dovuto dalla stazione appaltante nei confronti dell'appaltatore e/o del subappaltatore quanto del debito di questi nei confronti dei dipendenti nonché del debito dell'affidatario nei confronti del subappaltatore.

Differente l'orientamento dell'art. 29, d.lgs. n. 276 del 2003. La stazione appaltante potrebbe aver adempiuto per intero ai propri obblighi rinvenienti dal contratto di appalto e, ciò nondimeno, rimanere obbligata in solido con appaltatore e/o subappaltatore nei confronti dei dipendenti di questi ultimi.

L'obbligazione solidale della stazione appaltante con l'appaltatore e subappaltatore prescinde, infatti, dall'esistenza di un debito attuale verso costoro: tanto emerge chiaramente sia dal termine (due anni) di prescrizione dell'obbligazione di cui si dice sia dal diritto di regresso che la legge riconosce al committente in caso di pagamento.

Anche a tale riguardo, però, il codice dei contratti pubblici introduce degli elementi di criticità.

L'art. 105, comma 8, nella formulazione in vigore dal 1° novembre 2021[(28)], dopo aver sancito, nel primo periodo, la responsabilità solidale del contraente principale e del subappaltatore nei confronti della stazione appaltante, in relazione alle prestazioni oggetto del contratto di subappalto, e richiamato, nel secondo periodo, la responsabilità solidale dell'aggiudicatario "con il subappaltatore in relazione agli obblighi retributivi e contributivi, ai sensi dell'art. 29 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276", statuisce, nel periodo successivo, che "nelle ipotesi di cui al comma 13, lett. *a* e *c,* l'appaltatore è liberato dalla responsabilità solidale di cui al primo periodo".

Al netto dell'erroneo richiamo alla "responsabilità solidale di cui al primo periodo" (la responsabilità solidale che rileva è quella attualmente disposta nel secondo periodo), il precetto sancito dall'ultima parte dell'enunciato normativo sembra essere chiaro: se la sta-

(28) Cfr. art. 49, comma 2, lett. *b bis*, d.l. 31 maggio 2021, n. 77, convertito con modificazioni in l. 29 luglio 2021, n. 108.

zione appaltante ha pagato il subappaltatore ai sensi del comma 13, lett. *a* e *c,* la responsabilità solidale che, ai sensi dell'art. 29, d.lgs. n. 276 del 2003, lega aggiudicatario e subappaltatore nei confronti dei dipendenti di quest'ultimo viene meno; l'aggiudicatario è liberato.

Il comma 13, si ricorderà, stabilisce quando scatta l'obbligo per la stazione appaltante di pagare direttamente il subappaltatore.

Ora, innanzi tutto: perché mai la liberazione dell'aggiudicatario è disposta solo nelle ipotesi previste dalle lett. *a* e *c* (e cioè, rispettivamente, quando il subcontraente sia piccola o microimpresa o quando il subcontraente richieda il pagamento diretto)?

Perché l'ipotesi visualizzata dalla lett. *b,* comma 13 (pagamento diretto al subappaltatore in caso di inadempimento da parte dell'appaltatore) è stata espunta?

La risposta più agevole è che non si sia voluto riconoscere all'appaltatore un beneficio (liberazione dalla responsabilità solidale nei confronti dei dipendenti del subappaltatore) per il fatto del suo stesso inadempimento.

E perché mai, in tema di subconcessione, l'art. 174, comma 7, non opera alcuna distinzione tra le ipotesi di pagamento diretto al sub-concessionario rispetto alla liberazione dell'aggiudicatario nei confronti dei dipendenti del primo? (29)

Non c'è ragione per diversificare il trattamento di quanto qui si dice a seconda che si tratti di appalto o concessione.

Occorre trattare la mancata menzione della lett. *b,* comma 13, nel comma 8, art. 105, come una "svista" e recuperare parità di trattamento a subappalti inerenti tanto a contratti di appalto quanto a contratti di concessione?

O la svista è da ritrovare in sede di comma 7 dell'art. 174? Nel senso che anche in tale caso occorre espungere dal "beneficio" (per il concessionario) il fatto dell'inadempimento?

E comunque: non è stravagante disconoscere il diritto dei dipendenti del subappaltatore nei confronti dell'appaltatore e/o concessionario per comportamenti discrezionali del subappaltatore (richiesta del pagamento diretto alla stazione appaltante) o per la configurazione dell'impresa esercitata dal subappaltatore come micro e piccola impresa (con conseguente minor tutela per i dipendenti del subappaltatore micro e piccola impresa rispetto ai dipendenti

(29) L'art. 174, comma 7, già ricordato, dopo aver disposto l'obbligo del pagamento diretto al subappaltatore da parte della stazione appaltante nei casi sostanzialmente analoghi a quelli previsti dall'art. 105, comma 13, stabilisce che: "In caso di pagamento diretto (della stazione appaltante al subappaltatore, n.d.r.) il concessionario è liberato dall'obbligazione solidale di cui al comma 5" (il comma 5 a sua volta richiama l'art. 29, d.lgs. n. 276 del 2003 mediante un rinvio alla "legislazione vigente").

del subappaltatore la cui organizzazione aziendale è riconducibile ad un'impresa medio-grande)?

Ma non sono solo questi interrogativi che vengono sollecitati in termini di criticità dalla lettura dell'enunciato che si va considerando. E, infatti, rimane da dire di una criticità di vertice.

Si è visto come l'art. 29, d.lgs. n. 276 del 2003, non subordini la responsabilità della stazione appaltante, in ordine alle obbligazioni lì individuate, ad un corrispondente debito di essa nei confronti dell'appaltatore.

Orbene, come è noto, i rapporti tra appaltatore e subappaltatore sono regolati dalle medesime disposizioni, *mutatis mutandis*, che governano le relazioni tra stazione appaltante e appaltatore.

In altri termini, per quanto ora rileva, ai sensi del citato art. 29, l'appaltatore sarà responsabile in solido con il subappaltatore nei confronti dei dipendenti del subappaltatore, per le obbligazioni lì previste, indipendentemente dall'esistenza di un debito nei confronti del subappaltatore.

Ora, con le disposizioni del codice degli appalti, si è visto, il pagamento del subappaltatore da parte della stazione appaltante libera l'appaltatore dalla responsabilità solidale *ex* art. 29, d.lgs. n. 276 del 2003.

Cioè a dire: l'estinzione del debito dell'appaltatore nei confronti del subappaltatore libera il primo dalla responsabilità solidale nei confronti dei dipendenti del secondo.

Questo quando ad effettuare il pagamento nei confronti del subappaltatore sia la stazione appaltante.

Ma se così è, appare non irragionevole ritenere che, per il codice dei contratti pubblici, l'effetto liberatorio di cui si dice si produca anche quando il pagamento del subappaltatore è effettuato dallo stesso appaltatore.

In altri termini: se l'effetto liberatorio è dato dal pagamento del subappaltatore, che rilevanza ha che il pagamento sia effettuato dalla stazione appaltante o dall'appaltatore?

Insomma, sembrerebbe che per il codice degli appalti la responsabilità solidale *ex* art. 29, d.lgs. n. 276 del 2003, venga meno in caso di inesistenza del debito dell'appaltatore nei confronti del subappaltatore. Certo, questo dicono il comma 8 dell'art. 105 e il comma 7 dell'art. 174 in caso di estinzione del debito dell'appaltatore nei confronti del subappaltatore da parte della stazione appaltante, in virtù dell'obbligo posto a suo carico dal comma 13 dell'art. 105 e del comma 7 dell'art. 174. Logica vorrebbe che medesimo risultato debba configurarsi anche in caso di pagamento effettuato dall'appaltatore (o del concessionario) in ragione degli obblighi derivanti dal contratto di subappalto.

Siffatta ipotetica conclusione finisce, in buona sostanza, per subordinare anche l'operatività dell'art. 29, d.lgs. n. 276 del 2003, all'e-

sistenza di un debito del sub-committente (appaltatore o concessionario) nei confronti del subappaltatore. Ma se questo è tra subcommittente e subappaltatore, logica vuole che sia anche tra committente e appaltatore. Nel senso che anche la responsabilità della stazione appaltante *ex* art. 29 è da escludere allorquando quella stazione non abbia debiti attuali nei confronti dell'appaltatore (non avrebbe senso differenziare la posizione del committente da quella del sub-committente). Ma si tratta di conclusione tutt'affatto opposta a quanto disposto in via generale dal citato art. 29.

Anche qui, credo che non sussistano sufficienti poteri dell'interprete per comporre a razionalità le rilevate criticità.

Non resta che auspicare un intervento legislativo che superi le contraddizioni rilevate, prima che le stesse siano dibattute nelle aule giudiziarie.

Nelle more, non si può che prendere atto di una volontà legislativa che, al di là della consapevolezza del legislatore storico, in definitiva finisce con l'escludere l'applicabilità dell'art. 29 allorquando si tratti di contratti pubblici assoggettati al relativo codice[30].

5. *L'art. 1676, cod. civ.* – L'ultima disposizione da considerare è l'art. 1676, cod. civ., ai sensi della quale, come è noto, si riconosce a coloro che alle dipendenze dell'appaltatore hanno dato la loro attività per eseguire l'opera o il servizio oggetto dell'appalto, un'azione diretta "contro il committente per conseguire quanto è loro dovuto, fino alla concorrenza del debito che il committente ha verso l'appaltatore nel tempo in cui essi propongono la domanda".

Come si vede, qui non si prendono in considerazione né i subappaltatori né i dipendenti di questi né i lavoratori autonomi.

Anche qui, invece, come è per il codice dei contratti pubblici, e a differenza di quanto riconducibile all'art. 29, d.lgs. n. 276 del 2003, l'obbligazione della stazione appaltante è condizionata all'esistenza, e nei limiti, del debito esistente nei confronti dell'appaltatore.

A differenza di quanto previsto dalle altre disposizioni in comparazione, non si richiamano le obbligazioni contributive e, quanto al

(30) Volontà legislativa, è inutile dire, distonica rispetto alla logica del più complessivo sistema del codice. Nonostante le molteplici criticità rilevate, non par dubbio che gli artt. 105 e 174 mostrano di volersi fare carico in modo precipuo della tutela degli interessi di lavoratori e di subappaltatori; ci si aspetterebbe, allora, una maggior tutela di siffatti interessi rispetto a quanto disposto dalle regole generali. Con la conclusione indicata nel testo, al contrario, si giunge ad un risultato opposto. La verità è che ci si trova di fronte ad una vera e propria aporia che non appare superabile se non mediante un'interpretazione abrogativa dell'inciso considerato nel testo dei commi 8 e 7 rispettivamente degli artt. 105 e 174 del codice dei contratti pubblici. Interpretazione, però, che non appare praticabile (il codice si pone come legge speciale e posteriore rispetto al d.lgs. n. 276 del 2003, sussistono quindi criteri interpretativi deputati a risolvere la distonia).

contenuto dell'obbligazione nei confronti degli ausiliari dell'appaltatore, la soluzione più congrua rinvia, in ragione del collegamento funzionale con l'attività espletata in sede di esecuzione dell'appalto, alla natura retributiva con esclusione di ogni altro debito dell'appaltatore (o subappaltatore) che, ancorché discendente dal rapporto di lavoro, non risulti riconducibile alla natura di corrispettivo dell'attività espletata in sede di esecuzione dell'appalto.

Vero è, però, che l'ampia locuzione utilizzata dalla legge ("quanto dovuto") lascia spazio a opzioni interpretative diverse(31).

Rilevano, altresì, anche qui le differenze tra appalto pubblico e appalto privato regolato dal codice civile. Anche se, nella lettura costituzionalmente orientata dell'art. 1676, cod. civ., quanto rile-

---

(31) A. Zilli, *op. cit.*, p. 781 reputa "più comprensivo" l'art. 1676, cod. civ. rispetto all'art. 29, d.lgs. n. 276 del 2003 in quanto comprenderebbe anche crediti da risarcimento e indennità. V. le precisazioni sul punto, sulla necessità, cioè, che il credito risarcitorio sia "in relazione di corrispettività con le prestazioni effettuate per eseguire l'appalto", di Trib. Roma, 12 maggio 2020, n. 2441.

Secondo altra opinione, sarebbe l'art. 29, d.lgs. n. 276 del 2003 ad accordare ai lavoratori una tutela "più estesa perché garantisce non solo il soddisfacimento dei crediti retributivi, ma anche il trattamento di fine rapporto, i contributi previdenziali e i premi dovuti" (App. Lecce, 23 febbraio 2017, n. 527). In disparte gli obblighi contributivi, di cui si è detto *supra*, nel testo, vero è che la natura retributiva del TFR (da ultimo, in questo senso, Trib. Milano, 1° dicembre 2020, n. 2000; di pacifica natura retributiva del TFR parla anche Trib. Roma, 25 maggio 2020, n. 2627) conduce, a tale riguardo, ad una sostanziale identità del contenuto delle obbligazioni a raffronto.

Esclude la sussumibilità nell'art. 1676, cod. civ. del credito risarcitorio per licenziamento illegittimo: Cass., 17 dicembre 2019, n. 33407. Qui il giudice di legittimità afferma un principio di carattere generale in ordine all'oggetto dell'obbligazione, stabilendo che l'art. 1676, cod. civ. chiama il committente (o subcommittente nei confronti dei lavoratori del subappaltante) a corrispondere "il solo credito maturato dal lavoratore in forza dell'attività svolta per l'esecuzione dell'opera o la prestazione del servizio oggetto dell'appalto, e non anche con riferimento ad ulteriori crediti pure relativi allo stesso rapporto di lavoro". Con il richiamo al rapporto sinallagmatico con "l'attività svolta" sembra si faccia riferimento alla necessità di limitare l'obbligo del committente al corrispettivo dovuto e quindi esclusivamente alla natura retributiva della pretesa. Pretesa, poi, che deve essere funzionalmente riconducibile all'attività prestata (insomma, due criteri: natura retributiva e collegamento funzionale). In linea, D. Garofalo, *La responsabilità solidale,* cit., p. 120, ove si precisa che la tutela prestata dall'art. 1676, cod. civ. "riguarda esclusivamente i crediti retributivi maturati dai lavoratori nel corso dell'esecuzione dell'appalto, restando esclusi eventuali altri crediti originati dallo stesso rapporto di lavoro, ma al di fuori della esecuzione del contratto di appalto stipulato con il committente contro cui si agisce, a prescindere dalla natura retributiva o meno del credito. Analoga conclusione, secondo il consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità, vale per i debiti dell'appaltatore verso enti previdenziali e assicurativi, riferiti ai rapporti con i dipendenti impiegati nella esecuzione del contratto di appalto". Sia pure in termini incidentali, sembra attribuire una portata maggiore all'art. 1676, cod. civ. rispetto all'art. 29, d.lgs. n. 276 del 2003 in ordine ai crediti che possono essere fatti valere dagli ausiliari dell'appaltatore, Cass. 25 settembre 2019, n. 23938. Ovviamente il tutto poi rinvia al dibattito di cosa abbia o meno natura retributiva nei rapporti di dare e avere tra datore di lavoro e dipendenti.

vato dal giudice delle leggi in ordine alla *vis espansiva* della tutela dei dipendenti nel caso di fattispecie negoziali deputate a realizzare decentramento produttivo e alterazione tra titolare del rapporto di lavoro e utilizzatore delle attività dei lavoratori, appare del tutto replicabile[32].

Una riflessione più puntuale merita l'ambito di applicazione rispetto ai soggetti passivi dell'obbligazione.

Secondo opinione che non trova pareri contrari e suffragata dal Giudice di legittimità, l'art. 1676, cod. civ. non soffre, dal lato passivo dell'obbligazione, di alcuna limitazione soggettiva.

In particolare, si reputa che l'enunciato normativo di cui si dice debba trovare applicazione anche quando la stazione appaltante sia una pubblica amministrazione (contrariamente a quanto si è visto per l'art. 29, d.lgs. n. 276 del 2003) e, più in generale, anche quando si tratti di appalto pubblico[33].

Per la verità, siffatta opinione si è radicata in un contesto normativo antecedente all'emanazione dell'attuale codice dei contratti pubblici. Un contesto normativo che attribuiva alla stazione appaltante una facoltà di corrispondere quanto dovuto ai dipendenti di appaltatore e subappaltatore. E che consentiva di basare la generale applicabilità dell'art. 1676, cod. civ. sulla natura residuale di siffatta disposizione[34].

Orbene, con l'attuale assetto normativo dovuto al codice dei contratti pubblici, un dato appare certo, al di là della scarsa linearità degli interventi dei redattori degli enunciati, e cioè che non è più lecito parlare di facoltà. L'intervento della stazione appaltante è un obbligo.

Ma se così è, è lecito dubitare che l'art. 1676, cod. civ. possa essere invocato anche in caso appalto pubblico.

Residuale è quella disposizione che regolamenta fattispecie non sussumibili in altre fattispecie espressamente regolamentate.

Oggi non è più così: il pagamento diretto stabilito dal codice degli appalti nei confronti dei dipendenti dell'appaltatore è un obbligo ed è condizionato all'esistenza di un debito di pari importo nei confronti dell'appaltatore.

Anche l'art. 1676, cod. civ. pone un obbligo di pagamento diretto nei confronti dei dipendenti dell'appaltatore in capo alla stazione appaltante. E anche siffatta disposizione condiziona l'obbligo in parola all'esistenza di un debito nei confronti dell'appaltatore.

Nel rapporto tra art. 1676, cod. civ. e codice dei contratti pub-

(32) V. *supra*, § 4.

(33) Cfr. Cass. 7 luglio 2014, n. 15432.

(34) V. *supra*, nt. 33.

blici sembra predicabile più un rapporto tra legge generale e anteriore e legge speciale e posteriore, con conseguente inapplicabilità dell'art. 1676, cod. civ. a tutte le fattispecie assoggettate al codice.

6. *Sintesi sugli ambiti applicativi delle disposizioni considerate e cenni sul rapporto tra obblighi del committente e coinvolgimento dell'appaltatore e/o del subappaltatore.* – Per chiarezza, è opportuno rappresentare sinteticamente e schematicamente i diversi ambiti applicativi delle disposizioni fin qui considerate.

Per completezza, poi, è necessario accennare al coinvolgimento o meno dell'appaltatore (e/o del subappaltatore in caso di pagamento da parte del subcommittente) nell'adempimento del pagamento diretto commesso al committente (o al subcommittente).

Sotto il primo profilo.

Per le pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165: *a)* non trova applicazione l'art. 29, d.lgs. n. 276 del 2003; *b)* non trova applicazione il codice dei contratti allorquando si tratti di fattispecie esentate; *c)* in questo caso, e solo in questo caso, secondo l'opinione di chi scrive, trova applicazione l'art. 1676, cod. civ.; *d)* secondo opinione corrente, l'art. 1676, cod. civ. trova invece applicazione anche con riferimento alle fattispecie sottoposte al regime del codice dei contratti.

Per i soggetti diversi dalle pubbliche amministrazioni appena richiamate che pongano in essere fattispecie contrattuali assoggettate in via di principio alla disciplina dei contratti pubblici: *a)* trova applicazione l'art. 29, d.lgs. n. 276 del 2003 sia che si tratti di fattispecie esentate dall'applicazione della disciplina del codice dei contratti pubblici sia in caso contrario; *b)* per l'opinione di chi scrive, solo in caso di fattispecie esentate troverà applicazione l'art. 1676, cod. civ.; *c)* secondo opinione corrente, l'art. 1676, cod. civ. troverà applicazione in tutti i casi, indipendentemente dall'assoggettamento al codice dei contratti.

In buona sostanza, per chi scrive, quando è applicabile il codice dei contratti pubblici non trova applicazione l'art. 1676, cod. civ. Quando non è applicabile il codice dei contratti pubblici, troverà applicazione l'art. 1676, cod. civ.

Per opinione corrente, l'art. 1676, cod. civ. trova applicazione indipendentemente dal concorso della disciplina del codice dei contratti.

L'operatività dell'art. 29, d.lgs. n. 276 del 2003 prescinde dall'applicazione o meno del codice dei contratti pubblici e dipende dalle caratteristiche soggettive della stazione appaltante: non trova applicazione in caso di persona fisica che non svolga attività imprenditoriale o professionale nonché allorquando si tratti di pubblica amministrazione ai sensi dell'art. 1, comma 2, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165.

Tra l'art. 29 appena richiamato e l'art. 1676, cod. civ. non soccorrono incompatibilità.

Per quanto riguarda il secondo profilo sopra riportato (coinvolgimento dell'appaltatore o del subappaltatore nell'esecuzione del pagamento diretto commesso al committente o subcommittente), si tratta, come è agevole dire, di aspetto di non poca importanza: occorre stabilire se e in che termini tutelare (appaltatore e/o subappaltatore) chi ha ovviamente interesse a che il pagamento della stazione appaltante avvenga sul presupposto di un credito realmente esistente nei suoi confronti, posto che quel pagamento o estingue, nella corrispondente misura, il debito del committente verso di lui (è l'ipotesi disciplinata dal codice dei contratti pubblici e dall'art. 1676, cod. civ.) o lo sottopone al diritto di regresso della stazione appaltante (è il caso di cui all'art. 29, d.lgs. n. 276 del 2003).

Ebbene, tanto per il pagamento diretto *ex* art. 29, d.lgs. n. 276 del 2003, quanto per quello stabilito dall'art. 1676, cod. civ., nulla è detto di esplicito dalla legge; non è così per il pagamento disciplinato dal codice dei contratti pubblici, ma solo per l'intervento della stazione appaltante in favore dei lavoratori dell'appaltatore e del subappaltatore; torna il silenzio della legge a proposito di quanto deve essere corrisposto ai subappaltatori.

Il silenzio della legge, nei primi due casi, rinvia, sul piano processuale, al generale problema del rapporto tra obbligazioni solidali e litisconsorzio, problema che trova, come è noto, la giurisprudenza attestata sulla non sussistenza del litisconsorzio necessario(35).

In siffatto assetto normativo, in disparte il rimedio processuale del litisconsorzio facoltativo, è possibile dire che, di fatto, allo stato, la legge rinvia a eventuali cautele che la stazione appaltante può assumere sul punto in sede di determinazione del contenuto negoziale deputato a regolamentare i rapporti con appaltatori e subappaltatori(36) .

---

(35) V. di recente, in un caso di responsabilità di amministratori di società di capitali, ma richiamando il consolidato orientamento in materia di obbligazioni solidali, Cass., 6 ottobre 2020, n. 21497; v. anche Cass., 29 luglio 2014, n. 17221.

Più nello specifico, in ordine all'insussistenza del litisconsorzio necessario quando gli ausiliari agiscano ai sensi e per gli effetti dell'art. 1676, cod. civ.: Cass., 4 settembre 2000, n. 11607; Cass., 28 settembre 2005, n. 18913.

(36) Si tratta, infatti, di individuare, per elementari esigenze di effettività della tutela e di certezza del diritto (esigenze altamente pressanti nella tematica che qui rileva), degli strumenti che possano prevenire il contenzioso, per quanto possibile. Per esempio: la previsione nel contratto di appalto di una manleva dell'appaltatore che garantisca la stazione appaltante in caso di pagamento effettuato ai sensi dell'art. 29, d.lgs. n. 276 del 2003 (lo ricordano, a proposito dell'art. 29, L. Mian, E. Ratti, *La responsabilità solidale negli appalti,* in *Diritto e pratica del lavoro,* 2017, 1944, nt. 10). Il pagamento effettuato ai sensi dell'art. 1676, cod. civ., essendo subordinato al debito (e andando decurtato da esso) nei confronti dell'appaltatore, non ha bi-

Articolato, invece, sul punto, il codice dei contratti pubblici.

Se in caso di inadempienza contributiva risultante dal DURC, l'art. 30, comma 5, abilita la stazione appaltante ad effettuare prelievi da quanto dovuto all'appaltatore per un importo corrispondente all'inadempienza, per effettuare il versamento diretto agli enti previdenziali e assicurativi, compresa la cassa edile, il comma 6 del medesimo articolo stabilisce che "in caso di ritardo nel pagamento delle retribuzioni [...] (dovute ai soggetti destinatari del pagamento diretto n.d.r.), il responsabile unico invita per iscritto il soggetto inadempiente, ed in ogni caso l'affidatario, a provvedervi entro i successivi quindici giorni. Ove non sia stata contestata formalmente e motivatamente la fondatezza della richiesta entro il termine sopra assegnato, la stazione appaltante paga anche in corso d'opera direttamente ai lavoratori le retribuzioni arretrate, detraendo il relativo importo dalle somme dovute all'affidatario del contratto ovvero dalle somme dovute al subappaltatore inadempiente nel caso in cui sia previsto il pagamento diretto ai sensi dell'articolo 105". È poi il comma 11 dell'art. 105 a stabilire cosa accada in caso di formale e motivata contestazione delle richieste del RUP, stabilendo che, in siffatta evenienza, "il responsabile del procedimento inoltra le richieste e le contestazioni alla direzione provinciale del lavoro per i necessari accertamenti".

Come si anticipava, per il pagamento diretto ai subappaltatori, nulla è detto.

Il silenzio della legge non può non condurre a tacciare di arbitrarietà ogni possibile soluzione in astratto ipotizzabile, e però una delle possibili ipotesi di lavoro merita di essere qui evidenziata.

La legge pone oramai un obbligo diretto in capo alla stazione appaltante in ordine al pagamento diretto. Tale pagamento diretto ai subappaltatori trova anche qui il suo momento causale nelle utilità prodotte dall'attività del subappaltatore e fatte proprie dalla stazione appaltante. Orbene, non appare stravagante reputare che, come corollario dell'obbligo del pagamento diretto, debba essere configurato l'onere per la stazione appaltante (e alle figure all'uopo preposte a controllare l'esecuzione dell'appalto) di contabilizzare

---

sogno di garanzie particolari, se si pensa alla posizione del committente. Rimane, sempre sul piano del fatto, però, un deficit di tutela, anche in questo caso, delle ragioni dell'appaltatore (o del subappaltatore) che per un motivo qualsiasi non abbia soddisfatto le pretese dei propri dipendenti per cause a questi imputabili o per altre legittime circostanze di diritto e che, quindi, nulla deve a chi beneficia del pagamento dal parte del committente (o del subcommittente: si ricordi che quanto si predica nei rapporti stazione appaltante – appaltatore – dipendenti di questi vale anche nei rapporti tra appaltatore in quanto subcommittente – subappaltatore – dipendenti di quest'ultimo). Sul punto, sembra prospettabile una soluzione drastica, come si dirà ora nel testo.

in via specifica le attività eseguite dal subappaltore, posto che sono queste attività che giustificano il pagamento diretto.

Insomma, il sistema si va orientando verso un superamento della natura mediata del rapporto stazione appaltante – subappaltatore. La generale affermazione per cui non sussiste alcun rapporto diretto tra subappaltatore e stazione appaltante appare oramai, e soprattutto in sede di codice dei contratti pubblici, smentita da scelte normative che sembrano orientate in tutt'altra direzione. Affermazione, questa, che appare ancora più fondata alla luce dell'entrata in vigore della modifica recata dall'art. 49, comma 2, lett. *c*, d.l. 31 maggio 2021 (convertito con modificazioni in l. n. 108 del 2021) alla prima parte del comma 8 dell'art. 105 del codice. A decorrere dal 1° novembre 2021, la disposizione da ultimo citata sancisce, come già ricordato, che "il contraente principale e il subappaltatore sono responsabili in solido nei confronti della stazione appaltante in relazione alle prestazioni oggetto del contratto di subappalto" (si deve rammentare che, nella versione previgente, la norma in parola prevedeva la responsabilità *esclusiva* del contraente principale nei confronti della stazione appaltante). Obbligo della stazione appaltante per il pagamento del corrispettivo e responsabilità del subappaltatore nei confronti della stazione appaltante: sono profili disciplinari sufficienti a sollecitare la configurazione di un rapporto diretto tra stazione appaltante e subappaltatore. In questa prospettiva, eventuali inadempimenti del subappaltatore impediranno il pagamento diretto. In questa prospettiva, altresì, non appare stravagante ricostruire i rapporti tra le parti in termini di impermeabilità all'obbligo di pagamento diretto della stazione appaltante in ordine all'eventuale sussistenza di eccezioni personali rilevanti nel rapporto appaltatore – subappaltatore.

7. *Fallimento dell'appaltatore (e del subappaltatore) e obblighi della stazione appaltante.* – Orbene, occorre ora verificare se e in che termini le tutele disposte, così come sopra rappresentate, resistono all'eventuale assoggettamento dell'appaltatore (e/o del subappaltatore) alla procedura fallimentare.

Per l'operatività dell'art. 29, d.lgs. n. 276 del 2003 non sovvengono particolari problemi: si tratta certo di disposizione destinata ad operare anche in caso di fallimento dell'appaltatore (e/o del subappaltatore). Il committente dovrà poi insinuarsi al passivo in ragione del diritto di regresso (e parteciperà dunque al concorso formale e sostanziale che contrassegna la procedura).

Una più attenta riflessione merita l'operatività delle altre espressioni normative che si sono passate in rassegna.

E in vero, allo stato, è possibile rintracciare nel panorama giurisprudenziale e dottrinario due suggestioni tra loro in antitesi ri-

spetto ai dipendenti dell'appaltatore e rispetto ai titolari di subappalto – per quest'ultimo, in verità, con riferimento al regime disposto dal precedente codice degli appalti (d.lgs. n. 163 del 2006) – suggestioni da cui è possibile prendere le mosse per segnalare alcuni profili che meritano di essere evidenziati.

Vedo di chiarire.

Si è detto *supra* dell'art. 1676, cod. civ.

Ebbene, è orientamento consolidato, fatto proprio anche dal giudice di legittimità, reputare che il fallimento dell'appaltatore non infici l'operatività della tutela che l'enunciato appena citato riconosce ai dipendenti di quello.

Per altro verso, sempre il giudice di legittimità, a fronte della possibilità che l'art. 118 del codice degli appalti previgente riconosceva alla stazione appaltante di garantire il pagamento di quanto dovuto ai subappaltatori o mediante il pagamento diretto o subordinando quanto dovuto all'appaltatore alla prova da parte di questi dell'avvenuto pagamento ai subappaltatori mediante fatture quietanzate[37], ha statuito che tale possibilità andava riconosciuta solo in caso di appaltatore *in bonis* perché, in caso contrario, il credito del subappaltatore andava soddisfatto solo in sede concorsuale.

Vediamo di passare in rassegna gli argomenti che sono stati utilizzati per corroborare le due opzioni ora sinteticamente rappresentate, al fine di verificare la loro tenuta nell'attuale assetto normativo.

Rispetto all'art. 1676, cod. civ., si afferma come il fallimento dell'appaltatore non precluda l'operatività dell'articolo in parola, in quanto scopo di tale disposizione sarebbe proprio quello di sottrarre il soddisfacimento dei crediti retributivi al rischio dell'insolven-

---

(37) L'art. 118, comma 3, d.lgs. n. 163 del 2006 recitava: "Nel bando di gara la stazione appaltante indica che provvederà a corrispondere direttamente al subappaltatore o al cottimista l'importo dovuto per le prestazioni dagli stessi eseguite o, in alternativa, che è fatto obbligo agli affidatari di trasmettere, entro venti giorni dalla data di ciascun pagamento effettuato nei loro confronti, copia delle fatture quietanzate relative ai pagamenti da essi affidatari corrisposti al subappaltatore o cottimista, con l'indicazione delle ritenute di garanzia effettuate. Qualora gli affidatari non trasmettano le fatture quietanziate del subappaltatore o del cottimista entro il predetto termine, la stazione appaltante sospende il successivo pagamento a favore degli affidatari. Nel caso di pagamento diretto, gli affidatari comunicano alla stazione appaltante la parte delle prestazioni eseguite dal subappaltatore o dal cottimista, con la specificazione del relativo importo e con proposta motivata di pagamento. Ove ricorrano condizioni di crisi di liquidità finanziaria dell'affidatario, comprovate da reiterati ritardi nei pagamenti dei subappaltatori o dei cottimisti, o anche dei diversi soggetti che eventualmente lo compongono, accertate dalla stazione appaltante, per il contratto di appalto in corso può provvedersi, sentito l'affidatario, anche in deroga alle previsioni del bando di gara, al pagamento diretto alle mandanti, alle società, anche consortili, eventualmente costituite per l'esecuzione unitaria dei lavori a norma dell'articolo 93 del regolamento di cui al d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, nonché al subappaltatore o al cottimista dell'importo dovuto per le prestazioni dagli stessi eseguite".

za del debitore, e che, d'altra parte, agli ausiliari dell'appaltatore è attribuita un'azione diretta, incidente direttamente sul patrimonio di un terzo (il committente) e solo indirettamente su un credito del debitore fallito, sì da doversi escludere che il conseguimento di una somma, che non fa parte del patrimonio del fallito, possa comportare un nocumento delle ragioni degli altri dipendenti dell'appaltatore. Né tale situazione dovrebbe sollecitare dubbi di incostituzionalità, con riferimento all'art. 3, Cost. (letto in corrispondenza con il principio della *par condicio creditorum*), "non essendo irrazionale una norma che accordi uno specifico beneficio a determinati lavoratori, anche rispetto ad altri, per l'attività lavorativa dai medesimi espletata e dalla quale un altro soggetto (il committente) abbia ricavato un particolare vantaggio"[38].

In realtà, quanto stabilito dal giudice di legittimità merita alcune considerazioni, non già per contestare la soluzione cui perviene, ma per meglio evidenziare le ricadute della stessa in termini di equilibri assiologici del sistema, di scelte dell'ordinamento in sede di valutazione degli interessi in gioco.

E invero, il profilo appena segnalato appare eccessivamente posto in ombra allorquando, troppo frettolosamente, si nega che il conseguimento di una somma (da parte dei beneficiari del pagamento effettuato dalla stazione appaltante) "che non fa parte del patrimonio del fallito, possa comportare un nocumento delle ragioni degli altri dipendenti dell'appaltatore".

La soluzione prospettata, infatti, in via di principio, crea una duplice alterazione delle regole generali disposte in materia fallimentare, e manifesta una prevalenza della tutela riconosciuta ai beneficiari del pagamento diretto rispetto non solo agli altri lavoratori del fallito, ma a tutti i creditori.

La prima: risorse (dovute dalla stazione appaltante) deputate a implementare l'attivo fallimentare, e sottoposte, allora, alle regole del riparto disposte al fine, sono invece destinate alla soddisfazione di alcuni creditori del fallito fuori dal riparto.

La seconda: alcuni creditori (i lavoratori dell'appaltatore che ricorrono all'art. 1676, cod. civ.) sono esonerati dal concorrere alla falcidia fallimentare; il credito goduto per le prestazioni rese in sede di appalto, sia pure nei limiti del debito ancora in essere del committente nei confronti dell'appaltatore, è sottoposto ad un regime ancora più favorevole della prededuzione[39].

---

(38) Da ultimo, riprendendo un consolidato orientamento con altrettanto consolidate argomentazioni poste a giustificazione dello stesso: Cass., 5 marzo 2019, n. 6333.

(39) E l'alterazione rispetto alla generale disciplina è vieppiù posta in evidenza qualora si pensi al trattamento che la giurisprudenza riserva alla fattispecie, sostan-

In definitiva, il credito degli ausiliari *ex* art. 1676, cod. civ., attraverso il riconoscimento del diritto disposto da siffatta norma, è sottratto all'esclusiva ed eventuale realizzazione in sede di concorso formale e sostanziale, concorso che, come è noto, governa la procedura fallimentare al fine della realizzazione di uno degli obiettivi su cui la stessa basa il suo modo d'essere: la *par condicio creditorum*.

Orbene, è del tutto conseguente, qualora non si dovessero considerare ostativi alla soluzione fatta propria del giudice di legittimità gli impatti in punto di *par condicio* sopra evidenziati, è del tutto conseguente, dicevo, reputare applicabile la tutela dei lavoratori disegnata dal codice dei contratti pubblici in termini di pagamento diretto del committente anche in caso di fallimento dell'appaltatore e/o del subappaltatore.

Le due disposizioni a raffronto sono, per i profili sostanziali (e sono i profili che ora rilevano)[40], assolutamente coincidenti. Come l'art. 1676, cod. civ., anche il codice dei contratti attribuisce ai lavoratori beneficiari del pagamento diretto un'azione altrettanto diretta nei confronti del committente (o del sub-committente)[41]. E,

---

zialmente analoga a quella qui considerata, del pagamento di un debito del fallito da parte del terzo a sua volta debitore del fallito: "Il pagamento effettuato da un terzo di un debito comunque gravante sul fallito è revocabile, ex art. 67, comma 1, n. 2, l. fall., dovendo ritenersi una modalità anomala ove si accerti che la relativa provvista abbia leso, direttamente o indirettamente, la *par condicio creditorum*, come quando il terzo, debitore del fallito, lo abbia eseguito con denaro a questi dovuto": così App. Cagliari, 17 luglio 2020, n. 415. Non difforme il giudice di legittimità: Cass., 11 gennaio 2017, n. 504 e Cass., 30 giugno 2020, n. 13165, per la quale: "la revocatoria fallimentare del pagamento dei debiti del fallito *ex* art. 67, l. fall. è esperibile anche quando il pagamento sia stato effettuato da un terzo, purché questi abbia pagato il debito con denaro dell'imprenditore poi fallito, ovvero con denaro proprio, sempre che, dopo aver pagato, abbia esercitato azione di rivalsa prima dell'apertura del fallimento".

(40) Per le diverse modalità processuali deputate al coinvolgimento dell'appaltatore (o del subappaltatore), v. *infra* nel corpo del testo.

(41) Non appaiono condivisibili le diverse valutazioni sul punto di M. Attanasio, *Procedure concorsuali e appalti pubblici*, in *www.fallimentiesocieta.it*, 2016, p. 14 ss., valutazioni che sembrano basate sulla circostanza per cui il legislatore del 2016 non avrebbe riconosciuto un'azione diretta ai lavoratori nei confronti della stazione appaltante come quella prevista in favore dei dipendenti dell'appaltatore dall'art. 1676, cod. civ.

L'art. 30, comma 6 (cui rinvia l'art. 105, comma 11), nel disporre il pagamento diretto, in termini perentori, sancisce che la stazione appaltante (in seguito agli adempimenti commessi al responsabile unico del procedimento: v. *infra*, § 8) "paga". E l'uso dell'indicativo appare inequivocabilmente deputato a contrassegnare l'adempimento di un'obbligazione propria. Ma ancora, l'art. 30, comma 6, del codice attuale ribadisce quanto già disponeva l'art. 5, d.P.R. n. 207 del 2010 (regolamento di attuazione del previgente codice degli appalti, in sintonia con l'art. 118, d.lgs. n. 163 del 2006, previgente codice degli appalti), con una differenza assolutamente significativa ai fini qui perseguiti: nell'ultima disposizione citata si stabiliva espressamente che, ricorrendo i presupposti tutt'oggi indicati dalla disciplina attuale, le stazioni appaltanti "possono" effettuare il pagamento diretto; oggi il verbo modale

come l'art. 1676, cod. civ., anche il codice dei contratti condiziona tale diritto alla persistenza di un obbligo, per un pari importo, nei confronti dell'appaltatore e/ o del subappaltatore. In altri termini, per quanto dovuto ai singoli lavoratori, la stazione appaltante è obbligata tanto nei confronti di questi quanto nei confronti dell'appaltatore e/o del subappaltatore e il pagamento nei confronti di uno la libera, per l'importo pagato, anche nei confronti dell'altro.

Orbene, si tratta allora di stabilire se le criticità che si sono sopra segnalate in ordine all'applicabilità dell'art. 1676, cod. civ. in costanza di fallimento dell'appaltatore, criticità assolutamente replicabili per le disposizioni del codice dei contratti, sono tali da realizzare un ostacolo non superabile all'accoglimento della soluzione fatta propria dalla giurisprudenza rispetto all'operatività dell'art. 1676, cod. civ.[42].

La risposta deve essere negativa.

Innanzitutto, deve essere osservato che concorso e *par condicio*, per il trattamento che ne fa il nostro sistema, non possono essere assunti come principi inderogabili[43] . Occorre anzi rilevare che

---

che rinvia ad una facoltà è stato espunto e si sancisce il perentorio, si è detto, "paga". Al di là dei pur numerosi tentennamenti lessicali e non del legislatore storico del codice, appare difficile non attribuire alla modifica di cui si dice l'espressione di una volontà legislativa tesa a sancire un obbligo della stazione appaltante e un conseguente diritto in capo ai lavoratori. Ed è inutile dire che, corollario del diritto è l'azione (diretta) finalizzata a far valere quel diritto. Peraltro, la condizione del pagamento viene individuata nel "ritardo dell'adempimento": sarebbe ben strano che in caso di inadempimento o di sicuro, quantomeno, ritardo, per il sopravvenuto fallimento, la tutela disposta venisse meno.

Aderisce alla ricostruzione qui non condivisa, A. Biagini, *Contratti pubblici d'appalto e norme fallimentari: il difficile dialogo tra Codice dei Contratti e Legge Fallimentare*, 2018, consultabile sul sito *www.amministrativistiveneti.it*. Sul punto anche, ma rifacendosi, sembra, al sistema previgente disegnato dall'art. 118, d.lgs. n. 163 del 2006, M. Frontoni, Savelli L., *op. cit*., p. 138 ss.

(42) Sussistono passaggi che sembrano manifestare una volontà legislativa diretta al mantenimento della tutela dei lavoratori disposta dal codice dei contratti pubblici anche in caso di fallimento dell'appaltatore (o del subappaltatore). E in vero, se il codice dei contratti mira a tutelare i lavoratori per il fatto del semplice "ritardo" (è questo il presupposto del pagamento diretto indicato dal sesto comma dell'art. 30 del codice in parola) nel pagamento da parte dei loro danti causa, sarebbe del tutto illogico che tale tutela non operasse quando la prestazione diventa, con il fallimento, oltre che certamente posticipata nel tempo, addirittura impossibile. Ovviamente, perché siffatte suggestioni lessicali siano accolte occorre vagliare la reazione della adombrata soluzione alla luce degli impatti di sistema di cui si dice nel testo.

(43) E in vero, la sottrazione al concorso sostanziale e/o formale che si realizza nell'ambito della procedura fallimentare non è certo prerogativa esclusiva della fattispecie che si va delineando nel testo. Al concorso sostanziale sono sottratti tutti i crediti prededucibili *ex* art. 111, l. fall. Al concorso formale e sostanziale i crediti di colui che può accedere alla compensazione *ex* art. 56, l. fall. Ma poi, anche tutta la disciplina disposta in tema di revocatoria fallimentare (art. 67, l. fall.) rinvia a posizioni creditorie reputate dal sistema meritevoli di un trattamento differenziato

tanto l'art. 1676, cod. civ. quanto il codice dei contratti, ciascuno nel proprio ambito, colmano una lacuna che altrimenti, questa sì, sarebbe stata irragionevole. E invero, gli interessi, i valori, tutelati dalle disposizioni appena richiamate, sia pure con modalità differenti, ricevono protezione, si è visto, dall'art. 29, d.lgs. n. 276 del 2003. Ma tale enunciato, sicuramente applicabile anche in caso di fallimento dell'appaltatore (o del subappaltatore), non trova applicazione allorquando la stazione appaltante sia una pubblica amministrazione o una persona fisica non imprenditore. Ebbene, al di là di una, a mio avviso, ineludibile esigenza di riconduzione ad unità della disciplina, certo è che non risulterebbe razionale un sistema che, indipendentemente dalle diverse modalità, tuteli o non tuteli ausiliari dell'appaltatore (o del subappaltatore) in ragione delle caratteristiche soggettive del committente (o del sub-committente).

In realtà, per quanto paradossale possa apparire, l'ampliamento della platea dei soggetti tutelati in caso di fallimento dell'appaltatore, e mi riferisco ai lavoratori del subappaltatore, rafforza la valenza di una scelta di sistema che individua nel lavoro, nelle energie riconducibili al lavoro, e nell'appropriazione sostanziale del risultato di siffatte energie, una ragione sufficiente per realizzare un rapporto tra chi quel lavoro ha prodotto e chi quelle utilità ha fatto proprie. Un rapporto che è altro rispetto a quello che lega lavoratori e appaltatore (o subappaltatore). E che si aggiunge a questo. E che allora sarà impermeabile alle vicissitudini conseguenti all'eventuale fallimento del datore di lavoro.

La ricostruzione che sembra allora possibile, per quanto previsto tanto dall'art. 1676, cod. civ. quanto dal codice dei contratti, è che la legge pone in capo all'appaltatore (o al sub-committente) e ai dipendenti un'obbligazione solidale attiva, sia pure *sui generis* (si tratta di solidarietà tra appaltatore – o subappaltatore – e ciascuno dei dipendenti destinatari del pagamento diretto). Di talché, il fallimento di uno dei creditori non impedisce che l'altro possa agire per il pagamento di quanto dovuto.

8. *(Segue): il pagamento diretto ai subappaltatori.* – I passaggi argomentativi percorsi per escludere l'applicazione dell'art. 118 del previgente codice degli appalti in caso di fallimento dell'appaltato-

---

nell'ambito della procedura e, sotto il profilo sostanziale, non sono meno pregiudizievoli per la massa di quanto lo possa essere l'estinzione del debito della stazione appaltante che abbia pagato i lavoratori dell'appaltatore (o del sub-appaltatore) fallito. La verità è che la sottrazione al concorso (e quindi alla *par condicio* declinata nella procedura fallimentare) costituisce un meccanismo per riconoscere una particolare tutela agli interessi dei creditori volta a volta esonerati. E quando la diversa tutela poggia su basi di ragionevolezza è del tutto coerente al sistema che sussistano posizioni diversificate.

re, al netto di quelli che risultano riferibili solo a quel contesto normativo e che, in via di principio, possono, quindi, in astratto essere replicati anche nell'attuale, sono sostanzialmente i seguenti: *a)* sussiste "un nesso intrinseco e non occasionale tra «l'interesse pubblico primario al regolare e tempestivo completamento dell'opera» e la tutela dei subappaltatori, i quali sono in condizione di portare a compimento l'esecuzione delle opere solo se vedono i loro crediti soddisfatti"[(44)]; *b)* il fallimento dell'appaltatore scioglie il contratto di appalto e quindi l'interesse pubblico alla conclusione dell'appalto viene meno, con il conseguente venir meno della particolare tutela prevista per i subappaltatori che allora assumono la veste di creditori concorsuali dell'appaltatore, creditori da soddisfare nel rispetto della *par condicio creditorum* e dell'ordine delle cause legittime di prelazione[(45)]. Come si vede, qualora si ponesse anche nell'attuale contesto l'accento tonico sull'interesse della stazione appaltante all'esecuzione dell'appalto come ragione della tutela dei subappaltatori, sarebbe agevole negare l'operatività del pagamento diretto di cui si discorre in caso di fallimento dell'appaltatore[(46)].

Ma sul piano degli interessi tutelati, le valutazioni della Suprema Corte di certo non appaiono immediatamente riproponibili stante l'attuale contesto normativo.

E, invero, l'attuale disciplina muove dall'esigenza di tutelare anche i subappaltatori. Il considerando n. 78, Direttiva 2014/24/UE è chiaro nel coniugare pagamento diretto e *favor* per le PMI. Ed è del tutto evidente che i pagamenti diretti disposti dall'art. 105, comma 13 e dall'art. 174 del codice dei contratti pubblici, nel momento in cui non diversificano la disciplina ivi disposta, partecipano tutte della medesima logica, di talché, quanto predicabile per il pagamento alle PMI, in termini di valutazione degli interessi, è da reputare sussistente anche, a cascata, per le altre ipotesi.

Non solo, come si è detto, ai sensi dell'art. 30, comma 6, del codice dei contratti, il pagamento diretto dei lavoratori dei subappaltatori è subordinato alla sussistenza di un obbligo della stazione appaltante di pagare il subappaltatore inadempiente. Se si facesse venir meno l'obbligo del pagamento diretto in favore dei subappaltatori, in caso di fallimento dell'appaltatore, verrebbe meno anche l'obbligo del pagamento diretto dei lavoratori del subappaltatore. Con la conseguenza che questi ultimi rimarrebbero privi del-

(44) Cass., Sez. un., 2 marzo 2020, n. 5685.

(45) Sul percorso argomentativo indicato, v. Cass., Sez. un., 2 marzo 2020, n. 5685.

(46) Fatta salva l'ipotesi dell'esercizio provvisorio e delle particolari modalità previste dall'art. 110, comma 3, del codice dei contratti per il subingresso della curatela nel contratto di appalto.

la tutela derivante dall'intervento della stazione appaltante qualora quest'ultima fosse una pubblica amministrazione, stante il requisito soggettivo fissato dal d.lgs. n. 276 del 2003 a suo tempo ricordato[47]. Circostanza, questa, assolutamente non giustificabile per la disparità di trattamento che si consumerebbe nell'ambito delle diverse fattispecie a raffronto (posto che, tanto per l'art. 29, d.lgs. n. 276 del 2003 quanto per l'art. 1676, cod. civ. i dipendenti del subappaltatore, in caso di fallimento del loro datore di lavoro, trovano comunque tutela rispettivamente nell'appaltatore e nella stazione appaltante nel primo caso e nell'appaltatore-subcommittente nel secondo).

Anche in questo caso si determina una relazione diretta tra subappaltatore e stazione appaltante. Una relazione che non consente, così com'era nel previgente sistema, di qualificare come delegazione di pagamento l'intervento della stazione appaltante in caso di inadempienza dell'appaltatore[48].

Quali conclusioni trarre da quanto fin qui considerato.

---

(47) Cfr. *supra*, § 2. Né sarebbe invocabile l'art. 1676, cod. civ., posto che in tale enunciato gli ausiliari del subappaltatore non sono contemplati. Insomma, per i lavoratori alle dipendenze del subappaltatore, in un appalto effettuato da una pubblica amministrazione, si consumerebbe un deficit di tutela rispetto alle altre omologhe ipotesi in cui la stazione appaltante non è pubblica amministrazione.

(48) *Contra*, M. Attanasio, *op. cit.*, p. 14. L'opinione di questa autrice sembra basarsi sulla lettera dell'art. 71, Direttiva 2014/24/UE (in attuazione della quale il legislatore italiano ha emanato il d.lgs. n. 50 del 2016). In particolare, se ho ben inteso, posto che l'enunciato della Direttiva parla di possibile trasferimento ai subappaltatori dei pagamenti dovuti "all'operatore economico cui è stato aggiudicato l'appalto pubblico", sarebbe possibile qualificare l'intervento della stazione appaltante come delegazione di pagamento, qualificazione, questa, che potrebbe, allora, essere anche adottata in sede di lettura dell'art. 105, comma 13, del codice dei contratti pubblici. Se così fosse, il pagamento in parola sarebbe interdetto in seguito al fallimento dell'appaltatore.

In realtà, se è vero che la Direttiva parla di trasferimento, altrettanto vero è che tale termine scompare nel comma 13 dell'art. 105 del codice, per essere sostituito dal più perentorio (la stazione appaltante) "corrisponde direttamente" (e l'art. 71, § 7, Direttiva attribuisce agli Stati membri – ma non era necessario prevederlo espressamente, stante le funzioni "minimali", in via di principio, delle garanzie poste dalle disposizioni della Direttiva – la possibilità di prevedere regole più rigorose in ordine al pagamento diretto ai subappaltatori). Ora, non solo il termine perentorio di cui sopra è indice sufficientemente chiaro di un obbligo della stazione appaltante (con corrispondente diritto dei beneficiari), ma, si osservi, l'opinione contraria dovrebbe poi assumere l'onere di razionalizzare un intervento legislativo che da un lato subordina il pagamento della stazione appaltante, tra le altre ipotesi, all'inadempimento dell'appaltatore e dall'altro qualifica l'intervento della stazione appaltante come delega di pagamento. E invero, la delegazione di pagamento è atto revocabile, come è noto, ai sensi dell'art. 67, l. fall. e l'inadempimento è fatto sintomatico dello stato di insolvenza, la cui conoscenza (o conoscibilità) è condizione per la revoca dell'atto. Ne consegue che, a seguire l'opinione qui avversata, la legge ammetterebbe il pagamento subordinandolo ad una condizione che, di fatto, lo sottopone alla sua revocabilità da parte del curatore.

La tutela dei soggetti volta a volta individuati dalle singole disposizioni passate in rassegna soggiace a due differenti tecniche che soggiacciono però al medesimo presupposto: chiamare il committente a soddisfare i corrispettivi dovuti a chi materialmente ha posto in essere le utilità che quello fa proprie.

In altri termini, la legge fonda sul fatto sostanziale dell'attività prodotta per la realizzazione delle utilità fatte proprie dalla stazione appaltante l'obbligo di quest'ultima.

L'obbligo è diversamente disegnato.

Il codice dei contratti pubblici ha utilizzato e ampliato la tecnica già adottata dall'art. 1676, cod. civ.

E così come la filiera dei soggetti che possono concorrere alla realizzazione di quelle utilità è composta da appaltatore, subappaltatore e lavoratori riferibili all'attività degli uni e degli altri, così il corrispettivo dovuto per le utilità oggetto del contratto d'appalto è al servizio di tutti questi soggetti.

Differente la logica delle modalità di cui all'art. 29, d.lgs. n. 276 del 2003. L'obbligo della stazione appaltante è, in via generale, emancipato dall'esistenza del debito nei confronti dell'appaltatore. In tal modo la legge promuove, sollecita, una maggiore attenzione da parte della stazione appaltante circa la scelta tanto dell'appaltatore quanto del subappaltatore, scelta, come è noto, che è sottoposta alla preventiva autorizzazione del committente ai sensi dell'art. 1656, cod. civ.

Una prima considerazione di carattere generale che discende dal codice dei contratti pubblici: la legge funzionalizza il corrispettivo dovuto per l'esecuzione dell'appalto alla soddisfazione di quanto dovuto a quanti hanno concorso alla materiale realizzazione dello stesso. Crea così, si è detto, una solidarietà attiva *sui generis* tra appaltatore, titolari di subcontratti, titolari di contratti di lavoro che hanno concorso all'attuazione dell'appalto e/o del subappalto. La situazione di fatto, in ragione della quale si unificano i rapporti, prevale sul dato giuridico formale. Il fatto del concorso all'attuazione viene assunto dalla legge come causa del sorgere della solidarietà attiva di cui si è detto. Questo comporta una sottrazione dei soggetti considerati dal concorso formale e sostanziale che normalmente si realizza nell'ambito del fallimento del proprio debitore. Così come realizza una sottrazione di risorse all'attivo fallimentare deputato a soddisfare la massa passiva secondo le regole del concorso fallimentare.

9. *Conclusioni.* – Più che conclusioni, un auspicio e due considerazioni di carattere generale.

La pluralità degli enunciati, le diversità tra di essi, la differente logica delle modalità di tutela conducono a qualificare l'asset-

to delle garanzie dei lavoratori dell'appaltatore e del subappaltatore una sorta di, è proprio il caso di dire, cantiere ancora aperto su cui sarebbe più che opportuno un intervento che razionalizzi soggetti tutelati, oggetto della tutela, ambito della tutela, riducendo gli spazi per faticosi interventi suppletivi dell'interprete, interventi comunque inadeguati per le vaste zone d'ombra (o addirittura di vuoto assoluto o di vistose contraddizioni) che caratterizzano il tessuto normativo[49].

Tutti gli aspetti ora considerati sono importanti e fondamentali, ma di certo una scelta di vertice si impone in ordine alle modalità di tutela: tra quella riconducibile all'art. 29, d.lgs. n. 276 del 2003 e quella assunta dal codice dei contratti pubblici in sintonia con l'art. 1676, cod. civ.; e cioè: emancipare la responsabilità della stazione appaltante dall'esistenza di un corrispondente debito nei confronti dell'appaltatore (come propone l'art. 29) o condizionare all'esistenza di quel debito il se e il quanto da corrispondere ai beneficiari del pagamento diretto (come da scelta *ex* art. 1676, cod. civ. e ripresa dal codice dei contratti)[50].

Altra scelta di vertice dovrà riguardare le relazioni tra contrat-

---

(49) Di certo è così per quanto riguarda la tutela disposta per i lavoratori, il cui profilo assiologico non può essere diversamente considerato a seconda dell'ambito di applicazione, soggettivo e oggettivo, dei singoli enunciati volta a volta applicabili.

In questa prospettiva, una scelta di campo si impone in ordine alla tutela dei subappaltatori e subcontraenti in genere: se fare della tutela disposta dall'art. 105, comma 13, del codice dei contratti pubblici un'ipotesi particolare che si giustifica solo in sede di contratti sottoposti al codice o allargarne l'ambito di applicazione emancipando quella tutela dai limiti soggettivi e oggettivi che disegnano il perimetro applicativo, d.lgs. n. 50 del 2016. A tale riguardo solo una considerazione: non varrebbe porre l'accento sul "nesso intrinseco e non occasionale tra «l'interesse pubblico primario al regolare e tempestivo completamento dell'opera» e la tutela dei subappaltatori" (nesso, come si ricorderà, su cui la Cassazione ha basato il giudizio della tutela dei subappaltatori: *supra,* § 8) per giustificare la speciale disciplina sul punto del codice dei contratti pubblici. E però, si è detto dei limiti soggettivi e oggettivi di applicazione del codice. Ebbene, vi sono casi di appalti che vedono come stazioni appaltanti pubbliche amministrazioni che non sono assoggettate al codice e appare francamente difficile dire che in questi casi non sussista quel nesso.

(50) Ambedue le opzioni mostrano pregi ed eventuali controindicazioni sul fronte promozionale (dei comportamenti degli attori). L'art. 29, che dispone modalità più garantiste per i soggetti destinatari del pagamento, induce certo la stazione appaltante a un maggior controllo tanto in ordine alle qualità dell'appaltatore quanto del subappaltatore (in sede di rilascio dell'autorizzazione al subappalto), posto che potrebbe vedersi costretta a corrispondere quanto dovuto ai lavoratori pur avendo già adempiuto alla propria obbligazione (con onere poi di aggredire il patrimonio dell'appaltatore e/o del subappaltatore e partecipare, se del caso, alla falcidia fallimentare); per altro verso potrebbe pure sortire effetti disincentivanti rispetto al ricorso al subappalto (e proprio per il rischio di dover pagare i lavoratori di questi pur avendo già saldato il dovuto).

Meno garantista per i lavoratori (e quando tutelato, per il subappaltatore) l'ipotesi fatta propria dall'art. 1676, cod. civ. e dal codice dei contratti e che però non ha le contrindicazioni disincentivanti appena indicate.

to di appalto e subappalto nei confronti della stazione appaltante. Innanzitutto occorre stabilire se il pagamento diretto ai subcontraenti deve rimanere predicato esclusivo del codice degli appalti. E, laddove previsto, se accentuare e formalizzare l'autonomia del rapporto subappaltatore-stazione appaltante rendendo l'obbligo del pagamento diretto impermeabile ai rapporti subcommittente-subappaltatore e condizionato solo all'effettiva esecuzione di quanto commesso a quest'ultimo (con potere del committente principale di controllare l'esatta esecuzione, ovviamente, e di eccepire eventuali inadempimenti) o coltivare la certo più complessa ricostruzione che coinvolga l'appaltatore e le sue ragioni individuando strumenti che prevengano per quanto possibile strascichi giudiziari(51). Come è ovvio, poi, nell'ambito di un intervento legislativo diretto alle finalità ora indicate sarebbe più che opportuno comporre le altre distonie che si è tentato qui di evidenziare in sede di lettura degli enunciati del codice dei contratti.

Il nucleo assiologico-funzionale, il profilo negoziale-strutturale e il nesso causale su cui fondare la razionalizzazione che si auspica sono, ovviamente, da un lato la tutela del lavoro, dall'altro i contratti e subcontratti che realizzano di fatto un decentramento produttivo, il tutto sulla base di un intervento legislativo che trova la giustificazione causale nel coinvolgimento del committente, in quanto soggetto destinato ad appropriarsi delle utilità finali delle energie-lavoro spese in sede di esecuzione delle fattispecie negoziali coinvolte.

Qualunque sia l'opzione, tra le alternative sopra indicate, che si ritenga più congrua al sistema e ai valori in campo, di certo mi pare si imponga poi un ripensamento delle relazioni tra le fattispecie negoziali e le sfere giuridiche coinvolte nelle vicende negoziali che si caratterizzano per il ricorso ai subcontratti. Valutazione, questa, che, oltre a quanto si è visto essere predicato dagli enunciati passati in rassegna in questa sede, ha ricevuto nuova linfa dall'entrata

(51) La prima opzione sopra riportata (più radicale autonomia delle vicende afferenti ai rapporti in essere) e la conseguente minor tutela delle ragioni dell'appaltatore troverebbero la loro giustificazione nella circostanza per cui il subappaltatore è scelto comunque dall'appaltatore-subcommittente (*culpa in eligendo*, anzi in questo modo si accentuano i profili di cautela da porre in essere nella scelta dei subcontraenti).

Qualora si reputasse più congrua una scelta più garantista per l'appaltatore-subcommittente si potrebbe optare, nel caso di pagamenti subordinati all'esistenza di un debito della stazione appaltante, per un onere di questa di sollecitare eventuali opposizioni al pagamento da parte dell'appaltatore o subappaltatore, attribuendo un termine per la manifestazione di volontà e ricorrere alla tecnica del silenzio-assenso. La mancata opposizione libererebbe poi la stazione appaltante da ogni conseguenza per il pagamento effettuato. Un'eventuale opposizione strumentale comporterebbe ovviamente risarcimento dell'ulteriore danno.

in vigore, dal 1°novembre del 2021, della nuova edizione della prima parte del comma 8 dell'art. 105 del codice dei contratti pubblici.

Sussistono, infine, fondate ragioni per ritenere che la tutela di cui si discorre operi anche in caso di fallimento dell'appaltatore e del subappaltatore (ma sarebbe auspicabile, anche a tale riguardo, una posizione chiara e netta della legge). Ne risulta ampliata, così, la platea delle fattispecie sottratte al concorso in sede di fallimento, con ulteriore tassello alla condivisione della mera natura di regola tecnica (e non di granitico principio assiologico) del principio della *par condicio* di cui il concorso è espressione[52].

(52) Sulle differenti letture del principio della *par condicio*, v. R. Nigro, D. Vattermoli, *Diritto della crisi delle imprese*, Bologna, 2021, p. 44 ss.

Pierluigi Piselli, Carmela Benedetta Repaci

PROFILI SINALLAGMATICI NELLE OPERAZIONI DI *PROJECT FINANCING*: LA GESTIONE DELLE SOPRAVVENIENZE IN FASE ESECUTIVA, TRA ADEGUAMENTO E RINEGOZIAZIONE*

Sommario: 1. Premessa: il contratto di PPP e le varie tipologie contrattuali. – 2. La centralità dell'aspetto economico-finanziario: il Piano economico finanziario e l'allocazione dei rischi. – 2.1. Il Piano economico finanziario quale documento (allegato al contratto di concessione) che contiene i presupposti e le condizioni di base del contratto di concessione. – 3. Sopravvenienze e meccanismi correttivi previsti dal legislatore. – 3.1. Eventi imprevedibili e forza maggiore. – 3.2. Riequilibrio. – 3.3. Spunti sul recesso. – 3.4 Rimedi civilistici. – 4. Altre vicende della concessione. – 4.1. Risoluzione per inadempimento del concessionario. – 4.2. Fallimento della società di progetto concessionaria. – 4.3. Revoca della concessione. – 4.4. Subentro (cosiddetto *step in right*). – 4.5. Risoluzione per inadempimento del concedente. – 4.6. Penali. – 4.7. Proroga e rinnovo della concessione. – 5. Controllo della Corte dei conti sulle operazioni di finanza di progetto. – 6. Conclusioni: spunti di riflessione sulla fase conclusiva del rapporto concessorio.

1. *Premessa: il contratto di PPP e le varie tipologie contrattuali.* – Trascorsi 25 anni dall'introduzione, a opera della legge cosiddetta Merloni *ter* (n. 415 del 1998), dell'istituto del *project financing*, troviamo oggi ampia casistica sulla fase di avvio del *project* (proposizione della proposta).

Minore è lo spazio riservato all'analisi della fase prettamente esecutiva e lo studio delle **prime vicende esecutive relative ai contratti di concessione affidati con ricorso alla finanza di progetto è ancora molto rarefatto**.

E questo per varie ragioni: innanzitutto, dei molti project che prendono avvio, solo pochi arrivano in fase esecutiva; in secondo luogo, le vicende del contratto di concessione raramente sfociano in contenzioso poiché molto spesso si risolvono transattivamente, offrendo meno spazio per un'analisi delle ragioni di crisi.

---

* Il presente contributo è la riformulazione della Relazione tenuta dall'autore avv. Pierluigi Piselli nell'ambito del Corso per neoreferendari e neodirigenti "*Il Project Financing*" del 16 febbraio 2022, organizzato dalla Scuola di Alta Formazione "F. Staderini" della Corte dei conti.

Il presente elaborato intende quindi esaminare la fase esecutiva dei contratti di concessione, osservare gli sviluppi operativi dell'affidamento con finanza di progetto e analizzare le vicende dei contratti durante il periodo di efficacia, evidenziandone criticità e potenzialità, nell'intento di indagare i profili sinallagmatici nelle operazioni di *Project Financing* e la gestione delle sopravvenienze in fase esecutiva nell'ambito dei contratti di concessione, con uno sguardo alle possibili soluzioni, tra adeguamento e rinegoziazione.

Il partenariato pubblico privato è una forma di cooperazione a lungo termine tra il settore pubblico e il settore privato per la realizzazione di opere e la gestione o fornitura di servizi.

In tale cooperazione, le risorse necessarie sono poste in gestione congiunta tra i due soggetti e i rischi legati ai progetti sono suddivisi tra i due in modo proporzionato.

L'art. 180 del codice dei contratti, al comma 8, elenca le varie tipologie di PPP. Tra queste abbiamo la *concessione di costruzione e gestione*, la *concessione di servizi*, la *locazione finanziaria di opere pubbliche*, il *contratto di disponibilità* e *"qualunque altra procedura di realizzazione in partenariato di opere o servizi che presentino le caratteristiche"* di cui all'art. 180 codice dei contratti.

Con riferimento a quest'ultima tipologia è necessario partire dalla definizione offerta dal codice dei contratti contenuta nell'art. 3, comma 1, lett. *uu* [concessione di lavori] e *vv* [concessione di servizi], formulata in piena coerenza con il diritto unionale: *"la concessione è un contratto a titolo oneroso che ha per oggetto l'affidamento, da parte della stazione appaltante, della esecuzione di lavori o della fornitura e gestione di servizi in cui il concessionario ricava il corrispettivo ad esso spettante per l'esecuzione del contratto esercitando il diritto a gestire le opere o i servizi e a trattenere i ricavi della gestione, assumendosi i rischi connessi a tale gestione"* (e principalmente, nella concessione di servizi o in cui la parte relativa ai servizi è prevalente rispetto ai lavori, il rischio derivante dalla domanda del servizio).

Il contratto di concessione può essere affidato attraverso procedure tradizionali (aperte e/o ristrette) oppure mediante l'innovativo procedimento della finanza di progetto.

Il rapporto concessorio, dunque, sarà caratterizzato da due momenti distinti: quello "amministrativo", concretizzatosi nel provvedimento con il quale è stata affidata la concessione; quello "contrattuale", che si attua a mezzo del contratto di concessione vero e proprio.

E infatti le concessioni-contratto rientrano nel più ampio *genus* dei contratti accessivi al provvedimento[1], e sono moduli conven-

(1) I contratti ad oggetto pubblico o di diritto pubblico hanno la caratteristica fondamentale di essere collegati a provvedimenti amministrativi, dei quali costituiscono un completamento necessario. A loro volta, i contratti ad oggetto pubblico

zionali mediante i quali il fenomeno concessorio si sdoppia in due componenti: una prettamente autoritativa, ovvero il provvedimento, l'altra, di natura contrattuale, volta a regolare su base paritaria i diritti e gli obblighi della pubblica amministrazione da un lato, e del privato, dall'altro[2].

La convenzione contrattuale che specifica e definisce il provvedimento concessorio, dunque, per quanto regolata dai principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti ("in quanto compatibili" e "salvo che non venga previsto diversamente") trova pur sempre il proprio fondamento nella spendita del potere discrezionale, e per ciò autoritativo, della pubblica amministrazione.

Questi due atti informano l'intero rapporto concessorio per tutta la sua durata e ogni vicenda del rapporto concessorio sarà destinata a ripercuotersi su entrambi gli atti, il provvedimento ed il contratto.

Elemento imprescindibile della concessione di lavori pubblici è inoltre con **l'attitudine dell'opera oggetto della stessa a realizzare un flusso di cassa che può consentire di ripagare totalmente o parzialmente l'investimento**[3].

Proprio in relazione a questa attitudine, si usa classificare le opere in tre tipologie: **opere calde, fredde, tiepide e cosiddette riscaldate.**

Calde sono quelle opere dotate di un'intrinseca capacità di generare reddito attraverso ricavi da utenza, in misura tale da ripagare i costi di investimento e remunerare adeguatamente il capitale coinvolto nell'arco della vita della concessione; **fredde** sono, invece, le opere per le quali il privato che le realizza e gestisce fornisce direttamente servizi alla pubblica amministrazione e trae la propria remunerazione da pagamenti effettuati dalla stessa, non hanno rilevanza imprenditoriale e non sono suscettibili di generare ritorni diretti. Tra queste due tipologie di opere, si pongono in posizione mediana quelle i cui ricavi da utenza non sono sufficienti a ripagare interamente le risorse impiegate per la loro realizzazione, rendendo necessario, per consentirne la fattibilità finanziaria, un contributo pubblico (cosiddette opere **tiepide**)[4].

Alle storiche categorie, se ne affianca un'altra, che è quella delle opere che possono essere definite come **riscaldate.** Si tratta di ope-

---

si ripartiscono in tre categorie, ovvero, i contratti accessivi al provvedimento, ausiliari al provvedimento, o sostitutivi di esso. Sulla distinzione tra contratti di diritto privato e di pubblico v. *amplius*, M. Santise, *Coordinate ermeneutiche di Diritto amministrativo*, Torino, 2014, p. 271 ss.

(2) Cons. St. n. 5492 del 2015.

(3) Determinazione ANAC, 11 marzo 2010, n. 2.

(4) Determinazione ANAC, 11 marzo 2010, n. 2.

re prive di rilevanza imprenditoriale (dunque inizialmente fredde) in cui il canone proviene interamente da fondi pubblici.

Con riferimento alla distinzione tra opere calde, fredde e tiepide, il contratto di concessione e gestione di lavori pubblici per come inizialmente previsto dalla cosiddetta Merloni *ter* aveva una serie di limitazioni tali da restringerne il campo di applicazione ad un numero limitato di opere, caratterizzate da una alta redditività.

La legge n. 166 del 2002 (cosiddetta Merloni *quater*), con modifiche sostanziali[5] alla disciplina della concessione, ha mirato a favorire la partecipazione di capitali privati anche nell'ipotesi di opere (fredde) che – per loro stessa natura – non potevano raggiungere livelli di redditività molto alti.

Successivamente, il d.lgs. n. 56 del 19 aprile 2017 cosiddetto Correttivo al codice dei contratti ha introdotto ulteriori importanti novità in merito alla disciplina del partenariato pubblico privato. In particolare, il limite massimo del contributo pubblico all'infrastruttura, riconosciuto a titolo di prezzo, sommato al valore di eventuali garanzie pubbliche o di ulteriori meccanismi di finanziamento a carico della pubblica amministrazione, è stato elevato dal 30 al 49 % del costo dell'investimento complessivo, comprensivo di eventuali oneri finanziari.

La distinzione in opere calde, fredde e tiepide e riscaldate è assai rilevante nell'analisi delle vicende della concessione in quanto le conseguenze in termini di rischio per le parti contrattuali sono diverse a seconda che si tratti di opera calda, opera fredda o opera tiepida.

Così chiariti i caratteri generali del rapporto concessorio, emerge che l'affidamento in *project financing* di un contratto di concessione realizza una significativa **operazione economico/negoziale** volta al compimento di ambiziosi progetti industriali attraverso la concretizzazione sinergica di interessi riconducibili a una pluralità di soggetti, non solo del mondo finanziario e giuridico, ma anche delle scienze tecniche, quali l'architettura, l'ingegneria e la tecnica finanziaria[6].

2. *La centralità dell'aspetto economico-finanziario: il Piano economico finanziario e l'allocazione dei rischi.* – Chiamato a valutare il merito dell'operazione, come vedremo, è il finanziatore, con la conseguenza inevitabile che il rapporto di finanziamento acquisisce una sua peculiare centralità.

---

(5) Eliminazione del limite a 30 anni ed eliminazione del limite del 50% come massimo contributo statale.

(6) T. V. Russo, *Commento alla normativa*, in *Riv. dir. civ.*, n. 4, 1° luglio 2021, p. 661.

Sotto questo aspetto, ciò che è interessante evidenziare è **l'oggetto della valutazione operata dal finanziatore, il quale non procederà più ad una mera valutazione della capacità economico-contabile dell'impresa che richiede il finanziamento ma dovrà muoversi sul terreno della valutazione della capacità economico-finanziaria del progetto stesso.**

Nella valutazione circa il possibile rientro di quanto prestato, dunque, il soggetto finanziatore non potrà fare affidamento sul complessivo assetto patrimoniale del soggetto finanziato, dovendo invece fondare l'aspettativa di realizzazione dei propri interessi sulla riuscita dell'iniziativa finanziata, facendosi carico del rischio che l'insuccesso dell'operazione non possa essere bilanciato da altre partite patrimoniali.

A fronte di questo nuovo approccio dei soggetti finanziatori il giurista è chiamato a svolgere un ruolo fondamentale(7).

E infatti, da un lato è indubbio che le tecniche di redazione contrattuale debbano essere tali da delineare e quantificare con un elevato margine di certezza i rischi fisiologici di **un'operazione destinata a incidere su un arco di tempo molto ampio**; dall'altro, le modalità redazionali dei contratti dovranno tener conto fin dal principio di un **piano di allocazione dei rischi tra i soggetti coinvolti nel progetto**, quali appaltatori, finanziatori, esecutori, nonché gestori finali dell'opera.

Proprio perché i contratti di concessione in *project financing* sono proiettati molto avanti nel tempo, l'imprevedibilità dell'andamento delle vicende gestionali mette a rischio l'equilibrio sinallagmatico e rende necessaria la previsione di modalità di adeguamento e rinegoziazione delle pattuizioni.

In quest'ottica, il Piano economico finanziario, accluso all'offerta economica, acquisisce particolare importanza.

2.1. *Il Piano economico finanziario quale documento (allegato al contratto di concessione) che contiene i presupposti e le condizioni di base del contratto di concessione.* – Il PEF assolve la funzione di dimostrare la capacità economico-finanziaria del concorrente di eseguire correttamente la prestazione oggetto del contratto di concessione per l'arco temporale prescelto(8).

Nel documento in questione difatti devono essere indicati: la piena remunerabilità dei servizi; il corretto bilanciamento tra i vari elementi; un introito minimo superiore agli investimenti effettuati; la corretta valutazione dei costi necessari l'esecuzione del servi-

(7) T. V. Russo, *op cit.*, p. 661.

(8) Cons. St., Sez. V, 4 febbraio 2022, n. 795.

zio; la *compliance* (cioè la dimostrazione della conformità) dei dati essenziali su cui si basa l'equilibrio del *business plan* proposto dall'offerente; la compiuta considerazione di tutte le variabili dei costi e degli oneri, posti a base della redazione del piano e le relative modalità di calcolo; la misura e la dinamica delle poste figurative; il valore del costo medio ponderato del capitale; i volumi attesi di utenza; la reale sostenibilità nel tempo in relazione alle dinamiche dei costi, *ex* art. 3, lett. *fff*) e art. 165 d.lgs. n. 50 del 2016.

Si tratta, dunque, di un documento che, prospettando un equilibrio economico-finanziario di investimenti ed il contestuale rendimento per l'intero periodo, consente al concedente di valutare l'adeguatezza dell'offerta presentata nonché l'effettiva realizzabilità dell'oggetto della concessione da parte dell'operatore economico.

Si è chiarito, dunque, che la concessione, sia di lavori pubblici che di servizi, è caratterizzata dalla circostanza che **la remunerazione degli investimenti** (compiuti dall'operatore economico privato) **e delle prestazioni** (rese nell'esecuzione della concessione) **è costituita dal diritto/obbligo di gestire funzionalmente ed economicamente il servizio/ i servizi erogati attraverso le opere pubbliche realizzate**.

E infatti, se da un lato il concessionario ha il diritto di rientrare del suo investimento attraverso i canoni derivanti dalla gestione dell'opera, non va dimenticato che in capo a tale soggetto è posto anche un correlato obbligo di gestire l'opera in concessione, e tanto a prescindere dalla redditività che il concessionario ne ricava.

Questi obblighi andranno poi puntualmente normati dalla *lex specialis*, al fine di conformarne l'attività a precise regole di efficienza, continuità e qualità, che travalicano la mera gestione del bene pubblico e connotano il rapporto in termini di servizio.

Il che significa che **i servizi in questione debbono avere una chiara natura imprenditoriale in quanto si rivolgono ad un mercato composto da una pluralità di utenti che ne domandano le prestazioni**[9].

In questo senso, il rischio assunto dal concessionario è definito dall'art. 3, lett. *zz* del codice dei contratti come*"il rischio legato alla gestione dei lavori o dei servizi sul lato della domanda o sul lato dell'offerta o di entrambi, trasferito all'operatore economico nei casi di cui all'articolo 180"*.

"Si considera che l'operatore economico nei casi di cui all'articolo 180 assuma il rischio operativo nel caso in cui, in condizioni operative normali, per tali intendendosi l'insussistenza di eventi non

(9) Cons. St., Sez. V, 4 febbraio 2022, n. 795.

prevedibili non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi oggetto della concessione. La parte del rischio trasferita all'operatore economico nei casi di cui all'articolo 180 deve comportare una reale esposizione alle fluttuazioni del mercato tale per cui ogni potenziale perdita stimata subita dal concessionario non sia puramente nominale o trascurabile".

Il rischio operativo si valuta proprio intorno alla aleatorietà della domanda di prestazioni poiché l'errore di valutazione del livello di domanda attendibile evidentemente condiziona la remuneratività dell'investimento e misura la validità imprenditoriale dell'iniziativa economica.

Si tratta di una tipologia di rischio imprenditoriale diversa da quella riscontrabile nel contratto di appalto (di lavori, servizi o forniture), proprio perché entra in gioco un elemento imponderabile: la domanda di prestazioni attese per quel determinato servizio pubblico, non determinabile *a priori*.

In questo quadro, il Piano economico finanziario ha la funzione di cristallizzare quell'equilibrio economico e finanziario che le parti hanno ricercato fin dall'inizio.

Non va dimenticato che la concessione è un contratto di lunga durata, la cui alea è talmente elevata da necessitare che vi sia un ampio e ragionato lavoro di gestione delle sopravvenienze a priori, che le parti possano fin dal momento della stesura del contratto delineare e quantificare con un elevato margine di certezza i rischi fisiologici di un'operazione destinata a incidere su un arco di tempo molto ampio, così garantendo il permanere dell'equilibrio economico e finanziario dell'iniziativa (ossia la contemporanea presenza delle condizioni di convenienza economica e sostenibilità finanziaria attraverso la corretta allocazione dei rischi) lungo tutto l'arco temporale della gestione[(10)].

A questo proposito, se la concessione si qualifica per il trasferimento del rischio operativo dal concedente al concessionario, il PEF è lo strumento mediante il quale si attua la concreta distribuzione del rischio tra le parti del rapporto, la cui adeguatezza e sostenibilità deve essere valutata dall'amministrazione concedente alla luce delle discipline tecniche ed economiche applicabili e sulla base delle eventuali prescrizioni che la stessa amministrazione ha dettato con la *lex specialis* della procedura per la selezione del concessionario[(11)].

Inoltre, il Piano economico-finanziario è volto a dimostrare la

(10) T. V. Russo, *op. cit.*, p. 661.

(11) Cons. St., Sez. V, 4 febbraio 2022, n. 795.

concreta capacità del concorrente di correttamente eseguire la prestazione per l'intero arco temporale prescelto attraverso la responsabile prospettazione di un equilibrio economico-finanziario di investimenti e connessa gestione, nonché di rendimento per l'intero periodo.(12)

Come tale, il PEF si rivela come documento che per sua natura esprime, anche dinamicamente, la sintesi e la matrice economico-finanziaria del rapporto concessorio assicurandone la costante sostenibilità e redditività(13).

L'equilibrio del PEF diventa allora fondamentale nella ripartizione del rischio e, con esso, nella gestione delle sopravvenienze (termine che assume nella tematica in esame un'accezione civilistica): la concessione potrà concretamente realizzarsi soltanto se si è proceduto a una corretta e trasparente individuazione e ripartizione dei rischi.

È evidente quindi che la valutazione di fattibilità e realizzabilità finanziaria del progetto incide in maniera determinante sull'analisi del profilo funzionale dell'operazione intesa nella sua unità e nella sua complessità.

3. *Sopravvenienze e meccanismi correttivi previsti dal legislatore.* – L'aleatorietà, intesa come imprevedibilità dell'andamento delle vicende gestionali e contrattuali dei rapporti coinvolti nella concessione nell'ampio arco temporale, rende necessaria per le parti coinvolte la **valutazione e la regolamentazione**, in relazione all'evoluzione dell'incidenza dei rischi e delle sopravvenienze sull'andamento dell'operazione, **delle modalità di adeguamento e rinegoziazione delle pattuizioni.**

È allora evidente, nella gestione delle sopravvenienze in fase esecutiva, l'incidenza del **principio di conservazione dei rapporti**, al quale non deve essere attribuita mera portata ermeneutica, quanto sostanziale valenza sul piano dell'efficacia e dell'integrazione delle pattuizioni. Non meno rilevante è, in tale contesto, l'incidenza del **principio di solidarietà**, che informa i comportamenti che devono tenere le parti nell'esecuzione del contratto, adempiendo in particolare agli obblighi imposti dalle regole di correttezza e buona fede(14).

Da tali criteri discendono i principi di proporzionalità e di adeguatezza delle prestazioni contrattuali che, nella prospettiva della contingente realizzazione del principio di conservazione degli ef-

(12) Cons. St., Sez. V, 13 aprile 2018, n. 2214.
(13) Cons. St., Sez. V, 20 luglio 2020, n. 4636.
(14) T. V. Russo, *op. cit.*, p. 661.

fetti contrattuali, importano, per le parti, **un obbligo legale di rinegoziazione delle pattuizioni nell'ipotesi in cui le sopravvenienze abbiano inciso sulla proporzione e/o sull'adeguatezza delle prestazioni**.

La flessibilità delle pattuizioni contrattuali, in tale prospettiva, non nega il rapporto per come inizialmente previsto ma, al contrario, costituisce attivo **strumento di attuazione di quel rapporto**(15).

L'adeguamento e la rinegoziazione delle pattuizioni, tuttavia, devono essere condotti in relazione al caso concreto e secondo il canone della ragionevolezza, non potendo ignorarsi l'enorme incidenza, nei contratti riconducibili a un'operazione di project financing, dei numerosi fattori di rischio che hanno inciso in maniera determinante, al momento della formazione del consenso.

Non vi è dubbio, infatti, che l'impatto dei suddetti principi debba essere valutato con molta prudenza nel contesto di un'operazione economica connotata da un profilo di intrinseca aleatorietà, certamente più intensa che in altri contratti di durata.

In un'ottica di conservazione del rapporto dunque, il codice degli appalti tenta di rendere il più impermeabile possibile dalle patologie del rapporto sia la realizzazione del pubblico interesse, sia gli interessi dei finanziatori, mostrando di ritenere fondamentale che, una volta terminata la gara, sia l'aggiudicatario a portare a termine la realizzazione dell'opera e a occuparsi successivamente della sua gestione.

Nei successivi paragrafi approfondiremo i vari strumenti previsti dal legislatore e codificati nel codice dei contratti e gli strumenti di natura eminentemente civilistica ma di portata generale, come tali certamente applicabili ai contratti di concessione.

3.1. *Eventi imprevedibili e forza maggiore*. – Il legislatore ha previsto **meccanismi correttivi,** a tutela dell'equilibrio economico-finanziario eventualmente alterato in costanza del rapporto da attuarsi attraverso la **revisione del PEF** e la conseguente **rimodulazione delle previsioni contrattuali a rilevanza economica**, al ricorrere di determinate tassative circostanze quali *"il verificarsi di fatti non riconducibili al concessionario che incidono sull'equilibrio economico-finanziario" con la precisazione che "la revisione deve consentire la permanenza dei rischi trasferiti in capo all'operatore economico e delle condizioni di equilibrio economico finanziario re-*

(15) F. Macario, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, p. 152; cfr., altresì, A. D'Angelo, *La buona fede*, in *Trattato di diritto privato* diretto da M. Bessone, IV, Torino, 2004, p. 147 ss., specialmente p. 153; v. G. Marasco, *La rinegoziazione del contratto. Strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale*, Padova, 2006, p. 9.

lative al contratto" (artt. 165, comma 6, quanto ai contratti di concessione di lavori e di servizi e 182, comma 3, d.lgs. n. 50 del 2016, quanto alla finanza di progetto).

La modifica delle condizioni contrattuali non è sempre stata avallata dalla giurisprudenza amministrativa la quale ha per lungo tempo sostenuto la cristallizzazione negli atti di gara delle pattuizioni contrattuali, con la conseguenza che l'amministrazione aggiudicatrice perdeva *"la disponibilità del contenuto del rapporto contrattuale già instaurato (che resta inderogabilmente regolato dallo schema approvato con l'indizione della gara) e, quindi, la capacità di convenire con la controparte condizioni diverse da quelle conosciute dai partecipanti al confronto concorrenziale*"[16].

Una tale immutabilità dei termini e delle condizioni originari della concessione era posta a presidio della concorrenza in quanto volta a scongiurare il pericolo che la stazione appaltante prevedesse in sede di gara determinate (squilibrate) clausole al fine di ridurre il numero dei candidati, per poi ripristinare il giusto equilibrio contrattando direttamene con l'aggiudicatario.

Secondo la più recente dottrina e giurisprudenza, tuttavia, tale principio di immutabilità non ha portata assoluta e può essere derogato, sull'accordo delle parti, al fine di **ristabilire la remuneratività dell'operazione in caso di sopravvenienze imprevedibili non imputabili al concessionario.** Le condizioni di equilibrio economico-finanziario sussunte nel PEF e poste alla base del rapporto concessorio dunque non sono immutabili e impermeabili[17].

La più recente giurisprudenza, confermando tale assunto, ha ulteriormente chiarito che eventuali modifiche delle condizioni iniziali del rapporto concessorio debbano essere ritenute palesemente eccezionali tali da non permettere applicazioni estensive[18].

Questo in base al richiamato principio per cui la rimodulazione postuma degli aspetti economici che regolano il rapporto concessorio si pone astrattamente in contrasto con i principi libero-concorrenziali caratterizzanti la fase selettiva, integrando il rischio di veder vanificato lo scopo del meccanismo concorrenziale di scelta del contraente.

---

(16) Cons. St. 14 luglio 2003, n. 4167, in *Dir. proc. amm.*, 2004, p. 1160. Il divieto di rinegoziare l'offerta nella fase successiva all'aggiudicazione è stato sostenuto anche dalla Commissione CE, con parere motivato 23 marzo 1998. In senso opposto, TAR Lazio, Roma, 28 gennaio 2003, n. 506, in *Dir. giust.*, 2003, f. 13, p. 81. In dottrina, per l'ammissibilità della rinegoziazione v. B. MARCHETTI, *Atti di aggiudicazione e poteri di rinegoziazione della pubblica amministrazione nei contratti ad evidenza pubblica*, in *Giorn. dir. amm.*, 2003, p. 505.

(17) ANAC, delibera n. 783 del 6 luglio 2016.

(18) Cons. St., Sez. IV, 15 maggio 2012, n. 3474.

3.2. *Riequilibrio*. – Così chiarito il carattere eccezionale di una rinegoziazione delle condizioni economico-finanziarie della concessione, si tratta di capire quali siano in concreto quegli eventi imprevedibili e di forza maggiore tali da rendere necessario il riequilibrio del rapporto.

Quali sono le sopravvenienze tali da integrare un riequilibrio?

Sul tema è intervenuta anche l'Autorità nazionale anticorruzione a chiarire che *"tra gli eventi non imputabili all'operatore economico che danno diritto a una revisione del PEF rientrano gli eventi di forza maggiore tali da rendere oggettivamente impossibile o eccessivamente oneroso, in tutto o in parte, l'adempimento delle obbligazioni contrattuali"*[(19)].

A titolo esemplificativo, possono essere richiamate le ipotesi di aumento inaspettato dei costi delle materie prime, la difficoltà di reperimento della manodopera, le sopravvenienze normative (esempio: parcheggio in zona centrale della città che subisce una chiusura al traffico. È evidente che un simile provvedimento costituisce un evento non imputabile all'operatore economico tale da integrare un enorme squilibrio del PEF).

È poi evidentemente il caso della pandemia da Covid-19, con tutte le conseguenze sul piano dell'incremento dei costi delle materie prime, della difficoltà di reperimento di materiali e di manodopera.

Non sussistono dubbi, dunque, sugli effetti significativi generati dell'emergenza epidemiologica, tali da integrare certamente i presupposti della forza maggiore e dell'evento destabilizzante dell'equilibrio economico-finanziario richiesti dal d.lgs. 50 del 2016. A tale proposito, infatti, è possibile fare riferimento all'art. 165, comma 6, e all'art. 182, comma 3, in base ai quali *"Il verificarsi di fatti non riconducibili al concessionario che incidono sull'equilibrio del piano economico finanziario può comportare la sua revisione da attuare mediante la rideterminazione delle condizioni di equilibrio"*.

Proprio con riferimento all'avvento della crisi pandemica, si è affermato in giurisprudenza che l'emergenza epidemiologica in corso – pur essendo evento noto al momento della presentazione delle offerte e, dunque, tecnicamente prevedibile – comporterà effetti nel tempo assolutamente non noti ed imprevedibili, sia per la stazione appaltante che per gli operatori economici, così da poter legittimamente costituire causa di riequilibrio, ai sensi del comma 6 del citato art. 165, "mediante la rideterminazione delle condizioni di equilibrio", nella misura in cui essa sia (come presumibilmente sarà) ancora in corso al momento dell'avvio dell'esecuzione della concessione ed impedisca il mantenimento dei livelli di ingres-

(19) Linee guida ANAC n. 9 di attuazione del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

so registrati sino al 2019 ovvero di quelli diversi stimati dal concessionario[20].

Tra le possibili modalità di riequilibrio attuabili possono inoltre essere menzionate, a titolo esemplificativo e non esaustivo:

- l'assegnazione di un contributo in conto capitale;
- l'aumento di canoni di servizio/disponibilità a favore del concessionario;
- l'estensione temporale della concessione (proroga);
- la modifica delle tariffe praticate agli utenti;
- la riduzione dei canoni di concessione o delle *royalties* (laddove previsti);
- l'utilizzo di strumenti di garanzia a favore del concessionario;
- il riconoscimento di un maggiore valore di subentro/valore residuo al termine della concessione.

Quanto alle **concrete modalità di riequilibrio**, esse andranno puntualmente disciplinate nel contratto di concessione e saranno diverse a seconda che il riequilibrio intervenga per esigenze del concessionario o del concedente.

Nella prima ipotesi, per ripristinare l'equilibrio economico e finanziario si può agire, *inter alia*, sui ricavi del progetto (il canone di disponibilità), sul contributo a fondo perduto, sulla durata.

A titolo esemplificativo, nel caso in cui l'alterazione dell'equilibrio economico e finanziario sia causata da fatti legati alla gestione, si potrebbero modificare solo le fonti dei ricavi, quali per esempio, il canone di disponibilità[21].

Nell'ipotesi di entrata in vigore di norme legislative e regolamentari che determini un maggior costo dell'investimento (pensiamo nuovamente all'esempio del parcheggio), il maggior costo dovrà essere inserito nel piano economico finanziario, unitamente, eventualmente, a una linea di finanziamento *ad hoc*, a meno che il maggior costo non venga coperto con *equity* aggiuntivo da parte del concessionario o con un contributo a fondo perduto di egual importo. Tutti gli altri dati del PEF dovranno rimanere immutati rispetto al PEF convenzionale allegato al Contratto.

Infatti ai fini del riequilibrio, **devono essere modificati nel PEF solo quei valori (di costo e ricavo) che sono stati influenzati dall'evento che ha innescato la procedura di riequilibrio.**

Nel caso in cui, invece, il riequilibrio debba essere ricercato a

---

(20) TAR Lazio, Roma, Sez. II, 3 dicembre 2020, n. 12966.

(21) *Partenariato pubblico-privato: una proposta per il rilancio guida alle pubbliche amministrazioni per la redazione di un contratto di concessione per la progettazione, costruzione e gestione di opere pubbliche in partenariato pubblico privato – Relazione Illustrativa,* MEF Ragioneria Generale dello Stato e ANAC, feb. 2021

favore del concedente, potrà essere preferibilmente ridotto il canone di disponibilità.

Per quanto attiene alle **modalità tecniche della procedura di riequilibrio**, la *Guida alle pubbliche amministrazioni per la redazione di un contratto di concessione per la progettazione, costruzione e gestione di opere pubbliche in partenariato pubblico privato*, redatta da MEF e ANAC, ha previsto che *"la revisione delle condizioni di equilibrio della concessione deve avvenire mediante la procedura di cui al comma 3 che presuppone la predisposizione di un apposito schema di atto aggiuntivo che, una volta sottoscritto, costituirà parte integrante del Contratto di concessione vigente"*.

È importante segnalare che ai fini della tutela della finanza pubblica strettamente connessa al mantenimento della predetta allocazione dei rischi, nei casi di opere di interesse statale ovvero finanziate con contributo a carico dello Stato, **l'art. 165, comma 6, del codice dei contratti prevede che la revisione sia subordinata alla previa valutazione da parte del Nucleo di consulenza per l'attuazione delle linee guida per la regolazione dei servizi di pubblica utilità (NARS)**.

Negli altri casi, è semplice facoltà dell'amministrazione aggiudicatrice sottoporre la revisione alla previa valutazione del NARS.

Con riferimento all'obbligo/facoltà di comunicazione, si è previsto che l'amministrazione trasmetta apposita richiesta, allegando la documentazione relativa alla concessione. La revisione delle condizioni di equilibrio del PEF sarà poi disciplinata in apposito atto aggiuntivo alla convenzione vigente che darà atto della sussistenza dei presupposti per l'applicazione della norma e aggiornerà, se necessario, le pattuizioni tra le Parti.

Il PEF di Riequilibrio e la relativa relazione illustrativa costituiranno allegati allo schema di atto aggiuntivo. Con lo schema di atto aggiuntivo le Parti provvederanno a sostituire gli allegati alla convenzione che necessitino di modifiche e/o aggiornamenti a seguito della rideterminazione delle condizioni di equilibrio.

Il NARS, sulla base della documentazione trasmessa, esercita i propri poteri di verifica, a tutela della finanza pubblica, soffermandosi, in particolare:

– sui presupposti che hanno determinato la revisione del piano economico-finanziario;

– sull'esame dello schema di atto aggiuntivo e relativi allegati;

– sulla rideterminazione delle condizioni di equilibrio del piano economico-finanziario.

Sussistendone i presupposti e tenuto conto della istruttoria dell'ente richiedente, il NARS delibera il parere di competenza[22].

Sempre in tema di controlli, analogamente a quanto avviene per gli appalti all'art. 106, d.lgs. n. 50 del 2016 (Varianti), l'art. 175, codice, disciplina le ipotesi in cui intervengano modifiche al contratto di concessione durante il periodo di efficacia.

Il codice prende in esame un'ampia casistica, specificando quando le concessioni possono essere modificate senza una nuova procedura e quando invece la modifica sia considerata sostanziale, tale da necessitare una nuova gara.

A differenza di quanto fa l'art. 106, tuttavia, l'art. 175 non prevede alcun obbligo di comunicazione all'ANAC delle modifiche intervenute.

Sembra dunque che il legislatore abbia lasciato scoperto questo punto.

Va segnalato, tuttavia, che l'ANAC indica espressamente gli atti di approvazione delle modifiche contrattuale e include tra le "gravi violazioni" che legittimano l'Autorità all'esercizio del potere di impugnazione, quella di atti che approvino varianti in corso d'opera che introducano modifiche sostanziali del contratto che avrebbero richiesto una nuova procedura di gara, tanto ai sensi non solo dell'art. 106 ma anche dell'art. 175, codice.

Dunque non è codicisticamente previsto un obbligo informativo, ma ciò non esclude che l'ANAC possa impugnare le modifiche alle concessioni intervenute in violazione dell'art. 175[23].

3.3. *Spunti sul recesso.* – **In caso di mancato accordo sul riequilibrio del piano economico finanziario, la parte danneggiata può recedere dal contratto (art. 165, comma 6, codice).**

Con riferimento a questa previsione codicistica, in un'ottica di analisi delle vicende concessorie, non si può fare a meno di mettere in evidenza che tale previsione non sembra in linea con il principio di conservazione dei rapporti cui abbiamo accennato.

E infatti, se l'unica alternativa al riequilibrio è il recesso, è evidente che viene interamente lasciata in capo ad una delle due parti la decisione di proseguire o meno nella concessione, in quanto scegliendo di non riequilibrare, la parte di fatto mette fine al rapporto concessorio.

Va probabilmente ripensata la disciplina nella parte in cui non

(22) Linee guida NARS n. 1 del 13 gennaio 2022, sulla Valutazione delle revisioni del PEF.

(23) Regolamento ANAC del 18 giugno 2018, adottato ai sensi dell'art. 211, comma 1 *quater*, codice, che attribuisce all'Autorità il compito di individuare le tipologie di provvedimenti in relazione ai quali esercitare il potere di impugnazione.

prevede dei meccanismi intermedi tra il mancato riequilibrio e il recesso, meccanismi che consentano salvare la concessione.

Il recesso, infatti non è privo di conseguenze sul piano dei rapporti:

– se siamo in fase gestoria, al concessionario che recede per mancato riequilibrio dovrà essere scontata la sua quota parte non ammortizzata?

– Se siamo ancora in fase esecutiva, gli andrà riconosciuto l'eseguito?

– Se siamo in fase progettuale, gli andrà riconosciuto quanto posto a progetto?

A tal proposito, per i casi di mancato accordo sul riequilibrio del piano economico finanziario, sia prevista una decurtazione dell'importo dovuto sulla base degli oneri gravanti sul concedente al fine di ripristinare la corretta esecuzione dei lavori e/o dei servizi conseguente al recesso. Tale ultima misura è volta a favorire il raggiungimento di un accordo tra concedente e concessionario sul riequilibrio del piano economico finanziario, e dunque a evitare che si sfoci effettivamente nel recesso[24].

Le eventuali somme spettanti al concessionario sono destinate prioritariamente, salvi i privilegi di legge, al soddisfacimento dei crediti dei finanziatori e sono indisponibili da parte del concessionario stesso fino al completo soddisfacimento di detti crediti.

Il contratto deve prevedere inoltre che, nelle more dell'individuazione di un concessionario subentrante, qualora l'opera abbia superato il collaudo ed esclusivamente nella misura in cui sia necessario a garantire esigenze di continuità del servizio pubblico, il concessionario dovrà proseguire nella gestione alle medesime modalità e condizioni del contratto. Sempre nelle more dell'individuazione di un concessionario subentrante, il concessionario uscente potrà chiedere al concedente, fino alla liquidazione delle somme spettanti, di continuare a gestire l'opera alle medesime modalità e condizioni del contratto fino alla data dell'effettivo pagamento delle somme stesse.

In ogni caso, deve escludersi che il contratto di concessione possa prevedere la possibilità di recesso *ad nutum*: ciò in quanto tale previsione potrebbe vanificare l'obbligo del concessionario di gestire il servizio, trasformando di fatto la concessione in un appalto di lavori.

3.4. *Rimedi civilisti.* – Accanto a questa disciplina speciale, prevista dal legislatore del codice dei contratti, appare utile approfon-

(24) *Guida alle pubbliche amministrazioni per la redazione di un contratto di concessione per la progettazione, costruzione e gestione di opere pubbliche in partenariato pubblico privato*, redatta da MEF e ANAC, febbraio 2021.

dire l'applicabilità, anche al mondo delle concessioni, dei principi ricavabili dal codice civile e ciò in ragione del fatto che l'impatto economico della pandemia si potrebbe essere manifestato in maniera così dirompente da non rendere sufficiente un congegno come quello dell'art. 165 d.lgs. n. 50 del 2016.

Questo perché potrebbero esservi clausole – che la prassi testimonia essere sparse nelle varie convenzioni di concessione – le quali comprimono le aspettative del concessionario, limitando il suo diritto alla revisione del PEF, ovvero riducendo o addirittura azzerando il rilievo dei ricavi ed amplificando il suo rischio operativo[25].

L'applicabilità di rimedi di tipo civilistico è possibile grazie alla norma di chiusura di cui all'art. 30, comma 8, d.lgs. n. 50 del 2016 "*Per quanto non espressamente previsto nel presente codice (omissis) alle procedure di affidamento e alle altre attività amministrative in materia di contratti pubblici si applicano le disposizioni di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241, alla stipula del contratto e alla fase di esecuzione si applicano le disposizioni del codice civile*".

Inoltre, l'art. 11, l. n. 241 del 1990, Accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento, prevede la possibilità, per l'amministrazione procedente di concludere, senza pregiudizio dei diritti dei terzi, e in ogni caso nel perseguimento del pubblico interesse, accordi con gli interessati al fine di determinare il contenuto discrezionale del provvedimento finale ovvero in sostituzione di questo. A tali accordi si applicano, ove non diversamente previsto i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili.

Secondo una consolidata giurisprudenza, l'art. 11, l. n. 241 del 1990 rappresenta la porta di ingresso, nel mondo del diritto amministrativo, se non delle norme civilistiche, quantomeno dei principi da esso richiamati, posto che i rimedi previsti a tutela del sinallagma contrattuale devono coordinarsi con le norme del diritto amministrativo in un bilanciamento tra l'uno e l'altro ambito.

Tra i rimedi civilistici che vengono in rilievo, senza dubbio merita di essere esaminato l'art. **1467, cod. civ.** rubricato Contratto con prestazioni corrispettive, il quale disciplina che: "*Nei contratti a esecuzione continuata o periodica, ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto.*

La risoluzione non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rientra nell'alea normale del contratto.

(25) PEF: revisione nell'emergenza da COVID nelle concessioni di servizi, 21 luglio 2021 in *FiloDiritto*.

La parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto".

Sembrerebbe dunque che l'intervenuto e ormai noto lockdown, assumendo in sé i requisiti di "evento straordinario" e "imprevedibile" possa far concludere per l'applicabilità dei principi richiamati dall'art. 1467 cod. civ. in tutti i casi di contratti di concessione.

L'applicazione dei principi di cui all'articolo 1467 del cod. civ. ai contratti di concessione costituisce una tutela per il concessionario in tutti quei casi limite, dove il disposto dell'articolo 165 comma 6 del codice dei contratti pubblici sembri non operare.

Anche il 1467 cod. civ., tuttavia, non sembra rappresentare un rimedio sempre efficace, ed infatti va evidenziato che, a norma del 1467 cod. civ., l'unica possibilità della parte a fronte di un diniego di riequilibrio sarebbe quella di risolvere il contratto di concessione, a meno che – ai sensi dell'ultimo comma del 1467 cod. civ. – la parte contro cui è domandata la risoluzione non la eviti offrendo di modificare le condizioni contrattuali.

A tal fine va evidenziato che il richiamato art. 165, comma 6, codice dei contratti non prevede alcun **l'obbligo** per l'amministrazione di procedere alla revisione del PEF, ma una semplice **possibilità**: "*Il verificarsi di fatti non riconducibili al concessionario che incidono sull'equilibrio del piano economico finanziario può comportare la sua revisione da attuare mediante la rideterminazione delle condizioni di equilibrio*".

In tutti questi casi, invocare l'applicabilità, nei contratti di concessione, dell'istituto di cui all'articolo 1467 del codice civile, potrebbe essere di significativa utilità per superare la presenza degli ostacoli al ricorso di cui all'articolo 165 comma 6, codice dei contratti, nonché per confermare l'esistenza, in capo al concessionario di una pretesa **giuridicamente azionabile**.

Una riflessione sull'azionabilità della pretesa va fatta con riferimento alla decadenza dal relativo diritto. Se per gli appalti è previsto l'istituto della riserva, questo non è previsto nelle concessioni.

Mutuando la disciplina dell'appalto, potremmo dire che il soggetto che, subito un fatto imprevedibile tale da determinare il riequilibrio del PEF che si sia visto negare questa richiesta, è tenuto ad agire entro 10 anni dall'evento imprevedibile che ha cagionato lo squilibrio.

4. *Altre vicende della concessione.* – Prima di procedere all'analisi delle vicende concessorie, è importante ricordare che la concessione consta di due momenti diversi: uno eminentemente amministrativo, l'altro contrattuale.

Questo comporta che una sopravvenienza che incida sul contratto è destinata a ripercuotersi necessariamente sull'atto al quale il contratto accede.

A tal proposito, vi sono due prospettive:

– una prima prospettiva, di matrice europea, prevede che qualsiasi evento del contratto sia automaticamente collegato al provvedimento concessorio, per cui ove ad esempio il contratto venisse risolto ad opera di una delle parti, il provvedimento concessorio sarebbe automaticamente travolto;

– secondo una diversa impostazione, il provvedimento concessorio dovrebbe essere espressamente revocato.

La scelta di una o dell'altra prospettiva evidentemente si ripercuote sulle vicende della concessione.

4.1. *Risoluzione per inadempimento del concessionario.* – Le disposizioni in materia di concessione prevedono la facoltà per il concedente di procedere con la risoluzione, ai sensi dell'art. 1454, cod. civ., a fronte di un inadempimento del concessionario.

In tal caso, il contratto deve contenere l'elencazione dettagliata delle fattispecie che consentono al concedente l'esercizio della facoltà (ma non l'obbligo) di risolvere il contratto medesimo.

Tra queste si annoverano, ad esempio, la mancata costituzione o intervenuta invalidità o inefficacia di anche una sola garanzia, cauzione o copertura assicurativa richiesta dal contratto; i vizi o le gravi difformità dell'opera; l'inadeguata e/o carente manutenzione dell'opera idonea a cagionarne il perimento parziale o totale o il relativo grave danneggiamento; il superamento dell'importo massimo dovuto dal concessionario a titolo di penali per ritardo in fase di costruzione ovvero a titolo di decurtazione del canone per indisponibilità dell'opera o mancata erogazione dei servizi; la violazione dei protocolli di legalità e la violazione delle norme in materia di sicurezza e tutela del lavoro, contributiva e fiscale; il fallimento del concessionario, se non ne è possibile la sostituzione; la violazione dei limiti contrattuali concernenti i mutamenti della compagine sociale del concessionario e/o il trasferimento del contratto o altre violazioni sostanziali; i comportamenti fraudolenti o illegali posti in essere dal concessionario nell'adempimento delle obbligazioni contrattuali[(26)].

In linea con le prassi europee e in ossequio al principio di conservazione del contratto, la risoluzione deve essere considerata un'estrema *ratio*, che il concedente deve attivare quando l'inadempimento non è direttamente rimediabile dal concessionario.

In caso di risoluzione per inadempimento del concessionario, ai fini della corretta quantificazione delle spettanze in favore del concedente, il contratto di concessione disciplina le voci di compu-

(26) *Partenariato pubblico-privato: una proposta per il rilancio guida alle pubbliche amministrazioni,* cit.

to di cui è necessario tener conto, distinguendo l'ipotesi in cui l'opera non abbia raggiunto la fase di collaudo o non abbia superato il collaudo con esito positivo dall'ipotesi in cui l'opera abbia superato il collaudo.

Similmente a quanto accade nell'ipotesi del recesso, le pretese del concessionario dovranno essere correlate a seconda dello stadio in cui versa la concessione.

4.2. *Fallimento della società di progetto concessionaria.* – Nelle ipotesi in cui non si riesca a riequilibrare le sorti della concessione, una probabile conseguenza è il fallimento della società di progetto divenuta poi concessionaria.

Poiché la logica alla base della costituzione della società di progetto risiede nella netta separazione (autonomia patrimoniale perfetta) delle sorti imprenditoriali dei singoli soci rispetto a quelle della società alla quale saranno imputati tutti i diritti, gli obblighi e le responsabilità connessi all'investimento, in caso di fallimento della società di progetto l'ente finanziatore non potrà rivalersi sui beni dell'aggiudicatario ma in via esclusiva su quelli della società stessa. In caso di fallimento dell'aggiudicatario, invece, l'operazione di PPP non sarà interrotta ma sarà portata avanti dalla società di progetto.

Ed infatti la società di progetto è un centro di imputazione giuridica ed economica distinto dall'aggiudicatario, con conseguente separazione dei flussi generati dall'operazione di PPP rispetto a quelli relativi alle altre attività dell'aggiudicatario.

Dal punto di vista delle sorti del contratto, abbiamo visto che il fallimento del concessionario/società di progetto, ove non sia possibile la sua sostituzione tramite il subentro, è annoverabile tra le cause di risoluzione per inadempimento del concessionario, con tutto ciò che ne deriva.

Va segnalato che, in caso di fallimento della società di progetto, l'amministrazione sarà tenuta corrispondere al curatore fallimentare un'indennità corrispondente al valore dell'investimento; diversamente opinando si verificherebbe, in favore della pubblica amministrazione, un arricchimento senza causa.

4.3. *Revoca della concessione.* – Nell'ambito del potere di annullamento in autotutela, di cui storicamente gode la pubblica amministrazione alla luce del disposto di cui all'art. 21 *quinquies,* l. n. 241 del 1990, è certamente concesso alla amministrazione procedente di revocare il contratto di concessione.

Vi sono tre presupposti alternativi per la legittima adozione di un provvedimento di revoca: i sopravvenuti motivi di pubblico interesse; il mutamento della situazione di fatto; la nuova valutazione dell'interesse pubblico originario (cosiddetto *ius poenitendi*).

In particolare, tra i presupposti alternativi, quello che si distingue in termini di particolare "ampiezza" è quello per cui l'amministrazione può revocare il provvedimento non solo per l'insorgere di sopravvenienze (tra cui possono essere annoverati anche i mutamenti di situazioni di fatto), ma anche per una nuova (e diversa) valutazione dell'interesse pubblico originario[27].

La motivazione a fondamento del provvedimento di revoca della concessione in *project finance* deve essere adeguata e da essa deve emergere in modo trasparente e percepibile la valutazione operata.

Tra le motivazioni che sono state ritenute valide dalla giurisprudenza si possono ricordare: la **mancanza di copertura finanziaria e un eccessivo protrarsi nel tempo del vincolo con l'aggiudicatario**, che non consentirebbe di trarre beneficio dall'evoluzione tecnologica e dai conseguenti vantaggi che questa può arrecare, anche in termini di risparmio per la collettività[28]; la scelta di **revocare la gara per ragioni relative all'impegno di risorse finanziarie** e all'evoluzione tecnologica, considerate ragionevoli, non illogiche, né irrazionali e soprattutto fondate su non implausibili elementi di fatto.[29] I motivi di convenienza economica possono concretizzarsi in un **possibile risparmio di spesa a favore dell'amministrazione**[30], derivante dall'adozione di una **scelta alternativa al *project financing***. In particolare, quando la motivazione della revoca si fonda su un raffronto con un'opzione alternativa, la motivazione dovrebbe essere corredata di analisi di carattere tecnico o economico che diano conto della ragionevolezza e della convenienza economica della scelta alternativa al *project finance*[31].

Dal punto di vista delle conseguenze in capo al concessionario, anche nell'ipotesi della revoca, si applica l'art. 176, comma 4, codice che prevede le spettanze economiche del concessionario qualora la concessione sia revocata per motivo di pubblico interesse, in analogia alla previsione della risoluzione del contratto per inadempimento del concedente.

4.4. *Subentro (cosiddetto* step in right*).* – L'art. 176, commi 8, 9, 10 e 10 *bis*, codice prevede che nei casi che potrebbero comportare la risoluzione della concessione per cause imputabili al concessionario, l'amministrazione concedente comunica per iscritto al con-

(27) TAR Veneto, Sez. I, n. 184 del 2018.
(28) TAR Sicilia, Sez. II, n. 2363 del 2016.
(29) Cons. St., Sez. V, n. 1599 del 2016.
(30) Cons. St., Sez. V, n. 111 del 2018.
(31) TAR Lazio, Sez. II, n. 7229 del 2014.

cessionario e agli enti finanziatori l'intenzione di risolvere il rapporto. Gli enti finanziatori, ivi inclusi i titolari di obbligazioni e di titoli analoghi emessi dal concessionario, **possono impedire la risoluzione designando, entro novanta giorni, un diverso operatore economico, che subentri nella concessione**, avente caratteristiche tecniche e finanziarie corrispondenti o analoghe a quelle previste nel bando di gara o negli atti in forza dei quali la concessione è stata affidata, **con riguardo allo stato di avanzamento dell'oggetto della concessione alla data del subentro** (cosiddetto *step in right*).

L'operatore economico subentrante deve assicurare la ripresa dell'esecuzione della concessione e l'esatto adempimento originariamente richiesto al concessionario sostituito entro il termine indicato dalla concedente. Il subentro dell'operatore economico ha effetto dal momento in cui la stazione appaltante vi presta il consenso.

La norma mira a tutelare, da un lato, la realizzazione del pubblico interesse, dinanzi ad un aggiudicatario che si è reso inadempiente o comunque inadeguato alla realizzazione dell'opera, dall'altro, i finanziatori ai quali concede poteri di controllo penetranti sino al superamento del limite dell'ingerenza nel rapporto concessorio.

Anche per l'istituto del subentro, fortemente rilevante è la fase in cui l'opera passa ad un nuovo soggetto. Ed infatti, se siamo in fase gestionale, sarà necessario procedere ad una nuova allocazione dei rischi che garantisca l'equilibrio economico-finanziario.

4.5. *Risoluzione per inadempimento del concedente.* – In analogia rispetto a quanto previsto in favore del concedente, può essere prevista la facoltà del concessionario di risolvere lo stesso, ai sensi dell'articolo 1454, codice civile, a fronte di un inadempimento del concedente.

Tale fattispecie ricorre nei soli casi di inadempimenti gravi del concedente, tali da compromettere la stessa esecuzione del contratto da parte del concessionario.

In linea con le prassi europee, l'inadempimento può considerarsi grave e autorizzare la facoltà da parte del concessionario di risolvere il contratto nei casi di: mancato e/o prolungato ritardato pagamento da parte del concedente degli importi dovuti al concessionario tali da pregiudicare la stessa capacità di quest'ultimo di adempiere alle proprie obbligazioni contrattuali; altri inadempimenti contrattuali da parte del concedente idonei a pregiudicare la stessa performance del concessionario; violazione da parte del concedente del divieto di trasferire il contratto; raramente e a determinate condizioni, variazione della natura giuridica del concedente.

Va precisato che è fondamentale intendere la casistica degli inadempimenti gravi del concedente come restrittiva. E infatti, in os-

sequio al principio di conservazione del contratto, la risoluzione deve essere anche qui considerata un'estrema ratio, che il concessionario può attivare solo quando l'inadempimento non solo non sia rimediabile, ma sia tale da pregiudicare la stessa capacità del concessionario di riuscire ad adempiere alle obbligazioni contrattuali assunte.

Ad esempio, il mancato o prolungato ritardato pagamento deve essere necessariamente contestualizzato con riferimento al valore complessivo e alla durata della concessione per essere definito grave e per poter effettivamente essere ritenuto idoneo a pregiudicare la capacità del concessionario di adempiere il contratto[32].

In ordine alle conseguenze economiche derivanti dall'anticipato scioglimento, le stesse sono quelle previste dall'art. 176, comma 4, codice che prevede che "*qualora la concessione sia risolta per inadempimento del concedente, **spettano al concessionario**:*

a) il valore dell'Opera realizzata conformemente alla documentazione progettuale approvata, come risultante dal certificato di collaudo con esito positivo, più gli oneri accessori, al netto degli ammortamenti; ovvero, nel caso in cui l'opera non abbia ancora superato la fase di collaudo, i costi indicati dai documenti nella contabilità dei lavori ed effettivamente sostenuti dal concessionario per la realizzazione delle opere eseguite conformemente alla documentazione progettuale approvata;

b) le penali e gli altri costi sostenuti o da sostenere dal concessionario in conseguenza della risoluzione del contratto, ivi inclusi gli oneri derivanti dallo scioglimento dei contratti di copertura del rischio di fluttuazione del tasso di interesse;

c) un indennizzo, a titolo di risarcimento del mancato guadagno, pari al 10 per cento del valore delle opere ancora da eseguire ovvero, nel caso in cui l'opera abbia superato la fase di collaudo del valore attuale dei ricavi risultanti dal piano economico-finanziario allegato al contratto per gli anni residui di gestione della concessione".

4.6. *Penali.* – **Anche per le penali, rileva lo stadio in cui si trova la concessione:**

– **in fase di progettazione e di costruzione:** l'inadempimento del concessionario, in fase di progettazione ed esecuzione dell'opera, che comporti ritardi rispetto al termine di consegna dell'opera stabilito nel contratto, potrà essere adeguatamente sanzionato, in coerenza con l'effettivo trasferimento dei rischi di progettazione e di costruzione. La possibilità di applicare penali andrà chiaramen-

(32) *Partenariato pubblico-privato: una proposta per il rilancio guida alle pubbliche amministrazioni,* cit.

te prevista in convenzione, per evitare che possa impattare sull'equilibrio del contratto.

Va inteso che i controlli sull'operato del concessionario e una eventuale successiva applicazione di sanzioni sarebbero di interesse del concedente ma anche, e soprattutto, dei finanziatori.

– **In fase di gestione:** la penale è certamente applicabile per ogni inadempimento nella gestione del servizio oggetto della concessione, purché ne siano chiariti i presupposti di applicazione negli atti contrattuali. Tale penale sarà destinata ad influire sul canone solo sulla quota parte della gestione (in coerenza con quanto previsto per le cauzioni prestate nell'ambito della concessione: una garanzia per l'esecuzione e una differente garanzia per la gestione)[33].

Le condizioni di applicazione della penale in fase gestoria sono state oggetto di una pronuncia del Consiglio di Stato che ha analizzato l'ipotesi di irrogazione di una penale da parte dell'Agenzia delle dogane e dei monopoli a una società concessionaria per l'inosservanza dei livelli minimi di servizio di cui all'all. 3, § 2, lett. *b* della convenzione di concessione della rete per la gestione telematica del gioco lecito mediante apparecchi di divertimento ed intrattenimento.

Il Consiglio di Stato definitivamente ammesso l'applicabilità della penale in fase gestoria in quanto l'inadempimento o il ritardo nell'adempimento costituiscono da soli il presupposto per l'irrogazione della penale, in quanto il bene giuridico inciso non è il patrimonio della pubblica amministrazione, bensì il più generale interesse pubblico che costituisce ad un tempo la ragione causale della concessione ed il fine al quale deve essere orientata l'azione del privato concessionario (al di là delle ovvie finalità individuali)[34].

Il Consiglio di Stato dunque, accede a quell'orientamento che riconosce nella clausola penale una sorta di pena privata (sul modello francese delle *astraintes*), diretta a rafforzare il vincolo contrattuale, compulsando l'adempimento del debitore mediante la previsione di una vera e propria sanzione.

Sulla scia di queste premesse il passo è breve per affermare la (astratta) piena legittimità dell'irrogazione della penale alla società concessionaria da parte dell'Agenzia delle dogane e dei monopoli, ritenendo irrilevante la necessità della prova del danno, che, ad avviso del Consiglio di Stato, è *in re ipsa* nell'inadempimento stesso.

---

(33) *Partenariato pubblico-privato: una proposta per il rilancio guida alle pubbliche amministrazioni,* cit.

(34) Cons. St. n. 5492 del 2015.

Nel caso esaminato dunque il Consiglio di Stato ha ammesso la possibilità per la pubblica amministrazione di applicare penali in fase gestoria, pur negando che nel caso di specie sussistessero i presupposti per l'applicazione della penale in quanto la penale era stata irrogata senza che nel periodo di riferimento, l'amministrazione avesse definito i livelli essenziali di servizio e i criteri di rilevazione, calcolo e arrotondamento delle penali relative al sistema stesso.

Nell'applicazione delle penali si dovrà sempre tener conto dell'equilibrio del PEF, che non può essere intaccato dall'applicazione delle sanzioni ora descritte.

4.7. *Proroga e rinnovo della concessione*. – Poiché, come abbiamo visto, non sussistono idonei rimedi a carattere intermedio che consentano di scegliere una via mediana tra la prosecuzione della concessione a condizioni inique e la cessazione del rapporto concessiorio, nella prassi la maggior parte delle problematiche relative alla patologia dei rapporti di concessione, a danno del concessionario, si risolvono aumentando la durata della concessione e non mediante il riconoscimento diretto di importi.

Avversata dall'ordinamento, la proroga consiste in quell'aumento di durata della concessione che può conseguire ed essere la risposta ad uno squilibrio economico-finanziario. E infatti, il contratto può essere riequilibrato, in via assolutamente eccezionale, con un allungamento della durata della gestione fino a quando gli indicatori di riequilibrio non eguaglieranno quelli di equilibrio indicati nel contratto e nel PEF originario.

Sulla differenza tra le due fattispecie di proroga e rinnovo è stato sancito che, che a differenza della proroga della concessione che determina il prolungamento – senza soluzione di continuità – della durata della concessione in essere, il rinnovo della concessione integra gli estremi di una nuova concessione che si sostituisce alla precedente oramai scaduta[35].

Su entrambi i temi, recentissimi sono i pronunciamenti n. 17 e 18 della Plenaria del Consiglio di Stato che è intervenuta a chiarire che, in ossequio agli obblighi imposti dall'UE a tutela della concorrenza, la proroga delle concessioni balneari sarà possibile fino al dicembre 2023, tanto "*al fine di evitare il significativo impatto socio-economico che deriverebbe da una decadenza immediata e generalizzata di tutte le concessioni in essere. Dal giorno successivo, tuttavia, non ci sarà alcuna possibilità di proroga ulteriore, neanche per via legislativa, e il settore sarà comunque aperto alle regole della concorrenza*".

(35) Cons. St., nn. 6850, 6851, 6852 e 6853 del 2018.

Del pari il Consiglio di Stato in Adunanza plenaria, con le richiamate sentenze nn. 17 e 18, ha disposto che il rilascio o il rinnovo delle concessioni demaniali marittime debba necessariamente avvenire a seguito di una procedura di evidenza pubblica con conseguente declaratoria di incompatibilità della disciplina nazionale che prevede la proroga automatica, in via generalizzata ex lege, fino al 31 dicembre 2033 delle concessioni in essere.

Anche con riferimento al rinnovo, infatti, l'Unione europea, ha dichiarato non compatibili i provvedimenti di rinnovo a delle concessioni demaniali marittime destinate all'esercizio delle attività turistico-ricreative **in assenza di qualsiasi procedura di selezione tra gli aspiranti**.

Con particolare riferimento poi alle concessioni autostradali, ma affermando principi che sono ritenuti applicabili a tutti i contratti di concessione, proprio la Corte dei conti aveva chiarito che *"nel rinnovo delle concessioni scadute o nell'attribuzione di nuove, si devono osservare modalità che garantiscano la concorrenza mediante procedure competitive, favorendo la qualità delle prestazioni e i principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza"* [(36)].

E infatti il rinnovo automatico di una concessione può pregiudicare la libera concorrenza, se utilizzato per "congelare" la permanenza di un operatore nel settore. Non c'è, invero, una norma generale che lo ammetta; eventuali proroghe sono consentite solo valutando il caso di specie a cui si riferiscono.

La Commissione europea sul punto ha evidenziato come **ogni estensione della durata del rapporto concessorio sia potenzialmente lesiva delle norme di diritto primario che vietano gli aiuti di stato[(37)]**.

5. *Controllo della Corte dei conti sulle operazioni di finanza di progetto*. – Uno dei maggiori vantaggi per le pubbliche amministrazioni del ricorso alla finanza di progetto per l'affidamento delle concessioni è rappresentato dalla circostanza che **l'apporto pubblico in operazioni mediante finanza di progetto** – non diversamente da altri contratti di PPP – **non viene registrato ai fini del calcolo dell'indebitamento netto e del debito laddove il rischio operativo sia trasferito al privato**.

(36) Corte dei conti, Sezione centrale di controllo sulla gestione delle amministrazioni dello Stato, *Le concessioni autostradali*, deliberazione 18 dicembre 2019, n. 18/2019/G, consultabile su *www.corteconti.it*, p. 20-22.

(37) Commissione europea, *Aiuto di Stato n. 562 del 2005 – Italia, Prolungamento della concessione della Società Italiana del Traforo del Monte Bianco (SITMB)*, in *www.ec.europa.eu*.

Questo ha generato un utilizzo non sempre consapevole dello strumento offerto dal legislatore, che a volte è sfociato in abuso.

Su questo aspetto, è stato chiarito, non è sufficiente che un contratto venga nominalmente qualificato come contratto di partenariato pubblico privato, né che vi siano clausole di mero stile ma prive di chiaro contenuto esplicativo dei rischi e della loro allocazione tra le parti per escluderne l'annoverazione tra le fonti di indebitamento, con quello che ne consegue in termini di modalità di contabilizzazione, di computo ai fini del calcolo del tetto del debito massimo ammissibile, di responsabilità per quanti contribuiscano a porre in essere atti negoziali elusivi del limite di indebitamento[38].

Ai fini della verifica del contratto, nonché delle fattispecie di riequilibrio, si dovrà quindi prestare attenzione alla corretta ripartizione dei rischi posto che se il finanziamento della pubblica amministrazione, originariamente di minoranza, diventerà "maggioritario" in corso di esecuzione dell'opera, dovrà essere effettuata la "riclassificazione" dei beni e degli *assets*, valorizzandoli nel bilancio pubblico unitamente alle passività correlate. La regola del finanziamento maggioritario comprende ogni tipo di finanziamento pubblico, ivi inclusi quelli previsti ed erogati dallo Stato[39].

Proprio nell'ambito dei propri controlli, la Corte dei conti ha puntualmente contribuito a ricordare che i contratti di concessione affidati in *project financing* possono costituire un importante strumento a disposizione degli enti locali, al fine di permettere la realizzazione di opere pubbliche, giovandosi dell'ausilio finanziario, ma anche tecnologico ed organizzativo dei privati. La finanza di progetto, tuttavia, si presta anche ad un utilizzo distorto. Nel caso in cui, infatti, l'apporto pubblico sia superiore alla metà del valore dell'opera, i contratti posti in essere non possono più considerarsi riconducibili alla fattispecie tipizzata dal legislatore, finendo per avere il solo nome del *project financing*, ma natura giuridica del tutto diversa.

Similmente, accade nel caso in cui l'ente locale si renda garante presso il soggetto finanziatore, normalmente un istituto bancario, rispetto al capitale concesso in credito al promotore. In tal modo, infatti, si svilisce la funzione del *project financing*, la quale non può ridursi esclusivamente ad una tecnica di finanziamento delle opere pubbliche, ma deve anche consentire il trasferimento in capo ai privati, quantomeno in parte, dei rischi relativi al buon esito del progetto[40].

---

(38) Corte dei conti, sezione delle autonomie, n.15 del 2017.

(39) Corte dei conti Basilicata, n. 43 del 2019/PAR.

(40) Corte dei conti, Emilia Romagna, 5 del 2012/PAR.

Viceversa, qualora l'analisi del contratto conduca per un'allocazione dei rischi in capo all'ente pubblico, l'operazione rileverà ai fini del bilancio pubblico e degli equilibri finanziari. Qualora, poi, l'intervento finanziario dell'ente, ai fini della realizzazione dell'opera, sia da considerarsi come indebitamento, l'ente dovrà sottostare ai relativi limiti di legge(41).

È quindi di tutta evidenza come la corretta allocazione dei rischi rivesta un ruolo primario nell'ambito delle concessioni affidate in project financing non solo dal punto di vista economico-finanziario, come i controlli della corte dei conti hanno costantemente ricordato, ma anche sotto il profilo amministrativo e civilistico.

Ed infatti un'allocazione dei rischi diversa da quella auspicata dal legislatore, sbilanciata verso il soggetto pubblico, comporterebbe un'ulteriore rilevante conseguenza in termini di validità del contratto, che a quel punto sarebbe da considerarsi nullo per illiceità della causa *ex* art. 1344, cod. civ. (contratto in frode alla legge). Questo in quanto mancherebbe dell'elemento essenziale costituito dalla causa negoziale, che nel contratto di concessione in *project financing* risiede nella traslazione del rischio economico e gestionale (elemento essenziale dello schema contrattuale del *project financing*) dalla parte pubblica a quella privata(42).

6. *Conclusioni: spunti di riflessione sulla fase conclusiva del rapporto concessorio.* **–** Dall'analisi del contratto di concessione emerge evidentemente l'importanza del controllo in fase di gestione.

La normativa infatti presenta una serie di criticità su questo aspetto:

– il concessionario non è incentivato ad apportare migliorie in quanto i miglioramenti non sono remunerati, a meno che non richiesti espressamente dal concedente, con la conseguenza che – se apportati – costituiscono di fatto una perdita per il concessionario;

– il concessionario non è incentivato a fare manutenzione, specialmente sul finire della concessione, in quanto il controllo è scarso ed insufficiente;

Sebbene vi siano delle norme a presidio (ad esempio art. 178, comma 6, codice sulle concessioni autostradali *"Il concedente, almeno ((due anni)) prima della data di scadenza della concessione, effettua, in contraddittorio con il concessionario, tutte le verifiche necessarie a valutare lo stato tecnico complessivo dell'infrastruttura ed ordina, se del caso, i necessari ripristini e le occorrenti modificazioni dello stato dei luoghi in conformità degli impegni assun-*

(41) Corte dei conti, Liguria, n. 5/2017/PAR.

(42) TAR Sardegna, sentenza, n. 213 del 2011.

ti convenzionalmente") queste non sono evidentemente sufficienti ad incentivare il concessionario a mantenere alto il livello del servizio. È fondamentale prevedere un controllo puntuale e temporalmente scadenzato a intervalli progressivamente più brevi man mano che ci si avvicina al termine della concessione, con eventuali previsioni di decurtazioni/premialità nelle ipotesi di inadempimenti e/o migliorie.

I

TAR LAZIO, Sez. II *quater,* 7 aprile 2022, n. 4082 – Scala *Presidente*, Santoro Cayro *Estensore* – C.P. s.p.a. (avv. Clarizia) c. Città Metropolitana di Roma (avv. Albanese), C.S.C. ed altri (avv.ti Carpani, Mastrodagostino e Sticchi Damiani).

Raggruppamento temporaneo di imprese – Qualificazione – Requisiti – Consorzio stabile – Cumulo alla rinfusa – Art. 47, comma 2 *bis,* d.lgs. n. 50 del 2016 – Interpretazione.

Raggruppamento temporaneo di imprese – Qualificazione – Requisiti – Impresa mandataria – Art. 83, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016 – Interpretazione.

La disposizione di cui al comma 2 bis, art. 47, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 deve essere interpretata nel senso che, per gli affidamenti di servizi, i consorzi stabili ritraggono dalle singole imprese consorziate i requisiti di qualificazione previsti dal bando di gara, ossia segnatamente, i requisiti di capacità economico/finanziaria e tecnico/professionale di cui all'art. 83, comma 1, lett. b e c, codice, tramite il meccanismo del "cumulo alla rinfusa", che pertanto continua a trovare applicazione.

L'art. 83, comma 8, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 deve essere logicamente interpretato nel senso che il possesso maggioritario, da verificarsi in capo alla mandataria di un RTI, deve essere valutato con riferimento ai requisiti di qualificazione così come previsti e quantificati dalla lex specialis, ossia ai "livelli minimi di capacità" richiesti come condizioni di partecipazione, operando una comparazione sulla base dei predetti valori minimi e non già sulla scorta dei valori, intesi in termini assoluti, in cui gli elementi assunti a base dei predetti requisiti (quali, nel caso di specie, il fatturato globale e l'importo dei servizi analoghi espletati nell'ultimo triennio) risultano verificati in capo ai singoli partecipanti al raggruppamento temporaneo.

II

CONSIGLIO DI STATO, Sez. V, 17 marzo 2022, n. 1950 – Saltelli *Presidente*, Rovelli *Estensore* – C.S.G. (avv.ti Caliendo e Cantile) – Comune di Santa Maria a Vico (n.c.) ed E.R.G. (avv. Vernacchio).

Raggruppamento temporaneo di imprese – Qualificazione – Requisiti – Appalto di lavori su beni culturali – Cumulo alla rinfusa – Art. 47, comma 2 *bis,* d.lgs. n. 50 del 2016 – Applicabilità – Esclusione.

Negli appalti del settore dei beni culturali non opera il meccanismo del cosiddetto cumulo alla rinfusa, essendo necessario in tal caso che le imprese indicate come esecutrici siano autonomamente qualificate ad eseguire i lavori, poiché bisogna tenere conto della specialità della disciplina riguardante i lavori nella materia dei beni culturali, per evitare che l'intervento sui beni culturali sia effettuato da soggetti non qualificati (a prescindere dall'esistenza di un soggetto che se ne assuma la responsabilità nei confronti dell'Amministrazione) e che giustifica, sul piano della comparazione dei valori, anche una limitazione della regola della concorrenzialità, con il suo portato del favor partecipationis.

I

Fatto e Diritto. – 1. Con ricorso tempestivamente notificato in data 26 gennaio 2022 e ritualmente depositato il 4 febbraio 2022, la società CNP Energia s.p.a., agendo sia in proprio sia nella qualità di mandataria del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese con la Mieci s.p.a., impugna la determinazione dirigenziale RU. n. 4580 del 24 dicembre 2022, alla stessa comunicata a mezzo pec in data 27 dicembre 2021, con la quale la Città metropolitana di Roma Capitale ha aggiudicato definitivamente al costituendo raggruppamento temporaneo tra il Consorzio Stabile CMF (mandataria) e I.F.M. Italiana Facility Management s.p.a. la procedura comunitaria aperta indetta con bando pubblicato in data 11 giugno 2021, da aggiudicarsi sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, avente ad oggetto l'affidamento dei "servizi integrati energia e servizi di manutenzione degli impianti tecnologici del patrimonio della Città Metropolitana di Roma Capitale", di durata pari a 7 anni e importo complessivo di euro 9.357.835,20 (IVA esclusa), chiedendone l'annullamento, unitamente alla declaratoria di nullità/inefficacia del contratto eventualmente *medio tempore* stipulato nonché al risarcimento in forma specifica e subentro del medesimo contratto.

La ricorrente, collocatasi al secondo posto della graduatoria definitiva, con un punteggio complessivo di 76,54 punti (come da verbale del 17 dicembre 2021), lamenta l'illegittimità dell'aggiudicazione disposta a favore del costituendo RTI (al quale era stato attribuito un punteggio di 76,90) sulla scorta di due motivi di censura, così articolati:

- "*Violazione e falsa applicazione degli artt. 47 e 83 e ss., d.lgs. 50 del 2016. Violazione e falsa applicazione della lex specialis. Violazione dei principi generali di trasparenza, correttezza, buon andamento, concorrenza e parità di trattamento. Eccesso di potere per difetto d'istruttoria, erroneità e/o carenza dei presupposti, difetto assoluto d'istruttoria*", per carenza, in capo all'aggiudicatario, dei requisiti di qualificazione di carattere speciale richiesti dal disciplinare di gara a pena di esclusione, non potendo il consorzio avvalersi dei requisiti maturati in capo alle consorziate non ese-

cutrici in ragione del divieto del "cumulo alla rinfusa" *ex* art. 47, d.lgs. n. 50 del 2016 (di seguito, Codice dei contratti pubblici), come modificato ad opera del decreto-legge n. 32 del 2019, e considerato comunque che i predetti requisiti non sarebbero posseduti dalla mandataria Consorzio Stabile CMF in misura maggioritaria, in violazione dell'art. 83, comma 8, del medesimo Codice;

- "*Violazione e falsa applicazione degli artt. 94 e ss., d.lgs. 50 del 2016. Violazione e falsa applicazione della lex specialis. Violazione dei principi generali di buon andamento, trasparenza, correttezza, concorrenza, parità di trattamento. Eccesso di potere per difetto assoluto d'istruttoria, erroneità e/o carenza dei presupposti, illogicità manifesta, difetto di motivazione*", in ragione della illegittima ed erronea valutazione, da parte della Commissione, delle offerte tecniche presentate dalla ricorrente nonché dal consorzio aggiudicatario con riferimento ad alcuni dei criteri e sub-criteri previsti dal disciplinare di gara.

Formula altresì istanza istruttoria, proposta anche ai sensi dell'art. 116, comma 2, cod. proc. amm., per l'ostensione degli atti e documenti relativi al subprocedimento di verifica del possesso dei requisiti, di carattere generale e speciale, da parte del Consorzio Stabile CMF e della mandante IFM, nonché di tutte le parti "oscurate" dell'offerta tecnica presentata dall'aggiudicatario costituendo RTI, essendo rimasta senza esito l'istanza di accesso agli atti proposta in data 30 dicembre 2021.

2. Si sono costituiti in giudizio la Città Metropolitana di Roma Capitale (cfr. memoria depositata in data 11 febbraio 2022 e correlata produzione documentale) e il controinteressato Consorzio Stabile CMF (con atto del 14 febbraio 2022, integrato da memoria dell'11 marzo 2022), chiedendo il rigetto del ricorso con riferimento ad entrambi i motivi di gravame dedotti dal ricorrente.

3. Con memoria *ex* art. 73 cod. proc. amm. depositata in data 11 marzo 2022, nonché successiva memoria di replica del 18 marzo 2022, la CNP Energia ha confutato le deduzioni prospettate delle controparti, insistendo per l'accoglimento del ricorso, mentre il controinteressato Consorzio Stabile CMF, con memoria di replica del 16 marzo 2022, ha ribadito l'infondatezza dei motivi di censura proposti dalla ricorrente.

4. All'udienza pubblica del 29 marzo 2022, previa discussione delle parti presenti, la causa è trattenuta in decisione.

5. Il ricorso è infondato con riferimento ad entrambi i motivi dedotti.

6. Occorre preliminarmente dare atto che, con memoria dell'11 marzo 2022, l'intimata Amministrazione ha precisato che, all'esito di una seconda istanza di accesso proposta dall'odierna ricorrente in data 25 febbraio 2022, nella quale "*le esigenze difensive sono risultate specifiche e circostanziate*", il 3 febbraio 2022 "*è stata concessa l'ostensione integrale della relazione tecnica della aggiudicataria*" (relazione peraltro versata in atti, in formato integralmente leggibile, dal controinteressato Consorzio Stabile CMF con produzione documentale del 7 marzo 2022 – cfr. doc. 17), precisando altresì di aver "*rappresentato che le verifiche sul possesso dei requisiti in capo all'aggiudicatario sono ancora in corso*".

Ne consegue che la domanda introdotta anche ai sensi dell'art. 116 cod. proc. amm. è divenuta improcedibile, né si ravvisano i presupposti per l'accoglimento dell'istanza istruttoria proposta alle p. 12-13 del ricorso introduttivo, peraltro non reiterata nei successivi scritti difensivi prodotti dalla ricorrente (cfr. memoria *ex* art. 73, cod. proc. amm. dell'11

marzo 2022 e memoria di replica del 18 marzo 2022), risultando ad oggi compiutamente soddisfatte le esigenze conoscitive prospettate dalla medesima parte.

7. Con il primo motivo l'odierna ricorrente ha censurato l'illegittimità del gravato provvedimento per carenza, in capo all'aggiudicatario costituendo RTI, di due dei requisiti di qualificazione di carattere speciale richiesti dal disciplinare di gara, a pena d'esclusione, *"in relazione alla prestazione principale dell'appalto (servizi)"*, rappresentati segnatamente dal *i)* fatturato globale minimo *"non inferiore nel triennio (giugno 2018-maggio 2021) a complessivi € 5.000.000,00 IVA esclusa"* (cfr. § 8.4.1. del disciplinare di gara), nonché dal *ii) "avvenuto svolgimento, nell'ultimo triennio (giugno 2018-maggio 2021), di almeno tre contratti aventi per oggetto servizi analoghi, dell'importo complessivo di almeno 1.800.000,00 euro"* (cfr. § 8.4.2.1 del disciplinare).

Segnatamente, il Consorzio Stabile CMF (mandatario del costituendo RTI) ha dichiarato di soddisfare i requisiti di cui trattasi *"in proprio ed attraverso i requisiti"* in capo a consorziate non esecutrici *"sulla base del principio del cosiddetto cumulo alla rinfusa"*, che tuttavia, a giudizio della ricorrente, non sarebbe più ammissibile sulla scorta del vigente quadro normativo.

8. Preliminare allo scrutinio delle censure prospettare dalla ricorrente è la considerazione che l'appalto per cui oggi è causa si configura come *"contratto misto di appalto"* per la *"prestazione di servizi e lavori accessori (...), il cui oggetto principale, in termini economici e funzionali, è costituito dai servizi"*, segnatamente *"affidamento del servizio energia, dei servizi di manutenzione degli impianti tecnologici e degli interventi di riqualificazione tecnologica che saranno affidati extracanone, da eseguirsi negli immobili (...) afferenti il Patrimonio di Città Metropolitana di Roma Capitale"* (cfr. il par. 4 del disciplinare di gara, versato in atti al doc. 2 allegato al ricorso introduttivo, nonché ancora il bando con cui è stata indetta la gara in questione, versato in atti al doc. 1 allegato all'atto di costituzione dell'intimata Amministrazione, che alla sezione *"oggetto"* e sotto la voce II.1.3. qualifica l'appalto come *"servizi"*).

Ne consegue che, ai sensi dell'art. 28, comma 1, del Codice dei contratti pubblici, in forza del quale *"I contratti, nei settori ordinari o nei settori speciali, o le concessioni, che hanno in ciascun rispettivo ambito, ad oggetto due o più tipi di prestazioni, sono aggiudicati secondo le disposizioni applicabili al tipo di appalto che caratterizza l'oggetto principale del contratto in questione"*, trovano applicazione, alla fattispecie per cui oggi è causa, le disposizioni dettate in materia di affidamento di servizi.

9. Tanto opportunamente chiarito, il primo motivo di ricorso (a carattere "escludente", in quanto teso a contestare la mancata esclusione dalla gara del costituendo RTI tra il Consorzio Stabile CMF, in qualità di mandatario, e la mandante IFM, per mancanza, in capo al primo, dei predetti requisiti speciali di qualificazione) gravita attorno alla *quaestio iuris* del meccanismo di qualificazione previsto dal legislatore per gli operatori economici che rivestono la forma giuridica di "consorzi stabili" ai sensi dell'art. 45, comma 2, lett. *c,* codice dei contratti pubblici, con precipuo riferimento alle procedure indette per l'affidamento degli appalti di servizi.

Al riguardo si rappresenta in termini generali che, in base al disposto dell'art. 47, comma 1, del medesimo Codice, i requisiti di idoneità tecnica e finanziaria per l'ammissione alle procedure di affidamento dei sogget-

ti di cui al citato art. 45, comma 2, lett. *c* "*devono essere posseduti e comprovati dagli stessi con le modalità previste dal presente codice, salvo che per quelli relativi alla disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d'opera, nonché all'organico medio annuo, che sono computati cumulativamente in capo al consorzio ancorché posseduti dalle singole imprese consorziate*". Il comma 2 della medesima disposizione, nella versione attualmente vigente, prevede che i consorzi stabili "*eseguono le prestazioni o con la propria struttura o tramite i consorziati indicati in sede di gara senza che ciò costituisca subappalto* (...)", mentre, ai sensi del successivo comma 2-bis, "*La sussistenza in capo ai consorzi stabili dei requisiti richiesti nel bando di gara per l'affidamento di servizi e forniture è valutata, a seguito della verifica della effettiva esistenza dei predetti requisiti in capo ai singoli consorziati* (...)".

Come compiutamente rappresentato in tutti gli scritti difensivi che sono stati depositati agli atti del presente giudizio, l'attuale formulazione del richiamato art. 47 (applicabile alla procedura di evidenza pubblica oggetto dell'odierno gravame in quanto già in vigore alla data di pubblicazione del relativo bando), è frutto delle modifiche introdotte ad opera dell'art. 1, comma 20, lett. *l*, n. 1, del decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 giugno 2019, n. 55 e noto anche con la denominazione di "decreto sblocca-cantieri".

Tali modifiche hanno inciso sulla portata della previgente disposizione (a sua volta scaturente dalle modifiche introdotte ad opera del cosiddetto "primo correttivo" al Codice dei contratti pubblici di cui al d. lgs. 19 aprile 2017, n. 56), che, nei suoi commi 1 e 2, così recitava: "*1. I requisiti di idoneità tecnica e finanziaria per l'ammissione alle procedure di affidamento dei soggetti di cui all'articolo 45, comma 2, lett. b e c, devono essere posseduti e comprovati dagli stessi con le modalità previste dal presente codice, salvo che per quelli relativi alla disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d'opera, nonché all'organico medio annuo, che sono computati cumulativamente in capo al consorzio ancorché posseduti dalle singole imprese consorziate. 2. I consorzi di cui agli articoli 45, comma 2, lett. c e 46, comma 1, lett. f, al fine della qualificazione, possono utilizzare sia i requisiti di qualificazione maturati in proprio, sia quelli posseduti dalle singole imprese consorziate designate per l'esecuzione delle prestazioni, sia, mediante avvalimento, quelli delle singole imprese consorziate non designate per l'esecuzione del contratto*".

In altri termini, per effetto del d.l. n. 32 del 2019, oltre ad essere stato modificato il disposto del comma 2, è stato introdotto un nuovo comma 2-bis, il cui ambito applicativo è specificamente circoscritto alle procedure di "*affidamento di servizi e forniture*".

Lo scrutinio cui oggi è tenuto questo Collegio deve appuntarsi sulla disposizione da ultimo citata, venendo in contestazione, come sopra già evidenziato, una procedura di appalto misto avente, quale oggetto principale, l'affidamento di un servizio. Peraltro, anche il disciplinare di gara, nel dettagliare le modalità di valutazione dei "*requisiti speciali relativi alla prestazione principale (servizi)*" nell'ipotesi di partecipazione di consorzi stabili, contiene un esplicito rinvio al citato comma 2-bis (cfr. par. 8.4.1. e 8.4.2.).

9.1 Tanto opportunamente premesso, si è dell'avviso che la norma *de qua* debba essere interpretata nel senso che, per gli affidamenti di servizi (quale quello di cui trattasi), i consorzi stabili ritraggono dalle singole imprese consorziate i requisiti di qualificazione previsti dal bando di

gara, ossia segnatamente, per quanto qui specificamente interessa, i requisiti di capacità economico/finanziaria e tecnico/professionale di cui all'art. 83, comma 1, lett. *b* e *c,* codice, tramite il meccanismo del cosiddetto "cumulo alla rinfusa", che pertanto continua a trovare applicazione.

In disparte ogni considerazione in merito alla pur apprezzabile ricostruzione offerta dalle parti resistenti nei propri scritti difensivi, in cui è stata prospettata un'esaustiva ricostruzione dell'evoluzione normativa che ha interessato l'art. 47 del Codice (alla luce dei lavori preparatori che hanno corredato gli interventi succedutisi nel corso del tempo nonché della natura del consorzio stabile, in cui sarebbe comunque indefettibile l'elemento causale – *i.e.*, causa mutualistica – connotato dall'apporto, da parte delle consorziate, di qualsiasi contributo, in ragione dello stabile rapporto organico che avvince i singoli partecipanti e che trova il proprio radicamento nel patto consortile, senza necessità di ricorso all'avvalimento), sia sufficiente osservare che la conclusione che il Collegio intende far propria è adeguatamente suffragata dalla lettera del citato comma 2 *bis*.

Questo infatti richiede inequivocabilmente, al fine della verifica della sussistenza, in capo ai consorzi stabili, dei requisiti richiesti nel bando di gara, di effettuare una verifica della effettiva esistenza dei predetti requisiti "*in capo ai singoli consorziati*", senza peraltro neppure operare un distinguo tra consorziati designati e non designati per l'esecuzione delle prestazioni oggetto dell'affidamento.

Pertanto, alla luce dei canoni ermeneutici propri di un'interpretazione di tipo letterale, si ritiene che tale disposizione debba essere letta nel senso di prevedere, quale regime di qualificazione dei consorzi stabili operante nelle procedure di affidamento di servizi (e forniture), il "cumulo alla rinfusa", avendo chiaramente accordato al consorzio la possibilità di avvalersi dei requisiti (di capacità tecnico-professionale ed economico-finanziaria) apportati dai singoli consorziati, da sommare ai requisiti maturati in proprio ai fini del raggiungimento delle soglie minime richieste dalla *lex specialis* della gara.

Peraltro, anche i lavori preparatori relativi al citato d.l. n. 32 del 2019 propendono per una lettura della disposizione di cui trattasi nei termini sopra citati (con la doverosa precisazione che tale documentazione, seppur non riveste per l'interprete un'efficacia vincolante, offre comunque un valido ausilio ermeneutico nella ricostruzione della *ratio legis*).

In particolare, tanto nella Relazione illustrativa di accompagnamento al citato d.l. 32 del 2019 quanto nel dossier n. 121 del Servizio Studi del Senato A.S. 1248 del 29 maggio 2019, si legge che la norma di cui al neointrodotto comma 2-bis "*detta disposizioni concernenti i consorzi stabili di servizi e forniture, in continuità con il passato, di fatto colmando, a regime, un vuoto normativo per tali settori*".

Già da questi brevi cenni si coglie che l'intento del legislatore, nell'introdurre la suddetta disposizione, lungi dal segnare una rottura rispetto alla disciplina previgente (che ammetteva inequivocabilmente, per i consorzi stabili, l'operatività del meccanismo del cumulo alla rinfusa: cfr. Cons. St., Sez. V, 2 febbraio 2021, n. 964; 11 dicembre 2020, n. 7943; Sez. VI, 13 ottobre 2020, n. 6165; Sez. III, 22 febbraio 2018, n. 1112; Sez. V, 22 gennaio 2015, n. 244; Sez. III, 4 marzo 2014, n. 1030), mira essenzialmente a dettare una disciplina espressa, valevole per i settori dei servizi e delle forniture, che si pone in "continuità" con il passato.

In tal senso si è espresso anche il precedente (citato dalle contropar-

ti) rappresentato da Cons. St., Sez. V, 29 marzo 2021, n. 2588 (cui ha aderito anche TAR Lazio, Sez. I, 19 aprile 2021, n. 4540), nella misura in cui ha affermato che "*Non è poi vero quanto sostiene l'originaria ricorrente, ovvero che ai sensi dell'art. 47 del Codice dei contratti pubblici, come modificato dal cosiddetto decreto sblocca-cantieri (decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32, convertito dalla legge 14 giugno 2019, n. 55) si sarebbe innovato il sistema di qualificazione alle procedure di affidamento di contratti pubblici dei consorzi stabili. Ciò in particolare attraverso l'aggiunta alla citata disposizione del Codice di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, del comma 2 bis (...) La disposizione, letta in combinato con la regola del cosiddetto cumulo alla rinfusa dei requisiti del consorzio stabile prevista dal medesimo art. 47, comma 1, deve ragionevolmente essere intesa nel senso che essa abbia inteso introdurre un onere di verifica dei requisiti di qualificazione da svolgere presso gli operatori economici partecipanti al consorzio stabile e che a quest'ultimo hanno apportato le loro rispettive capacità tecnico-professionali o economico-finanziarie (...)*".

Tale affermazione, seppur resa in relazione ad una censura diversa rispetto a quella sollevata con l'odierno gravame (essendo stato dedotto, in quel frangente, che la singola consorziata fosse priva del requisito di capacità tecnico-professionale richiesto dalla *lex specialis* e incontestabilmente posseduto dal consorzio) offre una lettura "ragionevole" del menzionato comma 2 *bis* (relativamente alla verifica dei requisiti di ordine speciale in capo alle singole consorziate e alla "sopravvivenza" normativa del regime del cumulo alla rinfusa quale regime di qualificazione dei consorzi stabili) che il Collegio ritiene collimante sia con la lettera sia con la *ratio* della medesima disposizione.

Peraltro, non è secondaria la considerazione che tale interpretazione, che conserva l'operatività del meccanismo del cumulo alla rinfusa (quantomeno – lo si ribadisce – con precipuo riferimento alle procedure di affidamento nel settore dei servizi, cui è necessariamente concentrato il presente scrutinio, in ragione dell'oggetto principale dell'appalto per cui oggi è causa), collima con la finalità generale, sottesa all'intervento legislativo da ultimo citato e chiaramente emergente dai relativi lavori preparatori sopra citati, di assicurare, in un'ottica pro-concorrenziale, la massima operatività all'istituto del consorzio stabile.

Il puntamento sul comma 2 *bis*, e sul meccanismo di qualificazione dei consorzi stabili per gli affidamenti di servizi (e forniture) ivi disciplinato, consente al Collegio di precisare che, nel caso di specie, non ha pregio il richiamo (operato dalla ricorrente) alle enunciazioni rese dall'Adunanza Plenaria nella pronuncia n. 5 del 2021, in cui, alla luce dell'evoluzione normativa che ha interessato l'art. 47, si afferma la sopravvivenza del meccanismo del cumulo alla rinfusa limitatamente al possesso di "*attrezzature, mezzi d'opera e organico medio annuo*" (di cui al comma 1): si osserva, infatti, che tali asserzioni (in disparte ogni considerazione in ordine alla loro valenza in termini di *obiter dictum*, profilo in merito al quale è ben nota al Collegio l'esistenza di un indirizzo giurisprudenziale orientato in tal senso, anche alla luce della valorizzazione dell'elemento causalistico proprio dell'istituto del consorzio stabile) sono state formulate con specifico riferimento al novellato comma 2, mentre nessuna considerazione è stata espressa in quella sede in relazione successivo comma 2-bis. Peraltro, si osserva che il giudizio che ha dato luogo alla rimessione alla Plenaria aveva ad oggetto una procedura di evidenza pubbli-

ca indetta per l'affidamento di lavori (ulteriore profilo che induce a ritenere che la *regula iuris* ivi enunciata esuli dal *thema decidendum* oggetto del presente giudizio).

10. Tanto chiarito, non coglie nel segno la censura, sollevata dalla ricorrente, secondo cui difetterebbero, in capo all'aggiudicatario Consorzio Stabile CMF, i requisiti speciali richiesti dalla *lex specialis* e rappresentati dalla realizzazione, negli ultimi tre esercizi, di un fatturato globale minimo (pari a 5.000.000 euro) e dalla esecuzione, nell'ultimo triennio, di almeno tre contratti aventi ad oggetto servizi analoghi per un importo pari ad almeno 1,8 milioni di euro, in quanto posseduti non già in proprio ma dalle singole consorziate e imputati in capo al consorzio in base al meccanismo (asseritamente non più operante) del cumulo alla rinfusa: sulla scorta di quanto sin qui argomentato, infatti, nella procedura di affidamento per cui oggi è causa è stato correttamente e legittimamente utilizzato il meccanismo di qualificazione di cui trattasi, come peraltro previsto anche dal disciplinare di gara (che per l'appunto, come sopra già evidenziato, contiene un richiamo al comma 2 *bis,* art. 47).

Peraltro, come correttamente evidenziato negli scritti difensivi prodotti dalle controparti, il meccanismo di cui trattasi viene in rilievo esclusivamente per valutare la sussistenza del secondo dei citati requisiti, posto che, quanto al primo, il Consorzio comunque possedeva in proprio un fatturato di euro 19.645.747,00 (superiore, pertanto, al fatturato globale minimo di euro 5.000.000 previsto dalla *lex specialis*).

Il ricorso (del tutto legittimo, per i motivi di cui sopra) al meccanismo di qualificazione del cumulo alla rinfusa consente di ritenere priva di rilievo l'ulteriore doglianza secondo la quale l'unico contratto intestato al Consorzio Stabile (per un importo pari a euro 724.272,05) non avrebbe ad oggetto prestazioni "analoghe" ai servizi da affidare con l'appalto oggi in contestazione: come anche eccepito dall'intimata Amministrazione nella propria memoria di costituzione, infatti, il requisito di cui trattasi è comunque soddisfatto mercé i contratti eseguiti dalla consorziata non esecutrice Rekeep s.p.a. "*per un importo computabile superiore a 15 milioni*".

11. Infondata è anche l'ulteriore censura, dedotta anch'essa con il primo mezzo, con cui si contesta che la mandataria non possiederebbe tali requisiti in misura maggioritaria, in violazione dell'art. 83, comma 8, del Codice dei contratti pubblici, posto che, a fronte del fatturato globale e dell'importo dei contratti per servizi analoghi (svolti dell'ultimo triennio) dichiarati e "spesi" dal Consorzio, risulterebbe che la mandante IFM ha dichiarato i medesimi requisiti per un importo maggiore.

A tal proposito si rappresenta che la disposizione da ultimo citata prevede che "*Le stazioni appaltanti indicano le condizioni di partecipazione richieste, che possono essere espresse come livelli minimi di capacità, congiuntamente agli idonei mezzi di prova, nel bando di gara o nell'invito a confermare interesse ed effettuano la verifica formale e sostanziale delle capacità realizzative, delle competenze tecniche e professionali, ivi comprese le risorse umane, organiche all'impresa, nonché delle attività effettivamente eseguite. Per i soggetti di cui all'articolo 45, comma 2, lett.* d, e, f *e* g, *nel bando sono indicate le eventuali misure in cui gli stessi requisiti devono essere posseduti dai singoli concorrenti partecipanti. La mandataria in ogni caso deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria*".

Si precisa che, nel caso di specie, non è in contestazione la quota di esecuzione delle prestazioni assunta da ciascun soggetto partecipante al

costituendo RTI che è risultato aggiudicatario dalla gara, quanto piuttosto la misura del possesso dei requisiti speciali di qualificazione richiesti dal disciplinare di gara, dichiarata dai medesimi soggetti nelle rispettive domande di partecipazione.

Tanto rappresentato, la norma sopra citata va logicamente interpretata nel senso che il possesso maggioritario, da verificarsi in capo alla mandataria di un RTI, deve essere valutato con riferimento ai requisiti di qualificazione così come previsti e quantificati dalla *lex specialis*, ossia ai "*livelli minimi di capacità*" richiesti come condizioni di partecipazione, operando una comparazione sulla base dei predetti valori minimi e non già sulla scorta dei valori, intesi in termini assoluti, in cui gli elementi assunti a base dei predetti requisiti (quali, nel caso di specie, il fatturato globale e l'importo dei servizi analoghi espletati nell'ultimo triennio) risultano verificati in capo ai singoli partecipanti al raggruppamento temporaneo.

In altri termini, l'interpretazione proposta dalla ricorrente finisce per confondere i requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale, richiesti ai fini della qualificazione alla gara, con gli elementi obiettivi che sono sottesi alla determinazione dei primi: laddove la *lex specialis*, nel caso di specie, ha richiesto, quali requisiti speciali di qualificazione, un fatturato globale minimo di euro 5.000.000 nonché l'aver eseguito, nell'ultimo triennio, almeno tre contratti aventi ad oggetto servizi analoghi per un importo complessivo di almeno 1.800.000 euro, la verifica in ordine al possesso maggioritario dei predetti requisiti in capo alla mandataria deve ovviamente essere effettuata avuto riguardo ai suddetti valori minimi (di euro 5.000.000 e 1.800.000), che per l'appunto concretano i requisiti di capacità finanziaria e tecnica ritenuti necessari ai fini della partecipazione alla procedura di gara, indipendentemente dall'ammontare totale del fatturato e dei servizi analoghi vantati (e dichiarati) dai singoli partecipanti.

Né depone in senso contrario il precedente citato dalla stessa ricorrente (Cons. St., Sez. III, 1° luglio 2020, n. 4206), in cui si afferma che "*scopo della regola citata è quello di assicurare che l'impresa mandataria, per il ruolo che detiene all'interno del raggruppamento e la posizione di responsabilità che riveste nei confronti della stazione appaltante, assuma una funzione di garanzia della corretta esecuzione dell'appalto, quale il legislatore ha ritenuto che possa riposare solo sul suo concorso principale alla dimostrazione dei requisiti di partecipazione ed alla esecuzione della prestazione richiesta dalla stazione appaltante*": anch'esso, infatti, conferma che la verifica deve essere effettuata avuto riguardo ai "*requisiti di partecipazione*" previsti dalla disciplina di gara (e dunque ai valori minimi assunti quali requisiti speciali di qualificazione).

Del resto, nel caso di specie è lo stesso disciplinare di gara a prevedere chiaramente che "*detto requisito (fatturato globale minimo) deve essere posseduto cumulativamente dal raggruppamento/ consorzio (...) fermo restando che dovrà essere posseduto in misura maggioritaria dall'impresa mandataria*" (cfr. par. 8.4.1.). Analogamente, il par. 8.4.2.1 chiarisce che "*detto requisito (servizi analoghi) deve essere posseduto cumulativamente dal raggruppamento/consorzio (...) fermo restando che lo stesso dovrà essere posseduto in misura maggioritaria (con riferimento all'importo contrattuale complessivo di 1.800.000,00) dall'impresa mandataria*". Alla luce della *lex specialis* di gara, dunque, è sufficiente che la mandataria dimostri il possesso di un fatturato globale nonché l'espletamento di servizi analoghi

per un importo pari al 50% più uno di quelli minimi previsti dal bando, come indiscutibilmente avvenuto nella fattispecie in esame (cfr. istanza di partecipazione del Consorzio Stabile CMF e relativi allegati, versata in atti al doc. 3 allegato al ricorso).

Peraltro, una diversa interpretazione sarebbe del tutto irragionevole, oltre che alla luce di quanto sopra argomentato, anche perché si porrebbe in contrasto con la logica pro-concorrenziale sottesa all'istituto del raggruppamento temporaneo di imprese, nella misura in cui si arriverebbe all'assurdo di escludere dalla partecipazione un RTI laddove, pur disponendo la mandataria in via maggioritaria del requisito di qualificazione previsto dalla *lex specialis*, "per avventura", e dunque in via del tutto casuale, una delle mandanti possedesse le risorse e/o elementi ad esso sottesi in misura più elevata.

12. Venendo ora allo scrutinio del secondo motivo di ricorso, con esso la ricorrente censura le modalità di attribuzione dei punteggi assegnati sia alla propria offerta tecnica, con particolare riferimento al punteggio (pari a 1,59 punti) attribuito sulla scorta del sub-criterio n. 4.3 (e avuto riguardo al tema rappresentato dal sistema di gestione delle penali), sia all'offerta tecnica del controinteressato, con particolare riferimento ai punteggi assegnati in base al criterio n. 3 (sotto il profilo della coerenza dell'offerta con gli obiettivi e i criteri previsti dai Criteri di sostenibilità energetica e ambientale minimi – cosiddetti CAM), nonché al subcriterio 6.2. (teso a misurare l'efficacia delle proposte migliorative offerte con riferimento alla sede di Via G. Ribotta n. 4 in termini di benefici conseguibili, con attribuzione di un punteggio di 3,25 punti, a fronte dei 3,52 assegnati alla ricorrente).

La stessa ricorrente precisa che le censure si appuntano sul giudizio formulato dalla commissione di gara su "*elementi suscettibili di valutazione discrezionale*", avendo per l'appunto la *lex specialis* distinto tra gli elementi dell'offerta tecnica oggetto di valutazione discrezionale, con previsione di appositi criteri e sub-criteri di valutazione (segnatamente, criteri da 1 a 7), ed elementi di natura qualitativa "cosiddetti automatici", ossia direttamente misurabili (criteri da 8 a 12), cui è stato assegnato un peso complessivo ponderale di 75 punti su 100 (i restanti 25 essendo assegnati agli elementi di carattere economico).

In particolare, il punteggio complessivo conseguito dalla ricorrente con riferimento ai criteri/sottocriteri suscettibili di valutazione discrezionale (per i quali il disciplinare di gara precisava che "*per ciascun sottocriterio i coefficienti attribuiti ai concorrenti sono pari alla media dei coefficienti, variabili tra zero ed uno, che ogni commissario attribuisce discrezionalmente, in sedute riservate, alle proposte dei concorrenti*") è stato di 42,54, collocandosi al terzo posto della relativa graduatoria parziale, a fronte dei 45,47 punti maturati dal controinteressato, che si è collocato al primo posto della medesima graduatoria (cfr. verbale n. 8 della seduta riservata del 24.11.2021).

13. Tanto rappresentato, si ritiene che nessuna delle censure dedotte dalla ricorrente sia meritevole di positivo apprezzamento.

Lo scrutinio del Collegio deve necessariamente trarre l'abbrivio dal consolidato orientamento della giurisprudenza amministrativa, da cui non vi è motivo di discostarsi, secondo cui, nell'ambito di una procedura ad evidenza pubblica, la valutazione delle offerte tecniche costituisce espressione di un'ampia discrezionalità tecnica della stazione appaltan-

te, con conseguente insindacabilità nel merito delle valutazioni e dei punteggi attribuiti dalla commissione, laddove le stesse non siano inficiate da macroscopici errori di fatto, da illogicità o da irragionevolezza manifesta (cfr. *ex multis* Cons. St., Sez. V, 7 gennaio 2022, n. 48; id., 21 giugno 2021, n. 4754; III, 20 maggio 2021, n. 3908; III, 23 aprile 2021, n. 3297; V, 8 gennaio 2021, n. 282).

Nel caso di specie, non sono stati dedotti elementi concreti che consentano di ritenere che il giudizio sulle offerte tecniche formulato dalla commissione di gara sia inficiato da vizi di tale natura, atteso che tutti i criteri e sub-criteri in base ai quali sono stati assegnati i contestati punteggi presupponevano l'analisi comparativa di molteplici elementi e profili, implicando pertanto una valutazione articolata, sintetica e globale, come tale non esclusivamente incentrata su quegli specifici aspetti rispetto ai quali, a giudizio della ricorrente, sarebbe stato assegnato un punteggio erroneo in quanto, a seconda dei casi, insufficiente, eccessivo o sperequato.

14. In particolare, quanto al punteggio attribuito all'offerta della ricorrente in base al sub-criterio 4.3, nel ricorso si lamenta che questa sarebbe stata *"penalizzata in ragione della – presunta – mancata trattazione della procedura di gestione delle penali"*, avendo la Commissione di gara ritenuto che nella medesima *"non si fa menzione della gestione delle penali"* (cfr. verbale n. 2 della seduta riservata del 16 settembre 2021), laddove invece *"la gestione delle penali è stata descritta sia a pag. 33 della relazione tecnica (paragrafi 4.3.1. nonché 4.3.1.1. recante "gestione dei livelli di servizio prestazionale SLA inadempimento e penali"), sia a pag. 35 della medesima relazione (§ 4.4.2)"*, con la conseguenza che, laddove la commissione non fosse incorsa in tale *"abbaglio"*, avrebbe *"riscontrato che, in realtà, la gestione delle penali è stata effettivamente trattata e, conseguentemente, avrebbe dovuto attribuire un coefficiente più alto che sarebbe stato determinante ai fini dell'aggiudicazione della gara in favore del RTI CNP/Mieci"* (cfr. pag. 9 del ricorso).

Secondo la descrizione contenuta nel disciplinare di gara, questo sotto-criterio (incardinato nel criterio generale denominato *"Sistema Informativo per la gestione della Manutenzione"*, per il quale era assegnato un punteggio complesso di 12 punti) era dedicato specificamente alla *"Funzionalità di controllo (gestione inadempimenti e penali) e di supporto ai servizi erogati (informazioni relative ai servizi tecnici, gestionali e amministrativi forniti) oltre a proposte per valutare il grado di soddisfazione e il livello percepito per i Servizi di Governo"*, prevedendosi per esso un punteggio massimo di 3 punti.

Tanto precisato, coglie nel segno quanto eccepito sia dall'intimata Amministrazione che dal controinteressato, in merito alla concreta configurazione e portata del sub-criterio di cui trattasi, per come esso è stato congegnato dalla *lex specialis*: alla luce del disciplinare, infatti, tale parametro di giudizio imponeva una valutazione globale e articolata, in quanto orientata sull'analisi di una pluralità di profili ed elementi, rispetto ai quali la procedura di gestione delle penali rappresentava soltanto uno dei molteplici aspetti oggetto di esame.

Si tratta, pertanto, di un parametro valutativo non incentrato su un unico elemento ma estrinsecato in molteplici profili, come del resto chiaramente desumibile anche dal giudizio complessivamente espresso sul punto dalla commissione (e peraltro riprodotto testualmente nel medesimo ricorso introduttivo), che risulta così formulato *"Con riferimento al*

sottocriterio 4.3 – Funzionalità di controllo (gestione inadempimenti e penali) e di supporto ai servizi erogati (informazioni relative ai servizi tecnici, gestionali e amministrativi forniti) oltre a proposte per valutare il grado di soddisfazione e il livello percepito per i Servizi di Governo – nell'offerta viene descritto il sistema di monitoraggio delle varie attività di gestione del patrimonio tecnologico, con supporto all'Energy manager. È possibile la consultazione su device portatile. Per quanto concerne il controllo del servizio sono previsti due moduli: un modulo SLA (Service level agreement) e un modulo di customer statisfaction. Non si fa menzione della gestione delle penali" (cfr. citato verbale n. 2).

Si aggiunge che il giudizio (globale, lo si ribadisce) espresso in applicazione di detto sub-criterio non appare irragionevole anche avuto riguardo alla circostanza, evidenziata nelle memorie difensive prodotte tanto dall'intimata Amministrazione quanto dal controinteressato, secondo cui, nonostante il termine "penali" sia effettivamente rinvenibile nella Relazione tecnica presentata dalla ricorrente, una lettura attenta della medesima Relazione rivela che il tema della gestione delle penali (su cui la ricorrente richiama i contenuti del Capitolato speciale, segnatamente par. 9) non è stato ivi trattato, non esaurendosi tale profilo nel mero calcolo automatico delle penali da irrogare, posto che l'ambito tecnico contemplato dal sub-criterio in esame attiene a un profilo di più ampio respiro, essendo congegnato in termini di "*funzionalità di controllo (gestione inadempimenti e penali)*" (sul punto il Consorzio Stabile, nella memoria depositata in data 11 marzo 2022, rappresenta che tale profilo è correlato alla "*gestione degli adempimenti tecnico amministrativi, potenzialmente suscettibili di generare il rischio sanzionatorio*", mentre nella memoria di replica del 16 marzo 2022 puntualizza che "*Basti avere riguardo alla molteplicità dei contenuti di cui al paragrafo 9 del Capitolato tecnico per apprezzare che il profilo della gestione delle penali doveva essere specificamente trattato in rapporto e correlazione con gli indicatori del controllo del servizio e ciò a prescindere, quindi, dall'automatico computo delle penali stesse, computo, peraltro, già determinato dalla disciplina di gara, mediante la indicazione di specifiche formule*").

Si osserva ancora che non ha pregio la deduzione (cfr. p. 5 e 6 della memoria *ex* art. 73, cod. proc. amm.) secondo cui l'affermazione contenuta nella memoria difensiva depositata dalla Città Metropolitana ("*Corrisponde senz'altro al vero quanto dedotto dal ricorrente (...)*"), "*sostituendosi alla commissione*", integrerebbe una inammissibile integrazione postuma della motivazione, posto che nella predetta memoria la resistente amministrazione, lungi dall'ammettere l'esistenza di un errore compiuto dalla commissione di gara e dunque operare una nuova valutazione dell'offerta tecnica della ricorrente, chiarisce semplicemente che il tema "*gestione delle penali (...) non è trattato né sviluppato dal ricorrente*", ponendosi dunque in linea con la valutazione formulata sul punto dalla commissione stessa, precisando che, ciononostante, in relazione al medesimo sotto-criterio 4.3 la relativa offerta ha potuto conseguire una valutazione "sufficiente" (in ragione, per l'appunto, della molteplicità degli aspetti da analizzare alla luce del relativo parametro di giudizio).

15. Analoghe considerazioni valgono anche con riferimento al giudizio espresso dalla commissione in applicazione del criterio n. 3, denominato "*modalità di organizzazione/esecuzione/controllo del servizio*", rispetto al quale la ricorrente si duole che il punteggio attribuito all'offerta tec-

nica dell'aggiudicatario (pari a 7,13 punti) sarebbe sproporzionato per eccesso in ragione del "*mero richiamo ai cosiddetti CAM*" ivi contenuto, considerato che la medesima offerta non avrebbe *trattato* "*la coerenza con gli obiettivi ed i criteri di sostenibilità energetica ed ambientale*" come invece richiesto dalla *lex specialis* (cfr. il verbale n. 3 relativo alla seduta riservata del 22 settembre 2021).

Si osserva che anche tale criterio si presenta piuttosto complesso e articolato, alla luce di quanto esplicitato sul punto dal disciplinare di gara, il quale chiariva al riguardo che "*verrà valutata come migliore soluzione quella che si riferisce ad una concezione organizzativa e ad una struttura tecnico-organizzativa espressa in logici diagrammi di flusso e organigrammi; che consenta l'utilizzo di procedure per la gestione singola e complessiva dei subaffidamenti/subappalti; che proponga metodi innovativi ed efficaci per aumentare le condizioni di sicurezza nell'utilizzo degli immobili; si avrà riguardo per la proposta di modalità di erogazione dei servizi di gestione e manutenzione con riferimento anche a condizioni migliorative o più favorevoli in termini funzionali, qualitativi, di accrescimento dei livelli di servizio, riduzione dei tempi di risposta o di intervento, ecc.*", precisando poi gli aspetti che l'operatore era tenuto a dettagliare, descritti in apposito elenco suddiviso in 6 punti, di cui l'ultimo attiene precipuamente alla "*Coerenza della proposta presentata con obiettivi e criteri previsti dai Criteri di sostenibilità energetica ed ambientale minimi adottati (CAM per i servizi energetici per gli edifici) in riferimento al d.m., 7 marzo 2012 emanato dal Ministero dell'ambiente della tutela del territorio e del mare*".

Pertanto, il criterio in esame non è appiattito esclusivamente sullo specifico profilo della coerenza con gli obiettivi e criteri previsti dai CAM, rappresentando questo soltanto uno dei molteplici aspetti da valutare ai fini dell'attribuzione del punteggio complessivo (contemplato in un massimo di 10 punti), come peraltro chiaramente evidenziato anche dalla valutazione formulata della commissione in occasione della seduta del 22 settembre 2021 (cfr. verbale n. 3), in cui si legge che "*è presente nell'offerta in esame una illustrazione del modello di gestione con descrizione delle procedure in relazione alle diverse scelte operative. Per quanto riguarda la gestione dei subappaltatori è previsto un criterio LSPS (livello di servizio presunto del subappaltatore) ed è previsto altresì un sistema di monitoraggio mediante "Key performance Invention". Sono descritte le misure per la mitigazione dei rischi e dei disagi. È previsto altresì l'elenco dei mezzi e delle attrezzature suddiviso per squadre ed un sistema di "magazzini volanti". Per quanto riguarda il rispetto dei CAM, si riscontra un mero richiamo agli stessi senza ulteriori approfondimenti. Adozione del Building Condition Assestment per analisi dei rischi (analisi degli scenari di guasto) e modellazione BIM*".

Il giudizio espresso dalla commissione ed estrinsecato nel relativo verbale, che ha portato all'attribuzione di un punteggio globale attestato a livello di "ottimo", si ritiene esente da vizi o manifeste illogicità, essendo stati richiamati i molteplici aspetti, trattati nella proposta progettuale dell'aggiudicatario, oggetto del parametro valutativo di cui al criterio n. 3.

Ne consegue che non ha pregio la censura, dedotta in sede di ricorso, secondo cui la valutazione formulata con riferimento al medesimo criterio avrebbe dovuto addirittura attestarsi a livello di "insufficiente", tenuto conto che il disciplinare di gara precisa, sul punto: "*È da intendersi INSUFFICIENTE, in relazione al singolo elemento di valutazione, una offerta che risulti incompleta, cioè evidenzi uno scarso riscontro di quanto pre-*

scritto e caratterizzata da proposte poco strutturate e poco sviluppate"; nel caso di specie, dalla lettura della motivazione formulata dalla commissione (documentata nel richiamato verbale di gara) non emergono profili di incompletezza o scarsa esaustività delle soluzioni progettuali esaminate, secondo i parametri individuati dalla *lex specialis*.

Peraltro, si ritiene colga nel segno quanto osservato dal controinteressato nella propria memoria difensiva dell'11 marzo 2022, in cui si dà atto che la commissione giudicatrice si sarebbe limitata a rilevare soltanto l'assenza di "*approfondimenti*", stante il "*mero richiamo*" ai CAM contenuto nella relativa proposta progettuale, senza che tale valutazione si traduca automaticamente in un giudizio di mancata coerenza degli interventi prospettati con la relativa disciplina ministeriale (atteso che tale proposta comunque evidenziava la coerenza con i medesimi criteri, come rappresentato nella memoria del 16 marzo 2022, che contiene un preciso richiamo ai passaggi della medesima proposta in cui era esplicitamente affrontato il tema della adozione delle misure previste dall'allegato 1 al d.m. 7 marzo 2012).

Quanto appena osservato rende evidente anche l'infondatezza dell'assunto, meglio ribadito dalla ricorrente nella memoria dell'11 marzo 2022, teso a sostenere che il giudizio formulato dalla commissione non poteva attestarsi comunque a livello di "ottimo" né financo di "buono", alla luce delle relative definizioni contenute nella griglia esplicativa fornita dal disciplinare di gara, asserendo che un siffatto giudizio non avrebbe potuto attribuirsi ad "*un'offerta che non tratta un elemento essenziale, in quanto finalizzato al raggiungimento di obiettivi perseguiti dal legislatore e dalla stessa stazione appaltante*": si ribadisce, al riguardo, che la motivazione addotta dalla commissione non si appalesa illogica o irragionevole, non emergendo profili che inducano a ritenere l'offerta del controinteressato come carente di elementi essenziali o divergente rispetto agli specifici obiettivi perseguiti.

16. Da ultimo, il secondo motivo di ricorso intende censurare anche il punteggio attribuito all'offerta tecnica dell'aggiudicataria in relazione al sub-criterio n. 6.2, in quanto sproporzionato (per eccesso) rispetto a quello (di poco superiore) assegnato all'offerta del ricorrente.

In via preliminare, il Collegio ritiene non fondata l'eccezione di inammissibilità di tale doglianza, dedotta dal controinteressato nella propria memoria dell'11 marzo 2022 e motivata in ragione della asserita carenza di interesse a proporla, avendo la ricorrente comunque maturato, con riferimento a tale specifico criterio, un punteggio più alto di quello conseguito dall'aggiudicataria.

Sul punto si osserva che l'eventuale accoglimento di tale censura comunque implicherebbe una rinnovazione del giudizio, che potrebbe portare ad una differente modulazione del punteggio complessivo assegnato alle due offerte tecniche e alla conseguente, astratta, possibilità di superamento del controinteressato da parte della ricorrente (che si è collocata al secondo posto della graduatoria definitiva di gara, con uno scarto rispetto alla prima classificata di soli 0,36 punti).

La censura, tuttavia, è infondata nel merito.

Al riguardo si osserva che anche il sotto-criterio di cui trattasi, al pari dei precedenti, è piuttosto articolato.

Si osserva infatti che il medesimo (al quale la *lex specialis* ha attribuito il punteggio massimo di 5 punti) costituisce estrinsecazione del cri-

terio n. 6, denominato "*Proposte migliorative offerte relativamente alla sede di Via G. Ribotta 41*" e così descritto: "*verrà valutata la proposta con maggiori benefici per l'Amministrazione, con particolare riferimento all'efficientamento energetico e alla riqualificazione di impianti, anche mediante interventi ad elevato contenuto tecnologico offerti a costo zero da parte dell'Offerente per la sede di via Ribotta; L'operatore economico dovrà definire, per ciascun intervento proposto, i benefici conseguibili in termini di miglioramento dell'efficienza energetica, della funzionalità e della durabilità degli impianti*".

In particolare, il sotto-criterio 6.2. era funzionale a valutare la "*Efficacia delle proposte di cui al presente criterio 6 in termini di benefici conseguibili e che il Proponente si impegna a raggiungere a fronte della loro esecuzione*".

La ricorrente lamenta che, pur avendo prefigurato, con la propria proposta, un beneficio per l'Amministrazione in termini di risparmio energetico (Tep) e di riduzione delle emissioni (Co2) in misura addirittura doppia rispetto alla proposta del controinteressato, i coefficienti attribuiti dalla commissione alle due proposte (che comportano uno scarto di soli 0,27 punti) non rispecchiano tale proporzionalità, in ciò sostanziandosi la asserita manifesta irragionevolezza del punteggio attribuito, che non rispecchierebbe "*il contenuto oggettivo e misurabile delle due offerte*".

L'argomentazione della ricorrente non è condivisibile nella misura in cui il sotto-criterio di cui trattasi implica una valutazione composita dei benefici conseguibili dall'Amministrazione, non incentrata sul solo aspetto del risparmio energetico (suscettibile di obiettiva misurazione), ma basata anche sugli ulteriori profili (non misurabili in modo automatico) della "funzionalità" e della "durabilità" degli impianti.

Sul punto si condivide quanto osservato dalle controparti nei propri scritti difensivi, in cui è stato evidenziato che il criterio in esame non verte su un elemento di valutazione "automatico", ossia avente natura qualitativa ma non suscettibile di valutazione discrezionale, per il quale il punteggio è attribuito sulla base di un mero calcolo matematico indicato dai documenti di gara (come invece si verifica nel caso dei criteri da 8 a 12 del disciplinare), ma si tratta pur sempre di un parametro valutativo che poggia su elementi suscettibili di valutazione tecnico-discrezionale, come peraltro chiaramente esplicitato dal riferimento alla "*efficacia*", da intendersi quale attitudine della proposta progettuale nel suo complesso a conseguire il risultato dichiarato in termini di risparmio energetico.

Ne consegue che il punteggio da assegnare alle due offerte tecniche in applicazione di tale criterio di giudizio non deve riflettere necessariamente, in misura "proporzionale" e dunque con rigore matematico, il differente livello di risparmio energetico calcolato sulla scorta delle diverse soluzioni progettuali in esse contemplate.

17. Conclusivamente, il ricorso è infondato e va, per l'effetto rigettato.

18. La novità delle questioni dedotte giustifica la compensazione delle spese di lite.

II

FATTO. – 1. La E.R.G. s.r.l. (d'ora in avanti anche solo E.R.), che aveva partecipato alla procedura di gara indetta dal Comune di Santa Maria a Vico (CE) per l'affidamento dei "*Lavori di Adeguamento Statico Scuo-*

la Elementare Giacomo Leopardi", classificandosi al secondo posto (punti 92,21) dietro al Consorzio Stabile Geco (punti 96,91), ha impugnato dinanzi al Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania l'aggiudicazione della gara in favore del Consorzio Stabile G. – Società Consortile a responsabilità limitata (d'ora in avanti anche solo Consorzio).

2. Ha esposto che il disciplinare di gara, all'art. 3 *"Oggetto della gara ed importo"*, informava i concorrenti che l'edificio era sottoposto a vincolo monumentale ai sensi dell'art. 10 comma 1, d.lgs. n. 42 del 2004 e che era stato acquisito il parere favorevole con prescrizioni prot. n. 11589 del 2019 della Soprintendenza Archeologia, belle arti e paesaggio per le Province di Caserta e Benevento.

3. Trattandosi di opera da realizzare su di un bene sottoposto a vincolo ha sostenuto che il consorzio aggiudicatario avrebbe dovuto essere escluso dalla gara: a) per aver designato all'esecuzione la C. I. s.r.l. carente dell'importo di cui al requisito OG2 per lavori sottoposti a vincolo ai sensi dell'art. 10, d.lgs. n. 42 del 2004; *b)* per aver presentato migliorie che contrasterebbero con le prescrizioni del disciplinare di gara e che divergerebbero dalla relazione prodotta in sede di gara;

c) per aver proposto un'offerta economica che sarebbe indeterminata e irrealizzabile.

4. L'adito Tribunale con la sentenza segnata in epigrafe ha accolto il ricorso.

5. Di tale sentenza, asseritamente ingiusta ed illegittima, il Consorzio Stabile ha chiesto la riforma con rituale e tempestivo atto di appello alla stregua dei seguenti motivi, così rubricati*: I.* Error in iudicando – Error in procedendo – *Violazione e falsa applicazione dell'art. 97 della Cost. – Violazione e falsa applicazione del Codice degli appalti – Violazione e falsa applicazione della* lex specialis *di gara; II.* Error in iudicando – Error in procedendo – *Violazione e falsa applicazione dell'art. 97 della Cost. – Violazione e falsa applicazione del Codice dei contratti pubblici: Artt. 32, 94, 95 e 97 – Violazione del principio della segretezza della offerta economica – Violazione e falsa applicazione del principio della* par condicio – *Eccesso di potere e sviamento*".

6. Ha resistito al gravame Edil Rental Group S.r.l., chiedendone il rigetto.

7. Alla udienza pubblica del 2 dicembre 2021 la causa è stata trattenuta in decisione.

Diritto. – 8. Con il primo articolato motivo di gravame l'appellante ha dedotto quanto segue.

8.1. Con l'introduzione del d.l. 32 del 2019, convertito con modificazioni dalla l. 55 del 2019, in base al quale è stato emanato il bando della gara per cui è causa (in data 16 luglio 2019), la norma sui consorzi stabili è stata modificata e semplificata nel senso che:

a) vi è l'espressa previsione che il consorzio stabile agisce in proprio;

b) vi è la cancellazione al rinvio alle linee Guida Anac, precisando che l'affidamento alla consorziata non vale come subappalto.

8.2. Sulla base di tale rinnovata disposizione il bando (art. 7.5) ha previsto per il consorzio stabile che esso: *"...può spendere oltre ai propri requisiti, anche quelli delle imprese esecutrici e, mediante avvalimento, quelli delle consorziate non esecutrici i quali vengono computati cumulativamente in capo al Consorzio*".

8.3. Pertanto, il consorzio stabile che partecipa ha ora una qualifica-

zione propria e diretta, a differenza di quanto accadeva in precedenza, anche se designa una consorziata.

8.4. Il Consorzio appellante è qualificato anche per la categoria OG2 per la classifica richiesta dalla *lex specialis* di gara.

8.5. Al contrario di quanto statuito dalla sentenza appellata, il secondo comma dell'art. 146 dispone unicamente in ordine alla spendita dei certificati di esecuzione dei lavori per l'incremento della classifica di qualificazione SOA da parte dell'impresa consorziata esecutrice, ma non modifica il regime di qualificazione dei consorzi stabili, nelle gare per l'affidamento di lavori su immobili sottoposti a vincolo storico-artistico. Identica previsione era già contenuta, per il settore speciale dei beni culturali, nell'art. 248, terzo comma, del d.P.R. n. 207 del 2010, sempre con esclusivo riguardo alla fase di esecuzione dell'appalto ed alla spendita dei lavori eseguiti (per le categorie OG2, OS2 e OS25), non imputabili al consorzio bensì all'impresa che li ha concretamente assunti. L'interpretazione propugnata da Edil Rental finirebbe per introdurre inammissibilmente per i consorzi stabili, in via surrettizia e senza un fondamento positivo e chiaro, una speciale e più rigorosa modalità di qualificazione non prevista dalla legge, in violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione e delle regole generali dettate nei confronti dei consorzi di imprese, richiamate in blocco dall'art. 145, terzo comma, d.lgs. n. 50 del 2016.

8.6. Nella specie, i lavori appaltati rientrano nella categoria OG 2 e quindi il Consorzio doveva, a tutto concedere, indicare esclusivamente una consorziata che avesse l'idoneità professionale e che possedesse un attestato SOA nella categoria OG2.

8.7. Alla designata, però, non manca l'idoneità professionale e non mancano i requisiti tecnico professionali ed economici per poter eseguire i lavori di OG2 (anzi è in possesso di una SOA nella categoria OG2) con la conseguenza che ben può eseguire opere in OG2. In altre parole, nella specie, il Consorzio è titolare di una attestazione OG2 che copre per classifica gli importi, la consorziata ha la idoneità professionale e l'attestazione SOA nella categoria nella categoria OG 2 con la conseguenza di scongiurare l'ipotesi che soggetti non qualificati possano arrecare al patrimonio culturale danni irreversibili e non compensabili.

9. Il motivo è infondato.

9.1. Come noto il meccanismo del cosiddetto cumulo alla rinfusa non può operare negli appalti del settore dei beni culturali essendo necessario in tal caso che le imprese indicate come esecutrici siano autonomamente qualificate ad eseguire i lavori.

9.2. È l'art. 146, d.lgs. n. 50 del 2016 ad escludere che nei contratti in materia di beni culturali i consorzi stabili possano qualificarsi con il meccanismo del cumulo alla rinfusa. Si tratta di norma di stretta interpretazione, non applicabile ad interventi diversi ma sicuramente derogatoria rispetto al sistema ordinario (cfr. Cons. giust. amm. Sicilia, Sez. giurisd., 22 gennaio 2021, n. 49).

9.3. È pertinente il richiamo, operato dal giudice di prime cure al precedente di questa Sezione (Consiglio di Stato Sez. V, 16 gennaio 2019, n. 403) secondo cui *"non è in discussione la generale operatività del "cumulo alla rinfusa" per i consorzi stabili di cui all'art. 45, comma 2, lett. c, d.lgs. n. 50 del 2016, che, quindi, ferma restando la possibilità di qualificarsi con i requisiti posseduti in proprio e direttamente, possono ricorrere anche alla sommatoria dei requisiti posseduti dalle singole imprese partecipanti, come*

chiarito ormai dall'art. 47, comma 2, dello stesso codice dei contratti pubblici (così Cons. Stato, V, 27 agosto 2018, n. 5057), ma la sua ammissibilità nella materia dei contratti nel settore di beni culturali, caratterizzati da una particolare delicatezza derivante dalla necessità di tutela dei medesimi, in quanto beni testimonianza avente valore di civiltà, espressione di un interesse altior *nella gerarchia dei valori in giuoco (art. 9 Cost.)".*

9.4. Occorre tenere conto della specialità della disciplina riguardante i lavori nella materia dei beni culturali, in cui si richiede il possesso dei requisiti in capo all'impresa consorziata designata per eseguire i lavori. La finalità di tale disciplina è quella di evitare che l'intervento sui beni culturali sia effettuato da soggetti non qualificati, a prescindere dall'esistenza di un soggetto che se ne assuma la responsabilità nei confronti dell'Amministrazione. Si tratta di un profilo che attiene alla funzione di tutela dei beni culturali, che giustifica, sul piano della comparazione dei valori, anche una limitazione della regola della concorrenzialità, con il suo portato del *favor partecipationis* (Consiglio di Stato, Sez. V, 16 gennaio 2019, n. 403, cit.).

9.5. La sentenza impugnata è in definitiva corretta e non merita la censura sollevata.

10. Con il secondo motivo di gravame l'appellante ha dedotto quanto segue.

10.1. Il TAR ha assorbito le altre doglianze sollevate da Edil Rental che, in ogni caso, risultavano infondate; la loro riproposizione presuppone pertanto un'impugnazione incidentale da parte di Edil Rental; per l'evenienza che esse fossero riproposte esse andrebbero comunque respinte per le seguenti ragioni:

a) in riferimento al secondo motivo di ricorso, ed alla indicazione del costo della manodopera in caso identico, per la medesima stazione appaltante e per la medesima dizione del disciplinare, vi è la recente sentenza del TAR di Napoli n. 802 del 2020 che ha riammesso a gara un concorrente escluso proprio per la mancata presentazione del costo della manodopera nell'allegato 11;

b) quanto al terzo motivo di ricorso, esso riguarda diversi aspetti, non sempre comprensibili e che comunque attengono al merito delle scelte tecnico-discrezionali della Commissione;

c) circa il quarto ed ultimo motivo esso riguarda incongruenze tra Relazione e Grafici, riguardanti le variazioni come prescritte dalla MIBACT ed ai "setti" in c.a. da sostituire con blocchi in tufo; anche questa censura involge questioni meramente tecniche ed è inammissibile perché il G.A. non può entrare in valutazioni di merito tecnico.

11. Il motivo è inammissibile.

11.1. È sufficiente rilevare al riguardo che la E. R.., risultata vittoriosa in primo grado, si è ritualmente costituita in appello ma, nella memoria depositata il 21 ottobre 2021, si è limitata a trascrivere i motivi dedotti in primo grado. Ne segue che i motivi assorbiti in primo grado non possono intendersi riproposti in questa sede e che il motivo di appello si fonda su argomenti che esulano dal perimetro di questo giudizio.

12. In conclusione l'appello va respinto.

13. Le spese del giudizio seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

Consorzi stabili più ombre che luci: il "cumulo alla rinfusa" e la qualificazione della consorziata esecutrice, all'indomani del d.l. n. 32 del 2019 (cosiddetto decreto Sblocca cantieri) e convertito in l. 14 giugno 2019, n. 55

SOMMARIO: 1. La decisione del TAR Lazio n. 4082 del 7 aprile 2022. – 2. La decisione del Consiglio di Stato n. 1950 del 17 marzo 2022. – 3. Premesse e brevi cenni sulla qualificazione mediante il "cumulo alla rinfusa". – 4. L'art. 47, d.lgs. n. 50 del 2016 all'indomani dello Sblocca cantieri e il "cumulo alla rinfusa". – 5. L'orientamento 'formalistico' e le argomentazioni a suo preteso fondamento. – 6. L'orientamento 'sostanzialistico' e l'applicazione limitata e ragionevole del cumulo alla rinfusa. – 6.1. Esame letterale dell'art. 47 d.lgs. n. 50 del 2016 e relative considerazioni. – 6.2. Esame logico-sistematico della norma e relative considerazioni. – 6.3 Sul regime di responsabilità solidale del consorzio e consorziata esecutrice. – 7. La partecipazione autonoma alla gara da parte della consorziata non esecutrice. – 8. Spunti giurisprudenziali. – 9. Conclusioni, le ricadute pratiche dell'applicazione indiscriminata del cumulo alla rinfusa.

1. *La decisione del TAR Lazio n. 4082 del 7 aprile 2022.* – Il TAR Lazio, ancora una volta, torna sull'annosa *quæstio iuris* afferente all'applicazione del cosiddetto principio del cumulo alla rinfusa per la qualificazione del consorzi stabili ai fini della partecipazione degli stessi alle procedure di gara. Più nel dettaglio, il Tribunale amministrativo ribadisce l'applicazione del principio in esame anche per gli appalti di servizi e forniture all'esito della modifica dell'art. 47, d.lgs n. 50 del 2016, con l'introduzione del comma 2 *bis*.

La vicenda prende le mosse dallo svolgimento di una procedura aperta per l'affidamento di servizi integrati energia e dei servizi di manutenzione degli impianti tecnologici del patrimonio della Città metropolitana di Roma Capitale.

La ricorrente, classificatasi seconda in graduatoria, procedeva all'impugnazione dell'aggiudicazione disposta a favore di un RTI composto dal mandatario consorzio stabile, censurando, in violazione dell'art. 47 e 83 del d.lgs n. 50 del 2016, la carenza – in capo al mandatario aggiudicatario consorzio stabile – dei requisiti di carattere speciale richiesti dal disciplinare di gara a pena di esclusione, sull'assunto che il consorzio non potesse avvalersi dei requisiti maturati in capo alle consorziate non esecutrici in ragione di un presunto divieto del cumulo alla rinfusa, come asseritamente introdotto dal d.l. n. 32 del 2019 (cosiddetto decreto Sblocca cantieri) e convertito in l. n. 55 del 14 giugno 2019.

Più nel dettaglio la ricorrente, in virtù della nuova formulazione del comma 2*bis* dell'art. 47, ha sostenuto la tesi secondo la quale non fosse più vigente, nelle procedure di gara per servizi e forniture, il principio del cumulo alla rinfusa, ritenendo, di contro, che la legge imponesse in tali occasioni, la dimostrazione da parte del consorzio stabile dell'effettivo possesso da parte delle consorziate

esecutrici dei requisiti previsti dal bando, anche nel caso in cui questo dichiari di eseguire in proprio le relative prestazioni.

Il tribunale, dopo un esame logico sistematico dell'art. 47, si sofferma sul comma 2*bis* dello stesso, ravvisando come l'introduzione di tale disposizione non abbia fatto altro che confermare l'operatività del meccanismo del cumulo alla rinfusa anche per gli appalti di servizi e fornitura, anzi sanando una lacuna presente nella precedente legislazione in tema di consorzi stabili.

A tal riguardo, dopo aver illustrato in termini generici il perimetro di applicazione del meccanismo del cumulo alla rinfusa, è stato ricostruito l'iter che ha portato all'introduzione del comma 2 *bis*, in particolare sulla scorta della relazione di accompagnamento al decreto sblocca cantieri che, se da un canto – come vedremo in prosieguo – sembrerebbe aver limitato una generalizzata applicazione indiscriminata del cumulo alla rinfusa, dall'altro ne ha esteso l'operatività nell'ambito delle procedure di gara per l'affidamento di servizi e forniture.

Tanto che il giudice, nell'esame della norma *de qua* (art. 47 codice) ritiene che la stessa deve essere interpretata nel senso che: "*... per gli affidamenti di servizi (quale quello di cui trattasi), i consorzi stabili ritraggono dalle singole imprese consorziate i requisiti di qualificazione previsti dal bando di gara, ossia segnatamente, per quanto qui specificamente interessa, i requisiti di capacità economico/finanziaria e tecnico/professionale di cui all'art. 83, comma 1, lett. b e c, codice, tramite il meccanismo del cosiddetto "cumulo alla rinfusa", che pertanto continua a trovare applicazione*".

Pertanto – osserva correttamente il TAR – la formulazione letterale della disposizione, suffragata dalla volontà legislativa di colmare un vuoto normativo per servizi e fornitura, in continuità con il passato, conferma la sopravvivenza dell'applicazione del cumulo alla rinfusa, senza possibilità di ravvisare alcun divieto nei settori in argomento con il passato: "*...si ritiene che tale disposizione debba essere letta nel senso di prevedere, quale regime di qualificazione dei consorzi stabili operante nelle procedure di affidamento di servizi (e forniture), il «cumulo alla rinfusa», avendo chiaramente accordato al consorzio la possibilità di avvalersi dei requisiti (di capacità tecnico-professionale ed economico-finanziaria) apportati dai singoli consorziati, da sommare ai requisiti maturati in proprio ai fini del raggiungimento delle soglie minime richieste dalla lex specialis della gara*".

Inoltre, anche per la specificità della fattispecie relativa ai settori di servizi e fornitura, il tribunale ha osservato come il richiamo della ricorrente (a supporto della presunta tesi di un sopravvenuto divieto del cumulo alla rinfusa), alla sentenza n. 5 dell'8 marzo 2021 dell'Adunanza plenaria, o meglio all'interessante *obiter dictum* ivi contenuto (e sul quale però in prosieguo si ritornerà), fosse incon-

ferente in quanto quest'ultimo, nei termini illustrati dall'Adunanza plenaria, era riconducibile all'operatività del meccanismo del cumulo alla rinfusa solo per le procedure di affidamento degli appalti di lavori, all'esito della modifica del commi 1 e 2 dell'art. 47 citato.

Infine, risulta interessante l'ulteriore considerazione del tribunale nella parte in cui osserva che la disposizione (comma 2 *bis* dell'art. 47 citato), richiedendo di effettuare una verifica dei requisiti richiesti dal bando di gara in capo ai singoli consorziati, non opera alcun discrimine tra consorziati designati e non designati, per l'esecuzione delle prestazioni oggetto dell'affidamento.

Ma purtroppo, a fronte di quanto opportunamente osservato, il TAR non prosegue il ragionamento logico giuridico sul punto, non affrontando il funzionamento del meccanismo del cumulo alla rinfusa nell'ipotesi in cui, il consorzio, a dispetto del caso di specie, dichiari di non agire in proprio ma designi delle consorziate esecutrici. Ebbene per tale ipotesi, il TAR non illustra come si declini il meccanismo di operatività del cumulo alla rinfusa.

In conclusione, il tribunale, rigettando il ricorso, ha concluso confermando l'operatività del cumulo alla rinfusa ai fini della dimostrazione del possesso dei requisiti per la partecipazione dei consorzi stabili alle procedure di gara per l'affidamento di servizi e forniture, potendo l'operatore economico, allorquando intenda operare con la propria struttura e senza designare consorziate esecutrici, trarre i requisiti dalle stesse a prescindere dal fatto che siano designate esecutrici o meno.

2. *La decisione del Consiglio di Stato n. 1950 del 17 marzo 2022.* – Anche l'ulteriore decisione in commento affronta la questione relativa all'applicazione del meccanismo del cumulo alla rinfusa e, in questo caso, sotto il profilo peculiare relativo alla disciplina riguardante le procedure di gara per l'affidamento dei lavori sui beni culturali. La Sez. V del Consiglio di Stato, in maniera discutibile e, si permetta, anche contraddittoria rispetto alla giurisprudenza prodotta dalla stessa sezione, afferma l'inapplicabilità del meccanismo del cosiddetto cumulo alla rinfusa in quanto lo stesso non sarebbe operante negli appalti del settore dei beni culturali.

In tale ambito il Consiglio di Stato afferma che le imprese indicate come esecutrici debbano essere autonomamente qualificate (per categoria e classifica) all'esecuzione dei lavori in ossequio al contenuto all'art. 146, d.lgs. n. 50 del 2016, non operando nel settore dei beni culturali il meccanismo del cumulo alla rinfusa.

L'*iter* che conduce alle conclusioni cui perviene il Consiglio di Stato, si consenta, appare contraddittorio e frutto, ancora una volta e come verrà rappresentato nel prosieguo del presente elaborato, di un equivoco di fondo: ossia che il meccanismo del cumulo alla

rinfusa – che opera sempre e per legge ai fini della dimostrazione del possesso dei requisiti di partecipazione dei consorzi stabili per tutti i settori (lavori, servizi e forniture) – trova però un suo limite applicativo allorquando il consorzio stabile non operi con la propria struttura bensì designi le consorziate esecutrici.

Nella fattispecie in esame, il ricorrente, classificatosi secondo ad una procedura aperta per l'affidamento dei lavori di adeguamento di un edifico sottoposto a vincolo monumentale *ex* art. 10, d.lgs n. 42 del 2006, impugnava l'aggiudicazione a favore del consorzio stabile aggiudicatario, per una presunta carenza del possesso del requisito prescritto dal bando di gara; a tal riguardo, infatti, il consorzio aggiudicatario, in sede di gara, aveva designato quale esecutrice una propria consorziata qualificata per la categoria OG2 richiesta dal bando di gara che però non possedeva la classifica idonea.

Il TAR accoglieva il ricorso. La sentenza veniva impugnata dinanzi al Consiglio di Stato, il quale, dopo aver ripercorso l'iter circa l'applicabilità del cumulo alla rinfusa, come modificato all'esito del citato decreto cosiddetto sblocca-cantieri, affermava che in applicazione dell'art. 146, d.lgs n. 50 del 2016, la citata norma fosse di stretta interpretazione e in ragione della specialità della disciplina riguardante i lavori nella materia dei beni culturali, è sempre richiesto il possesso dei requisiti in capo all'impresa consorziata designata per eseguire i lavori, evidentemente intendendo come necessaria la qualificazione sia per la categoria, quanto per la relativa classifica.

Secondo tale tesi il Consiglio di Stato ha, quindi, concluso affermando come nel settore dei beni culturali non operi il meccanismo del cumulo alla rinfusa (a prescindere se il consorzio esegue in proprio e/o designi consorziate esecutrici), atteso che trattandosi di un profilo che attiene alla funzione di tutela dei beni culturali, sarebbe giustificata, sul piano della comparazione dei valori, anche una limitazione della regola della concorrenzialità, con il suo portato del *favor partecipationis*.

Le conclusioni del Consiglio di Stato, a parere di chi scrive appaiono discutibili, non tanto per l'esito sostanziale del giudizio che poi è condivisibile, tanto per le argomentazioni a supporto che si rivelano equivoche e destano perplessità in ordine all'affermazione secondo cui nel settore dei beni culturali non operi il meccanismo del cumulo alla rinfusa.

Invero ancora una volta, nell'ambito dell'interpretazione del meccanismo del cumulo alla rinfusa, la V Sezione del Consiglio di Stato, anche alla luce della modifica dell'art. 47, non discrimina, ai fini dell'applicazione del citato meccanismo, l'ipotesi in cui il consorzio dichiari di eseguire i lavori con la propria struttura da quella in cui designi delle consorziate esecutrici.

Tale preliminare considerazione permetterebbe di comprendere, senza troppi equivoci, come anche nel settore dei beni culturali quando il consorzio stabile intende operare con la propria struttura non risulti sussistente alcun divieto del cumulo alla rinfusa per la qualificazione del consorzio; scenario diverso laddove invece il consorzio designi una consorziata esecutrice.

In tale ultimo caso, a dispetto di quanto previsto per i lavori (nel dettaglio si argomenterà nel prosieguo del presente elaborato), nell'ambito dei beni culturali la designata esecutrice, in forza dell'art. 146, d.lgs. n. 50 del 2016, deve essere qualificata sia per la categoria che per classifica richiesto dal bando di gara. Ipotesi che non ha nulla a che vedere con un presunto divieto di applicazione del cumulo alla rinfusa.

Come si intuisce, si tratta di fattispecie diverse, che non possono giammai condurre all'affermazione di principio secondo cui nel settore dei beni culturali non si applichi *tout court* il meccanismo del cumulo alla rinfusa.

3. *Premesse e brevi cenni sulla qualificazione dei consorzi stabili mediante il "cumulo alla rinfusa".* – Come visto con le decisioni in commento, nonché con il frequente contenzioso promosso di recente dinanzi agli organi della giustizia amministrativa, torna d'attualità nel panorama degli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture, la questione relativa alle modalità di qualificazione del "consorzio stabile"[(1)] per la partecipazione alle procedure di gara mediante il cosiddetto "cumulo alla rinfusa".

È noto che per molti anni[(2)] il cumulo alla rinfusa ha consentito agli operatori partecipanti al consorzio stabile, e sforniti di proprie qualificazioni, di eseguire i lavori di un appalto affidato al consorzio, beneficiando delle qualificazioni ottenute dalle sommatorie delle qualificazioni delle altre consorziate. Tale principio, seppur nel corso degli anni è stato regolamentato dal legislatore con sfumature diverse[(3)], ha costituito un caposaldo dell'istituto in funzio-

(1) Sui consorzi stabili, si ricordano le singolari modalità con le quali è stato introdotto l'istituto in esame, per la prima volta, nell'impianto della Legge Merloni: i consorzi stabili, nell'impianto originario del disegno di legge non erano previsti, ma sono stati inseriti solo su richiesta di alcune categorie di imprese costruttrici (cfr. A. Cianflone, G. Giovannini, *L'appalto di opere pubbliche,* Milano, 2003, p. 341)..

(2) E ancora F. Lattanzi, *Consorzi stabili*, in M.A. Sandulli, R. De Nictolis, *Trattato sui contratti pubblici*, II, Milano, 2019, p. 595, afferma che l'istituto del consorzio stabile costituisce una evoluzione della figura tradizionale disciplinata dagli artt. 2602 ss., cod. civ. e si colloca in una posizione intermedia fra le associazioni temporanee e gli organismi societari risultanti dalla fusione fra imprese.

(3) Cfr. art. 36, d.lgs. n. 163 del 2006, nonché art. 47, d.lgs. n. 50 del 2016.

ne pro-concorrenziale nell'auspicio che il mutualismo[4] tra imprese consorziate servisse anche alla condivisione dei requisiti al fine di favorire, attraverso il consorzio, non solo la crescita delle imprese a tutti i livelli, ma la partecipazione alle commesse pubbliche di un maggior numero di esecutori.

Parte della dottrina negli anni ha affrontato la questione afferente al sistema di qualificazione del consorzio stabile attraverso il meccanismo del cosiddetto "cumulo alla rinfusa"[5], rilevando come in alcuni casi[6] non garantisse, in deroga ai principi anche sanciti dalle Direttive comunitarie, la dimostrazione della concreta capacità del consorziato designato, non qualificato, di eseguire le attività affidate.

Sebbene, come detto, l'applicazione del cosiddetto cumulo alla rinfusa sembrava non fosse più in discussione, il legislatore con il cosiddetto decreto Sblocca cantieri (d.l. n. 32 del 2019) convertito con l. n. 55 del 14 giugno, apportando modifiche all'art. 47, d.lgs n. 50 del 2016, sembra avere risvegliato, forse involontariamente, l'interesse per l'istituto in esame, con pesanti ricadute per il contenzioso amministrativo.

Se non bastasse, all'intervento del legislatore, è seguita una pronuncia dell'Adunanza plenaria che, con la sentenza n. 5 del 2021, ha chiaramente e letteralmente sancito, rispetto al passato (ante

---

(4) Alcuni autori hanno osservato che nel settore dei lavori pubblici, la finalità consortile mutualistica potesse essere svincolata dalla mera attività mutualistica (strumentale a quella delle singole consorziate) per affermare la valenza dell'istituto quale strumento economico rivolto direttamente al mercato (cfr. A. Carullo, A. Clarizia, *La legge quadro in materia di lavori pubblici,* Milano, 2000, p. 174). In particolare, aderendo a tale tesi, gli autori opportunamente hanno osservato come il consorzio-impresa (cioè "stabile") potesse procedere anche all'esecuzione diretta dei lavori in proprio, in quanto impresa autonoma e distinta dai singoli consorziati.

(5) P. Carbone, *Aspetti problematici della disciplina dei consorzi stabili di imprese,* in questa *Rivista,* 2003, I, p. 67 ss.; Id., *Persistenti aspetti problematici della disciplina dei consorzi stabili di imprese, dopo il secondo decreto correttivo (d.lgs. 31 luglio 2007, n. 113) al d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163",* ivi, 2007, IV, p. 923 ss.; L. De Angelis *Sulla possibilità, per i consorzi, di utilizzare "in trasparenza" i requisiti delle imprese consorziate per l'aggiudicazione di appalti di lavori pubblici,* in *Contratto e Impresa*, 2000, III, p. 1378 ss.; G. Fischione, *Art. 12. Consorzi Stabili,* in *La legge "quadro" in materia di lavori pubblici,* a cura di A. Carullo e A. Clarizia, Padova 2004; G. Fischione *La qualificazione e i divieti operativi dell'impresa consorziata stabilmente per eseguire lavori pubblici,* in *Arch. giur. oo.pp.,* 2008, p. 617 ss.

(6) Ruiu, *Il consorzio stabile e l'esigenza di far eseguire i lavori ad imprese adeguatamente qualificate: alla ricerca di un possibile compromesso"* in questa *Rivista,* 2007, III, p. 837 ss.; M. Mangani, *Il punto sui consorzi stabili, tante zone d'ombra su esecuzione lavori e qualificazione"* in *Edilizia e Territorio*, 19 novembre 2019; G. Pecoraro in *Consorzi stabili e requisiti di partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica: una tela di Penelope in chiave giuridica,* in *https://www.studiolegalesantiapichi.it/consorzi-stabili-e-requisiti-di-partecipazione-alle-procedure-ad-evidenza-pubblica-una-tela-di-penelope-in-chiave-giuridica/.*

Sblocca cantieri), un ridimensionamento dell'ambito di applicazione del cumulo alla rinfusa.

Premesso quanto sopra, prendendo spunto dalle sentenze in commento, si vuol comprendere, in maniera critica e senza condizionamenti e richiami sterili a tralatizi dogmi (scevri, peraltro, da concreti riferimenti normativi e giurisprudenziali), quale sia il perimetro di applicazione del cumulo alla rinfusa.

Più nel dettaglio, l'oggetto di indagine non concerne, quindi, la mera applicazione del principio del cumulo alla rinfusa ai fini della qualificazione del consorzio stabile, ai sensi dell'art. 47, comma 1°, d.lgs n. 50 del 2016, ma se l'applicazione del suddetto meccanismo, si ribadisce tuttora presente nella legge e mai abrogato, possa consentire l'esecuzione dei lavori da parte di un operatore economico (consorziata esecutrice) totalmente privo di qualifica (per categoria e classifica).

4. *L'art. 47, d.lgs. n. 50 del 2016 all'indomani dello Sblocca cantieri e il "cumulo alla rinfusa".* – Sino al 2019 era comunemente affermata e accolta un'ampia applicazione del cumulo alla rinfusa ai fini della qualificazione del consorzio stabile, nonostante i noti aspetti problematici dell'istituto in questione[7].

Più nel dettaglio, in caso di partecipazione a una gara di un consorzio stabile – quale comune struttura di imprese – veniva consentito che questo potesse eseguire i lavori in proprio o mediante una o più consorziate, utilizzando i requisiti in capo al consorzio stesso, quale sommatoria dei requisiti delle singole imprese consorziate, in base al criterio del cosiddetto "*cumulo alla rinfusa*".

In tal modo era anche consentito a ciascuna impresa consorziata di essere designata per l'esecuzione dei lavori e, quindi, di poter partecipare a gare d'appalto per tutte le categorie SOA possedute dal consorzio, pur non possedute in proprio dalla consorziata.

Tale consolidato principio (sino al 2019), per effetto della nuova formulazione dell'art. 47 del codice (con il d.l. 32 del 2019 noto ai più come decreto sblocca-cantieri), sembrerebbe nei fatti essere stato ridimensionato atteso che la nuova formulazione del citato art. 47, d.lgs. 50 del 2016 sembrerebbe, invero, avere limitato l'applicazione del principio in esame per gli appalti di lavori alla sola disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d'opera, nonché all'organico medio annuo (cfr. comma 1) come espressamente ri-

(7) M.G. Vivarelli, *Commento all'art. 45, d.lgs. n. 50 del 2016*, a cura di G.M. Esposito, in *Codice dei contratti pubblici. Commentario di dottrina e giurisprudenza*, I, Torino, 2017; P. Carbone, *La disciplina dei consorzi stabili nel codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, dopo il primo decreto correttivo (d.lgs. n. 56 del 2017)*, in questa *Rivista*, 2018, I, p. 25 ss.

sulta dal tenore letterale della disposizione*: "I requisiti di idoneità tecnica e finanziaria per l'ammissione alle procedure di affidamento dei soggetti di cui all'articolo 45, comma 2, lettere b) e c), devono essere posseduti e comprovati dagli stessi con le modalità previste dal presente codice, salvo che per quelli relativi alla disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d'opera, nonché all'organico medio annuo, che sono computati cumulativamente in capo al consorzio ancorché posseduti dalle singole imprese consorziate."*

Segue il disposto del comma 2 dell'art. 47 citato nella versione attuale secondo cui *"I consorzi stabili di cui agli articoli 45, comma 2, lett. c, e 46, comma 1, lett. f eseguono le prestazioni o con la propria struttura o tramite i consorziati indicati in sede di gara senza che ciò costituisca subappalto, ferma la responsabilità solidale degli stessi nei confronti della stazione appaltante. Per i lavori, ai fini della qualificazione di cui all'articolo 84, con il regolamento di cui all'art. 216, comma 27* octies *sono stabiliti i criteri per l'imputazione delle prestazioni eseguite al consorzio o ai singoli consorziati che eseguono le prestazioni"*.

Per gli effetti, alla luce del tenore letterale della norma, il cumulo alla rinfusa sembrerebbe limitato alla sola disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d'opera, nonché all'organico medio annuo, prevendendo a tal fine che i consorzi stabili (al comma 2) sono posti di fronte ad un'alternativa :o eseguono le prestazioni autonomamente con una propria struttura oppure tramite una società consorziata indicata in sede di gara.

Alla luce delle disposizioni riportate, unanime ancora appare (con alcuni profili critici che verranno in prosieguo esaminati), l'orientamento giurisprudenziale che ritiene legittima la qualificazione del consorzio stabile attraverso il cumulo alla rinfusa (ancorché limitato ad organico, attrezzature e mezzi d'opera) consentendo anche la designazione di una consorziata esecutrice totalmente priva di qualificazione[8].

Si ritiene tuttavia che permangano alcuni e dirimenti profili critici in ordine al corretto inquadramento del consorzio stabile e al

(8) Cons. St., 26 aprile 2021 n. 3358; Cons. St., 2 febbraio 2021 n. 964; TAR Campania, Napoli, 25 maggio 2021, n. 3457; TAR Sicilia, Palermo, 22 marzo 2021, n. 931, TAR Veneto, 5 luglio 2021, n. 896, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Da ultimo il Consiglio di Stato ha affermato che *"l'Adunanza Plenaria non solo considera il cumulo alla rinfusa operante nel vigore della norma applicabile anche in questo caso, ma lo equipara ai fini dell'applicazione dell'art. 89, comma 3, d.lgs. 50 del 2016 all'avvalimento, supponendo evidentemente che non sia necessario un apposito avvalimento. Dall'altro, che, se si ritiene, come dimostrato supra, che sia ammissibile il cosiddetto cumulo alla rinfusa il requisito in questione deve ritenersi essere in capo allo stesso consorzio"* (cfr. Cons. St., 22 novembre 2021, n. 7763, in *www.giustizia-amministrativa.it)*.

funzionamento del meccanismo del cumulo alla rinfusa; profili critici che, a parere di chi scrive, sono spesso ignorati e risolti attraverso una reiterata, stereotipata e tralatizia enunciazione di dogmi, tra cui il richiamo alla funzione pro-concorrenziale cui è ispirato il consorzio stabile, che non risolvono l'incoerenza delle argomentazioni spesso addotte a favore dell'applicazione indiscriminata del principio del cumulo alla rinfusa, sino al punto di consentire la designazione di una consorziata totalmente priva di qualificazione per l'esecuzione dei lavori di qualsivoglia complessità ed entità.

Si ribadisce, per non cadere nel medesimo equivoco riscontrato in giurisprudenza e in dottrina, che il tema giuridico-normativo non concerne l'esistenza e operatività nel nostro sistema del meccanismo del cosiddetto cumulo alla rinfusa (si ricorda che è espressamente previsto), ma si tratta di capire i limiti del detto meccanismo allorquando il consorzio designi una consorziata per l'esecuzione delle prestazioni oggetto di gara.

Si potrebbe trattare invero, (*rectius* si tratta) della più ampia, vistosa (e, ad oggi, inspiegata) deroga al principio di corrispondenza tra soggetto esecutore dei lavori e titolarità dei requisiti di ammissione, architrave dell'intero sistema di qualificazione dei lavori pubblici.

Quelli innanzi riportati sono gli elementi dai quali avviare l'indagine oggetto del presente studio in merito all'applicazione del cumulo alla rinfusa e segnatamente sulla legittimità della designazione da parte del consorzio stabile di una consorziata esecutrice totalmente priva di qualifica.

5. *L'orientamento 'formalistico' e le argomentazioni a suo preteso fondamento*. – Come già anticipato, chi scrive è consapevole del tralatizio orientamento giurisprudenziale – che qui per semplicità si definisce "formalistico" – formatosi nel solco della previgente normativa (art. 47, *ante* d.l. Sblocca cantieri) e ribadito anche di recente secondo cui "*il consorzio stabile è un soggetto giuridico autonomo, costituito in forma collettiva e con causa mutualistica, che opera in base a uno stabile rapporto organico con le imprese associate, il quale si può giovare, senza necessità di ricorrere all'avvalimento, dei requisiti di idoneità tecnica e finanziaria delle consorziate stesse, secondo il criterio del "cumulo alla rinfusa"*[9].

Tale qualificazione si pone in coerenza con l'evoluzione del con-

(9) Cons. St., 7 gennaio 2022, n. 48; Cons. St., 14 dicembre 2021, n. 8331; Cons. St., 14 dicembre 2021, n. 8316; Cons. St., 29 marzo 2021, n. 2588; Cons. St., 2 febbraio 2021, n. 964, Cons. St., 11 dicembre 2020, n. 7943; Cons. St., 13 ottobre 2020, n. 6165; Cons. St., 22 febbraio 2018, n. 1112; Cons. St., 22 gennaio 2015, n. 244; Cons. St., 4 marzo 2014, n. 1030; tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*.

sorzio con attività esterna che, ritenuti in passato meri centri di imputazione di rapporti giuridici, sono ora considerati, specialmente in seguito alla l. 10 maggio 1976, n. 377 (Modificazioni della disciplina del codice civile in tema di consorzi e di società consortili), "*entità giuridiche, autonome rispetto alle imprese consorziate, nonché portatrici di interessi e posizioni giuridiche soggettive, distinti da quelli delle imprese stesse*"(10).

Dette enunciazioni di principio, coerenti ai fini della qualificazione giuridica dei consorzi stabili, sembra vengano però più volte reiterate anche a giustificazione di un'applicazione indiscriminata del cumulo alla rinfusa senza tener conto delle incoerenze e contraddizioni che si rilevano sotto un profilo normativo nonché logico/sistemico, con non poche ricadute sotto un profilo pratico.

Tale orientamento formalistico, in concreto, induce a ritenere possibile che un consorzio stabile, stante la sua funzione pro-concorrenziale, partecipi ad una procedura di gara designando una esecutrice totalmente priva di qualificazione (categoria e classifica) giovandosi della sola qualifica del consorzio stabile, ottenuta con il cumulo alla rinfusa.

A supporto di siffatta conclusione, i fautori del citato orientamento richiamano costantemente i seguenti elementi e segnatamente che il consorzio stabile:

a) è un soggetto giuridico autonomo;

b) consegue uno scopo mutualistico;

c) opera in base a uno stabile rapporto organico con le imprese associate;

d) si può giovare senza avvalimento dei requisiti delle consorziate (cumulo alla rinfusa);

e che

e) ha una funzione pro-concorrenziale.

Sennonché pur considerando lo sforzo esplicativo che la giurisprudenza profonde nel tentativo di giustificare la deroga al principio di necessaria qualificazione dell'esecutore dei lavori pubblici, quelli sopra citati più che veri e propri argomenti, costituiscono una mera elencazione di caratteristiche dell'operatore economico-consorzio stabile che la giurisprudenza ha costantemente richiamato e adattato, di volta in volta e a prescindere dal loro mutamento, alle disposizioni normative che hanno disciplinato la partecipazione dei consorzi stabili alle procedure di gara nel corso degli anni (cfr. art. 36(11), d.lgs. n. 163 del 2006, e da ultimo art. 47 nelle differenti versioni del d.lgs. n. 50 del 2016).

---

(10) Cass., 16 dicembre 2013, n. 28015, in *Mass. Foro it.,* 2013, p. 942.

(11) Commento art. 36, d.lgs n. 163 del 2006, in *Codice degli appalti pubblici e*

Al riguardo va però sin da ora di rilevato che nessuna disposizione normativa citata, e men che meno quella attualmente vigente, ha mai effettivamente e letteralmente ammesso il cumulo alla rinfusa sino al punto di legittimare, per conto di un consorzio stabile, l'esecuzione dei lavori da parte di una struttura aziendale totalmente priva di qualificazione (categoria e classifica); e ciò perché sarebbe evidentemente in contrasto con il principio non derogabile di derivazione comunitaria e sancito all'art. 30[(12)], d. lgs n. 50 del 2016 secondo cui *"L'affidamento e l'esecuzione di appalti di opere, lavori, servizi, forniture e concessioni, ai sensi del presente codice garantisce la qualità delle prestazioni e si svolge nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza"*.

E la qualità delle prestazioni non può che coincidere con la capacità di ciascun operatore economico di saper eseguire i lavori oggetto del contratto, verificabile nel nostro ordinamento, tramite il sistema di qualificazione SOA.

L'orientamento formalistico, a tale ultima obiezione, replica che il concorrente alla gara che deve dimostrare i requisiti, è solo consorzio stabile e che in ogni caso, quest'ultimo risponde in via soli-

---

nuova direttiva ricorsi a cura di R.Garofoli E G.Ferrari, 2009, ed. III, richiamando la sentenza del Cons. St., 29 aprile 2003, n. 2183, in *www.giustizia-amministrativa.it*, viene precisato che i giudici di Palazzo Spada, nell'interpretare la norma allora vigente circa la previsione dell'obbligo di indicare per quali consorziati il consorzio concorre, senza prevedere anche la dimostrazione dei requisiti anche da parte della designata precisano che *"la norma va invece letta in combinazione con la richiamata disciplina che prevede la verifica dei requisiti de quibus in capo al consorzio, con la limitata possibilità di cumulo dei requisiti posseduti dalle singole consorziate, senza che all'uopo rilevi la partecipazione di tutte al momento esecutivo.*

Non risulta allora mutato, neanche nella legislazione dei lavori pubblici, il principio che dalla autonoma soggettività del consorzio, quale unico soggetto che partecipa alla procedura, trae il precipitato dalla necessità di verificare solo in capo ad esso, con la limitata possibilità di cumulo con le singole consorziate, il possesso dei requisiti speciali".

(12) Trattasi, si ricorda, dei principi generali, connotanti le procedure di aggiudicazione dei contratti pubblici, e la successiva esecuzione degli stessi, che in larga parte sono stati già individuati dalla giurisprudenza di riferimento, e che comunque discendono dalle consolidate regole europee, di cui il nuovo Codice costituisce ulteriore ed aggiornata attuazione. Tali principi *"impongono all'amministrazione procedente scelte procedimentali rispondenti a regole di aperta e piana logica concorrenziale e ad inverare in concreto il criterio di imparzialità e buon andamento dei pubblici uffici"* (Cons. St., 7 giugno 2016, n. 2426, in *www.giustizia-amministrativa.it*), ed altresì che, secondo la giurisprudenza europea espressasi sul punto (cfr. da ultimo Corte giust. UE, Grande Chambre, 24 maggio 2016, in causa n. 396 del 2014 in *www.curia.europa.eu* 2016, *"il principio di parità di trattamento tra gli offerenti, che ha lo scopo di favorire lo sviluppo di una concorrenza sana ed effettiva tra le imprese che partecipano ad un appalto pubblico, impone che tutti gli offerenti dispongano delle stesse opportunità nella formulazione dei termini delle loro offerte e implica quindi che queste siano soggette alle medesime condizioni per tutti i concorrenti)"*.

dale con la consorziata designata, nei confronti della stazione appaltante.

Per incidens si segnala sin da adesso, ma sul punto si tornerà, che non è aderente al vero che il concorrente è solo il consorzio stabile; al riguardo si rammenta che anche l'Adunanza plenaria n. 5 del 2021 ha espressamente affermato che *"9.1. Solo le consorziate designate per l'esecuzione dei lavori partecipano alla gara e concordano l'offerta, assumendo una responsabilità in solido con il consorzio stabile nei confronti della stazione appaltante (art. 47 comma 2 del codice dei contratti)"*. Pertanto, se le consorziate designate vengono qualificate come partecipanti alla gara, anch'esse sono concorrenti; e se (aggiudicatarie) esecutrici dei lavori, necessariamente, devono essere in possesso delle capacità tecnico-organizzative necessarie a far fronte agli impegni assunti.

Quelli sopra elencati dunque sono tutti e i soli elementi a supporto dell'orientamento formalistico che, in ultima analisi, e per quanto qui interessa, dovrebbero condurre (con un evidente salto logico) ad un'applicazione indiscriminata del cumulo alla rinfusa anche nel caso oggetto di indagine del presente studio.

Detti elementi appaiono tuttavia, più che argomenti di sostegno alla tesi dell'applicabilità ampia del cumulo alla rinfusa, enunciazioni dogmatiche e avulse dal contesto normativo e sistemico.

Ed invero, anche ammettendo che – per usare le parole della giurisprudenza – il consorzio *"potrà attingere dalle singole consorziate il personale, i mezzi e le attrezzature, ma anche, eventualmente, le risorse finanziarie, che, organizzate in maniera originale, consentiranno l'esecuzione diretta del contratto"*, tale conclusione non si concilia con il caso in cui il consorzio opti per l'esecuzione *non* con la propria comune struttura di impresa, bensì designi all'esecuzione la struttura aziendale della consorziata che non possiede alcuna qualificazione.

6. *L'orientamento 'sostanzialistico' e l'applicazione limitata e ragionevole del cumulo alla rinfusa.* – Proprio le criticità logico o sistematiche che vedremo, la vistosa deroga al principio di necessaria qualificazione della struttura imprenditoriale che esegue i lavori, nonché le difficolta anche di ordine pratico (come fa una struttura designata, priva di esperienza, ad affrontare per la prima volta lavori di tipologia mai eseguita prima?) che conseguono alla tesi formalistica e del cosiddetto cumulo alla rinfusa 'ad ampio raggio', sono alla base di un diverso indirizzo che trova sostegno, tra l'altro e come vedremo, anche nel §8 dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 5 dell'8 marzo 2021, nonché nella sentenza n. 831 del Consiglio di giustizia amministrativa.

Sono molteplici e di agevole esposizione gli argomenti di ca-

rattere normativo, sistematico e logico che inducono a ritenere irragionevole e incoerente l'applicazione indiscriminata del cumulo alla rinfusa, sino al paradosso di ammettere che un consorzio stabile designi una consorziata esecutrice totalmente priva di qualificazione (per categoria e classifica) nonché ammettere la partecipazione contestuale alla medesima gara del consorzio stabile e della consorziata non esecutrice della cui unica SOA si è servito anche il consorzio stabile per qualificarsi (attraverso il cumulo alla rinfusa).

A tal fine è necessario analizzare la questione sulla base dei criteri comunemente impiegati nell'ermeneutica giuridica:

– quello letterale;

e

– quello logico-sistematico.

6.1. *Esame letterale dell'art. 47, d.lgs n. 50 del 2016 e relative considerazioni.* – Punto di partenza dell'indagine non può che essere la disposizione interessata, e segnatamente l'art. 47, d.lgs. n. 50 del 2016, commi 1 e 2, secondo cui:

"1. I requisiti di idoneità tecnica e finanziaria per l'ammissione alle procedure di affidamento dei soggetti di cui all'articolo 45, comma 2, lett. b e c, devono essere posseduti e comprovati dagli stessi con le modalità previste dal presente codice, salvo che per quelli relativi alla disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d'opera, nonché all'organico medio annuo, che sono computati cumulativamente in capo al consorzio ancorché posseduti dalle singole imprese consorziate.

2. I consorzi stabili di cui agli articoli 45, comma 2, lett. c, e 46, comma 1, lett. f *eseguono le prestazioni o con la propria struttura o tramite i consorziati indicati in sede di gara senza che ciò costituisca subappalto, ferma la responsabilità solidale degli stessi nei confronti della stazione appaltante. Per i lavori, ai fini della qualificazione di cui all'articolo 84, con il regolamento di cui all'articolo 216, comma 27-octies sono stabiliti i criteri per l'imputazione delle prestazioni eseguite al consorzio o ai singoli consorziati che eseguono le prestazioni. L'affidamento delle prestazioni da parte dei soggetti di cui all'art. 45, comma 2, lett. b, ai propri consorziati non costituisce subappalto".*

La disposizione normativa citata è chiara per quanto espressamente disciplina; infatti la previsione di cui all'art. 47, comma 1, citato stabilisce che i requisiti di idoneità tecnica e finanziaria devono essere posseduti dai consorzi stabili e dimostrati secondo le regole del codice, e quindi con il sistema della qualificazione SOA, con la sola eccezione eventualmente dei requisiti relativi alla disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d'opera e dell'organico medio annuo che sono computati in capo al consorzio ancorché posseduti dalle singole imprese consorziate.

È sancita letteralmente la regola secondo cui il consorzio deve qualificarsi in proprio, mentre può fare ricorso alla qualificazione delle consorziate (quindi cumulo alla rinfusa) solo con riferimento agli specifici requisiti indicati dalla disposizione, ossia disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d'opera e organico medio annuo.

Pertanto, il cumulo alla rinfusa è ammesso ai fini della qualificazione *in proprio* del consorzio stabile, ma è limitato solo alla disponibilità delle attrezzature, mezzi d'opera e organico medio annuo.

Il comma 2 disciplina poi l'ipotesi dell'esecuzione dei lavori prevedendo che il consorzio:

– o dichiara di eseguire le prestazioni con la propria struttura (utilizzando quindi la propria SOA ottenuta attraverso il "cumulo" delle qualificazioni delle singole consorziate *non* designate come esecutrici, sempre e solo limitatamente alla sola disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d'opera e organico medio annuo);

– oppure dichiara di partecipare per conto di una consorziata designata come esecutrice.

La norma nulla "dice" in ordine alle modalità di qualificazione e di comprova dei requisiti, quando il consorzio designa una consorziata esecutrice.

Non è presente alcun elemento per poter affermare che in tale caso il cumulo alla rinfusa consenta di giustificare la designazione di una consorziata esecutrice totalmente priva di qualifica.

Tale tesi non risulta supportata da alcun elemento normativo, giuridico, sistemico, logico e pratico. Il silenzio della norma non può essere integrato da deduzioni che non trovano alcun supporto di diritto positivo: la norma non ammette, neanche implicitamente, che ove il consorzio individui una azienda esecutrice questa possa essere totalmente priva di qualificazione (per categoria e classifica). Tale conclusione sarebbe ingiustificata in quanto si tratterebbe di un'incomprensibile deroga al principio di corrispondenza tra qualificazione ed esecuzione.

Si tratta di un esito interpretativo che avrebbe richiesto quantomeno l'introduzione di un'espressa previsione in tal senso (che ad oggi manca), sancendo espressamente che la consorziata esecutrice possa integralmente ritrarre i requisiti di partecipazione dalla comune struttura di imprese pur essendo priva di qualifica.

Nessuna disposizione lo prevede e/o ammette espressamente: al contrario la disposizione pone una netta alternativa tra esecuzione da parte del consorzio con la propria struttura di impresa o con la struttura imprenditoriale della consorziata designata.

Né tanto meno può ritenersi utile, come spesso avviene, rispolverare la tesi per cui la disposizione transitoria di cui al comma 2 dell'art. 47, consentirebbe l'ultrattività delle precedenti previsioni

che, quindi, ammetterebbero l'applicazione indiscriminata del principio del cumulo alla rinfusa nei termini qui in esame.

Più nel dettaglio, i fautori dell'orientamento formalistico tentano, non senza forzature, di interpretare in tal senso il secondo periodo del comma 2 dell'art. 47 nella parte in cui prevede che "*Per i lavori, ai fini della qualificazione di cui all'articolo 84, con il regolamento di cui all'articolo 216, comma 27-octies sono stabiliti i criteri per l'imputazione delle prestazioni eseguite al consorzio o ai singoli consorziati che eseguono le prestazioni*".

Non è arduo rilevare, dal semplice tenore testuale della norma, come tale disposizione non contenga affatto un rinvio all'emanando regolamento (di cui all'art. 216, comma 27 *octies*) affinché questo disciplini le modalità di qualificazione in gara del consorzio e/o consorziata, tale da poter considerare – tramite un'acrobazia interpretativa, in attesa del detto regolamento – ancora vigente quanto previsto dall'art. 36, comma 7, d.lgs. n. 163 del 2006 (ormai abrogato)[13].

In realtà il secondo periodo del comma 2 dell'art. 47, ha ad oggetto, letteralmente, le modalità di conseguimento della maggiore qualifica, una volta eseguiti i lavori, da parte del consorzio e della consorziata. Sul punto la disposizione è chiara laddove si riferisce alla necessità di determinare i criteri di imputazione dei lavori ai fini della qualifica; cioè, è necessario regolamentare i criteri di imputazione dei lavori eseguiti per il conseguimento della qualifica, *post* esecuzione lavori.

Del resto, sarebbe quanto meno singolare ritenere ancora oggi applicabile, una disciplina contenutisticamente diversa dalla precedente (basti confrontare gli interventi legislativi che hanno modificato le norme in materia di consorzi stabili e da ultimo il d.l. Sblocca cantieri) applicabile ad un contesto normativo mutato. Si tratta, dunque, di una disposizione transitoria che non ha nulla a che vedere con la fase di gara e con la partecipazione (e conseguente qualificazione) dei consorzi stabili; essa, al contrario, attiene alle modalità di ottenimento e incremento della qualificazione del consorzio e consorziate dopo l'esecuzione dei lavori.

---

(13) Al riguardo l'ANAC (Comunicato 8 giugno 2016, punto 3, in *www.ANAC.it*), con riferimento all'art. 47 pre-Sblocca cantieri, in merito alle modalità di qualificazione dei consorzi fino all'adozione delle linee guida previste dall'art. 83, comma 2, d.lgs n. 50 del 2016, affermava che: «*I requisiti per la partecipazione dei consorzi alle gare sono individuati, in linea generale, dall'art. 47 del Codice. Inoltre, l'art. 216, comma 14, prevede che fino all'adozione delle linee guida previste dall'art. 83, comma 2, del Codice (che attengono anche ai requisiti e alle capacità che devono essere posseduti dai consorzi) si applica la parte II, titolo III, del d.P.R. n. 207 del 2010. Tra queste disposizioni sono ricomprese anche quelle che disciplinano la qualificazione dei consorzi ed, in particolare, l'art. 81 che, attraverso un rinvio recettizio, dispone che la qualificazione dei consorzi stabili avviene secondo le disposizioni dell'art. 36, comma 7 del Codice*».

6.2. *Esame logico-sistematico della norma e relative considerazioni.* – Sul piano logico e sistematico, poi, proprio la ripetuta la finalità pro-concorrenziale[14] cui sarebbe preordinato l'istituto del consorzio stabile (unitamente ad altri istituti quali RTI e avvalimento) non consente di superare il dato normativo.

Al contrario, è la stessa finalità pro-concorrenziale che risulterebbe 'distorta' accedendo alla tesi formalistica.

A tal riguardo, come è noto, e comunemente affermato, la *ratio* del cumulo alla rinfusa sarebbe quella di favorire l'ingresso di piccole imprese, non sufficientemente qualificate, nel mondo degli appalti pubblici e delle commesse di rilevanti dimensioni.

Secondo tale originaria impostazione, sul consorzio stabile sono sommate le singole qualificazioni delle piccole imprese interessate alla partecipazione ed esecuzione di commesse pubbliche che, singolarmente, non soddisferebbero i requisiti richiesti, quando ad esempio avendo la categoria SOA non dispongono della classifica necessaria, oppure non dispongono di linee di credito necessarie per il rilascio delle garanzie fideiussorie.

In assenza di espresse deroghe, tale *ratio* agevolativa non può spingersi, però, sino ad uno stravolgimento dei principi cardine normativamente sanciti all'art. 30 (cioè di corrispondenza tra qualificazioni ed esecutori) posto che diversamente opinando, non solo l'agevolazione per le piccole imprese si tradurrebbe in una discriminazione per tutte le altre imprese (anche medio-piccole) che hanno maturato negli anni le qualificazioni, ma anche perché detta corrispondenza esecutore-qualificazione è imprescindibile per garantire la qualità ed efficienza delle attività eseguite a favore della collettività.

Ne discende che qualsiasi esecuzione di un'opera pubblica, secondo tutte le modalità previste, richiede sempre, da chi materialmente esegue l'opera, quanto meno l'idoneità per poter procedere in tal senso e, quindi, la qualificazione; e, per quanto riguarda le attestazioni SOA, quantomeno la determinata categoria (ancorché non per sufficiente classifica di importo).

Mai, si ribadisce, risulta espressamente sancito che un operatore economico esecutore, e quindi anche la consorziata esecutri-

(14) La finalità pro-concorrenziale, prima della modifica dello sblocca-cantieri, era chiaramente evincibile nell'art. 47, comma 2, d.lgs. 50 del 2016 che consentiva ai consorzi stabili "*al fine della qualificazione... di utilizzare sia i requisiti di qualificazione maturati in proprio, sia quelli posseduti dalle singole imprese consorziate designate per l'esecuzione delle prestazioni, sia, mediante avvalimento, quelli delle singole imprese consorziate non designate per l'esecuzione del contratto*" (cfr. TAR Milano, 25 marzo 2011, n. 809; Cons. St., 25 settembre 2019, n. 6433, in *www.giustizia-amministrativa.it*).

ce, possa essere totalmente privo di qualificazione relativa alla categoria dei lavori da eseguire.

Ancora più convincenti sono gli ulteriori argomenti logico-sistemici che si rinvengono nell'ordinamento.

L'esame del contesto normativo in cui si "muove" la norma rifiuta un'interpretazione simile e, infatti, è lo stesso sistema che autonomamente respinge l'applicazione indiscriminata del cumulo alla rinfusa, tale da consentire la designazione di una consorziata esecutrice totalmente priva di qualificazione nella categoria dei lavori di appalto.

Si pensi al contenuto dell'art. 48, d.lgs. n. 50 del 2016 nella parte in cui prevede espressamente, anche per i consorzi stabili, l'applicazione delle disposizioni in tema di RTI di sostituzione dell'esecutore (in sostanza le deroghe al principio di immodificabilità soggettiva) al ricorrere di alcune ipotesi.

Più nel dettaglio l'art. 48 citato prevede che:

"17. Salvo quanto previsto dall'articolo 110, comma 6, in caso di liquidazione giudiziale, liquidazione coatta amministrativa, amministrazione straordinaria, concordato preventivo o di liquidazione del mandatario ovvero, qualora si tratti di imprenditore individuale, in caso di morte, interdizione, inabilitazione o liquidazione giudiziale del medesimo ovvero in caso di perdita, in corso di esecuzione, dei requisiti di cui all'articolo 80, ovvero nei casi previsti dalla normativa antimafia, la stazione appaltante può proseguire il rapporto di appalto con altro operatore economico che sia costituito mandatario nei modi previsti dal presente codice purché abbia i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire; non sussistendo tali condizioni la stazione appaltante deve recedere dal contratto.

18. Salvo quanto previsto dall'articolo 110, comma 6, in caso di liquidazione giudiziale, liquidazione coatta amministrativa, amministrazione straordinaria, concordato preventivo o di liquidazione di uno dei mandanti ovvero, qualora si tratti di imprenditore individuale, in caso di morte, interdizione, inabilitazione o liquidazione giudiziale del medesimo ovvero in caso di perdita, in corso di esecuzione, dei requisiti di cui all'articolo 80, ovvero nei casi previsti dalla normativa antimafia, il mandatario, ove non indichi altro operatore economico subentrante che sia in possesso dei prescritti requisiti di idoneità, è tenuto alla esecuzione, direttamente o a mezzo degli altri mandanti, purché questi abbiano i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire .

19. È ammesso il recesso di una o più imprese raggruppate, anche qualora il raggruppamento si riduca ad un unico soggetto, esclusivamente per esigenze organizzative del raggruppamento e sempre che le imprese rimanenti abbiano i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire. In ogni caso la modi-

fica soggettiva di cui al primo periodo non è ammessa se finalizzata ad eludere la mancanza di un requisito di partecipazione alla gara.

19 bis. Le previsioni di cui ai commi 17, 18 e 19 trovano applicazione anche con riferimento ai soggetti di cui all'art. 45, comma 2, lett. b, c *e* e*".*

Come si evince, il legislatore, con il comma 19 *bis* innanzi riportato, ha intenzionalmente previsto l'applicazione delle disposizioni dettate in tema di modifica del RTI anche per i consorzi stabili, nelle ipotesi in cui chi esegue materialmente i lavori, poniamo il caso la consorziata esecutrice [(15)], venga colpita da una delle cause indicate nelle disposizioni in commento.

In tali casi il legislatore consente anche al consorzio stabile di poter sostituire l'eventuale consorziata purché la sostituta (quindi una nuova consorziata) possieda i requisiti di qualificazione (*"purché questi abbiano i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire")*.

Non è revocabile in dubbio come la norma richieda espressamente la dimostrazione del possesso dei requisiti di qualificazione da parte di chi esegue i lavori, e ciò anche nei casi del consorzio stabile, come sancito dalla disposizione in esame che riguarda l'ipotesi della sostituzione della consorziata esecutrice.

Diversamente, tale disposizione e l'estensione di tali principi al consorzio stabile non avrebbe avuto ragione d'essere: accedendo alla tesi dell'irrilevanza della (assenza assoluta) qualificazione della consorziata esecutrice indicata dal consorzio stabile, la sostituzione della consorziata esecutrice potrebbe avvenire con qualunque altra consorziata (in applicazione indiscriminata del cumulo alla rinfusa).

Ed ancora, nel sistema degli appalti pubblici di derivazione comunitaria, seppur è consentito l'utilizzo dei requisiti di qualificazione altrui per l'esecuzione delle opere pubbliche, tuttavia, è sempre richiesto che chi esegue l'opera abbia concretamente (e dimostri di avere) le capacità, anche messe a disposizione da terzi, per eseguire i lavori.

È il caso dell'avvalimento, per il quale è richiesta la concreta messa a disposizione da parte dell'ausiliaria all'ausiliato della struttura aziendale e/o di quanto necessario per eseguire le opere[(16)].

---

(15) La consorziata esecutrice è assimilata alla mandante del RTI, (cfr. Cons. giust. Sic., 4 ottobre 2021 n. 831, in *www.giustizia-amministratia.it)*

(16) TAR Veneto, 28 giugno 2021, n. 858; Cons. St., 4 gennaio 2021, n. 68; Cons. St., 9 marzo 2020, n. 1704; Cons. St., 19 luglio 2018, n. 4396; Cons. St., 14 febbraio 2018, n. 953, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*: *"nell'avvalimento operativo è imposto alle parti di indicare nel contratto i mezzi aziendali messi a disposizione dell'ausiliata per eseguire l'appalto* (...). *Con particolare riguardo, poi, all'avvalimento operativo che ha ad oggetto il prestito di personale, la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato richiede la disponibilità effettiva del personale dell'ausiliaria, onde evitare avvalimenti meramente astratti o cartolari, vale a dire potenzialmente ingannevoli"*.

Solo nel caso del consorzio stabile invece vi sarebbe una deroga, peraltro ingiustificata, ad uno dei principi cardine che governano la materia dell'appalto, ossia la garanzia della qualità e capacità di esecuzione dell'opera da parte di chi esegue i lavori: solo nel consorzio stabile il cumulo giustificherebbe l'esecuzione da parte della struttura aziendale della consorziata esecutrice, ancorché priva delle relative capacità.

Si assisterebbe così ad un astratto automatismo tra partecipazione al consorzio stabile e utilizzo in gara dei requisiti di tutti i soggetti consorziati, sganciato da qualsivoglia controllo e verifica effettiva sulle capacità di esecuzione dei lavori anche da parte di imprese.

Si potrebbe legittimare così l'ipotesi estrema – peraltro spesso riscontrabile – di imprese specializzate ad esempio in esecuzione e restauro di beni culturali, designate quali esecutori di lavori di manutenzione e segnaletica stradale**.**

L'esempio riportato è tale da far agevolmente comprendere lo stravolgimento della originaria funzione pro-concorrenziale del consorzio, atteso che sarebbe irragionevole – e, semmai, anticoncorrenziale – reputare parimenti qualificate strutture aziendali del tutto diverse; quale logica concorrenziale consentirebbe di mettere sullo stesso piano un'impresa attiva nella ristrutturazione di immobili che dovrebbe eseguire lavori di segnaletica stradale ad un'azienda operante nello specifico settore di gara?

Tali argomenti di carattere logico-sistematico inducono a formulare quesiti ai quali ancora nessun giudice ha fornito risposta:

"può ammettersi che operatore economico specializzato, addirittura ad es. in servizi di smaltimento rifiuti e/o servizi di pulizia partecipi ad un consorzio stabile e sia designato anche quale esecutore dei lavori di qualsivoglia entità e complessità – persino, perché no, un ponte autostradale! – pur non avendo alcuna esperienza, alcuna qualifica al riguardo (o, come nella specie, alcun personale), e ciò solo in virtù dell'utilizzo delle SOA del consorzio stabile (che quest'ultimo, a sua volta) mutua dalle singole consorziate?"

Interrogativi di tal fatta, che svelano l'intrinseca irragionevolezza dell'istituto in questione per come indiscriminatamente applicato, non hanno mai ricevuto risposta nella pur copiosa giurisprudenza.

Ciò perché una eventuale risposta affermativa – in coerenza con detta applicazione indiscriminata del cumulo – condurrebbe a conseguenze paradossali e 'distruttive' dell'intero sistema di qualificazione.

Si tratta di interrogativi che, nella loro semplicità, fanno crollare tutte le giustificazioni teoriche all'applicazione indiscriminata dell'istituto in questione.

Cosa dovrebbe spingere un'impresa a maturare/richiedere qualificazioni per lavori e classifiche progressivamente superiori, o richie-

dere una qualificazione SOA *tout court,* quando le basterebbe, per eseguire dei lavori, associarsi ad un consorzio stabile in cui è presente anche una sola impresa che già possiede detta qualificazione.

6.3. *Sul regime di responsabilità solidale del consorzio e consorziata esecutrice.* – I suddetti – decisivi – interrogativi sono sistematicamente elusi, tanto nella giurisprudenza quanto nella dottrina; il più delle volte ci si limita sbrigativamente e semplicisticamente ad affermare che l'applicazione del cumulo alla rinfusa che favorisce la designazione di una consorziata esecutrice non qualificata non inciderebbe sulla garanzia di capacità e qualità delle attività, in virtù della prevista responsabilità solidale assunta dal consorzio con la consorziata designata, nei confronti della stazione appaltante.

Esemplificando; non importa se la consorziata, specializzata in servizi di smaltimento rifiuti e/o pulizie non qualificata nella categoria dell'appalto di lavori, sia designata per la costruzione di un cavalcavia, in quanto comunque è previsto un regime di responsabilità solidale del consorzio e consorziata nei confronti della Stazione appaltante.

Ebbene tale reiterata (pseudo)giustificazione (unitamente al generico richiamo alla funzione pro- concorrenziale) non può che ritenersi del tutto infondata e priva di qualsivoglia senso logico e giuridico, per non dire fattuale, tale da far assurgere la responsabilità solidale ad elemento escludente il rispetto del principio di corrispondenza tra qualificazione ed esecuzione.

Il regime della responsabilità, infatti, non ha nulla a che vedere con il sistema della qualificazione e della verifica della garanzia e qualità dell'operatore economico che esegue lavori pubblici. Si tratta di profili che attengono ad aspetti distinti e separati:

- il regime di responsabilità e la relativa imputabilità attengono ad una scelta del legislatore – che risponde dunque a logiche di politica legislativa, anche di carattere economico – che, sovente, discende dal livello e dalla intensità del concreto ed effettivo coinvolgimento di un soggetto di diritto nell'ambito di una certa vicenda[17];

- il sistema di qualificazione, tipico dell'ordinamento italiano nell'ambito degli appalti pubblici di lavori, costituisce, invece, la modalità di "certificazione" dell'idoneità di un soggetto ad eseguire lavori pubblici, la cui fase di gara è solo servente, e la cui verifica in capo a quest'ultimo è inderogabile.

Nell' ordinamento giuridico degli appalti la responsabilità solidale è contemplata in molteplici istituti (peraltro aventi simile *ra-*

(17) Si pensi, ad esempio alle forme di responsabilità oggettiva o per fatto altrui, come a quella della responsabilità di padroni o committenti.

tio al consorzio stabile e cumulo alla rinfusa) ma mai in nessun caso si prescinde dalla effettiva verifica e idoneità (qualificazione) del soggetto ad eseguire le opere, e segnatamente:

- nel RTI, raggruppamenti temporanei di impresa, è previsto un regime di responsabilità solidale tra le componenti del raggruppamento, ma senza derogare al principio della qualificazione. In concreto ciascuna componente del RTI deve dimostrare la propria qualificazione con riferimento alla prestazione che dovrà eseguire;

- nelle ipotesi di avvalimento, nel quale è previsto il regime di responsabilità solidale tra ausiliario e ausiliato, il concorrente acquisisce la qualificazione per partecipare alla gara attraverso l'ausilio, appunto, dell'ausiliario, il quale concretamente, come richiesto dalla giurisprudenza e dalla legge, deve dimostrare di mettere a disposizione dell'ausiliato quanto necessario per eseguire le attività oggetto di appalto. In concreto si richiede che il concorrente tramite l'avvalimento dimostri di avere a disposizione addirittura la struttura aziendale oggetto di qualificazione dell'ausiliario. Il tutto sempre nell'ottica della garanzia della qualità dei lavori.

- Anche nel subappalto[18], di recente, con la modifica al comma 8° dell'art. 105, d.lgs. n. 50 del 2016, vige il regime di responsabilità solidale tra appaltatore e subappaltatore nei confronti della stazione appaltante[19]; anche in questo caso è comunque richiesta la qualificazione del subappaltatore per la sua quota di lavori, addirittura con la previsione di conseguenze di rilevanza penale, ove i lavori fossero eseguiti in assenza di qualificazione, equivalendo l'assenza della stessa a mancata autorizzazione.

Si osservi che l'istituto del subappalto non opera nella fase di partecipazione alla gara (a differenza degli istituti innanzi citati) bensì in quella di esecuzione dei lavori; ma ciò rende ancor più singolare un sistema in cui il possesso di una qualificazione sia richiesta al subappaltatore – che non è partecipante alla gara e non era sino al 2021 responsabile nei confronti della committente – e altrettanto non sia richiesto alla consorziata designata come esecutrice di un consorzio stabile che, invece, è a tutti gli effetti partecipante alla gara!

E sul punto, come già anticipato, non sussistono dubbi; la giurisprudenza è chiara (da ultimo l'Adunanza plenaria n. 5 del 2021)

---

(18) Sulle recenti modifiche intervenute in tema di subappalto, P. Carbone, *Le modifiche alla disciplina del subappalto apportate con il d.l. 31 maggio 2021, n. 77, convertito con modificazioni nella legge 29 luglio 2021, n. 108,* in questa *Rivista*, I, 2022.

(19) Solo nell'ipotesi residuale della cooptazione non vige il regime di responsabilità solidale tra cooptata e cooptante, ma ciononostante è richiesta alla cooptata l'effettiva qualifica in relazione ai lavori da eseguire.

nel ritenere che le consorziate partecipano alla gara *"9.1. Solo le consorziate designate per l'esecuzione dei lavori partecipano alla gara e concordano l'offerta, assumendo una responsabilità in solido con il consorzio stabile nei confronti della stazione appaltante (art. 47 comma 2 del codice dei contratti)."*.

A tal riguardo, a chiare lettere, l'Adunanza plenaria ha sancito che ove il consorzio individui una consorziata esecutrice, anch'essa – a dispetto di quanto più volte affermato contraddittoriamente dai fautori dell'orientamento formalistico – partecipa alla gara.

La nozione di partecipazione alla gara, allora, in qualsiasi ambito e in relazione a qualsiasi istituto applicabile (RTI, avvalimento etc..) prevede sempre la dimostrazione e verifica della qualificazione di chi esegue concretamente le attività (mandante, ausiliato, subappaltatore, cooptato). E tale principio, pur in considerazione delle finalità pro-concorrenziali cui sono ispirati anche gli altri istituti citati, non si comprende perché possa derogarsi in caso di partecipazione del consorzio stabile ad una gara laddove venga individuata una consorziata esecutrice.

Non vi è chi non veda, dunque, come il regime della responsabilità solidale del consorzio stabile e consorziata esecutrice, non può contribuire a spiegare l'ingiustificata e irragionevole deroga al principio di corrispondenza tra qualificazione ed esecuzione dei lavori con un'applicazione indiscriminata del cumulo alla rinfusa che rende oggi il consorzio stabile una scatola piena di certificazioni SOA, mai di fatto operativo, utile al solo fine di acquisire ulteriori requisiti, accrescendo virtualmente le qualificazione, da riutilizzare sempre virtualmente per una moltitudine di gare tutte di diverso genere. Con buona pace della finalità pro-concorrenziali.

7. *La partecipazione autonoma della consorziata non esecutrice.* – Sempre sotto il profilo logico sistematico, ultimo cenno merita anche la previsione secondo la quale la consorziata non esecutrice potrebbe partecipare alla medesima gara alla quale partecipa il consorzio stabile, in ragione dell'art. 48 comma 7 secondo cui *"I consorzi di cui all'articolo 45, comma 2, lettere b) e c), sono tenuti ad indicare, in sede di offerta, per quali consorziati il consorzio concorre; qualora il consorziato designato sia, a sua volta, un consorzio di cui all'articolo 45, comma 2, lettera b), è tenuto anch'esso a indicare, in sede di offerta, i consorziati per i quali concorre; a questi ultimi è fatto divieto di partecipare, in qualsiasi altra forma, alla medesima gara; in caso di violazione sono esclusi dalla gara sia il consorzio sia il consorziato; in caso di inosservanza di tale divieto si applica l'articolo 353 del codice penale."*

Si osserva preliminarmente che la disposizione citata, ancora una volta, non consente affatto di affermare che le consorziate non

designate esecutrici possano sempre e comunque partecipare alla medesima gara alla quale partecipa il consorzio[20].

La norma infatti *ammette* tale possibilità all'esito di un percorso storico[21] che muove dalla natura giuridica dei consorzi stabili ed è giunta ad affermare il divieto di esclusione automatica. Tale *excursus* è stato condensato ai §§ 7.2. e 7.3 dell'Ad. plen. n. 5 del 2021.

I consorzi stabili a mente dell'art. 45, comma 2, lett. *c,* d.lgs. n. 50 del 2016, sono costituiti *"tra imprenditori individuali, anche artigiani, società commerciali, società cooperative di produzione e lavoro"* che *"abbiano stabilito di operare in modo congiunto nel settore dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture per un periodo di tempo non inferiore a cinque anni, istituendo a tal fine una comune struttura di impresa"*.

Il riferimento aggiuntivo e qualificante alla *"comune struttura di impresa"* comporta che partecipanti consorziati danno infatti vita ad una stabile struttura di impresa collettiva, la quale, oltre a presentare una propria soggettività giuridica con autonomia anche patrimoniale, rimane distinta e autonoma rispetto alle aziende dei singoli imprenditori ed è strutturata, quale azienda consortile, per eseguire, anche in proprio (ossia senza l'ausilio necessario delle strutture imprenditoriali delle consorziate), le prestazioni affidate a mezzo del contratto.

"7.3. Proprio sulla base di questa impostazione" ricorda l'Adunanza plenaria *"che la Corte di Giustizia UE (C-376/08, 23 dicembre 2009) è giunta ad ammettere la contemporanea partecipazione alla medesima gara del consorzio stabile e della consorziata, ove quest'ultima non sia stata designata per l'esecuzione del contratto e non abbia pertanto concordato la presentazione dell'offerta (ex multis, cons. st., Sez. III, 4 febbraio 2019, n. 865)"*.

Ma tale assetto – che dunque ammette che consorzio e consorziata non designata partecipino entrambe alla gara – postula evi-

---

(20) A tal riguardo: Capuzza, *Il consorzio stabile di imprese: la vexata quaestio della partecipazione alla medesima gara di una società consorziata non indicata come esecutrice dei lavori,* in questa *Rivista,* 2007, II, p. 367.

(21) Corte giust. UE, 23 dicembre 2009, n. C-376/08, in *Arch. giur. oo.pp.,* 2010, p. 217, Sul divieto di partecipazione allo stesso appalto, in modo concorrente, di un consorzio stabile e di una società facente parte dello stesso *"Il diritto comunitario dev'essere interpretato nel senso che esso osta a una normativa nazionale, come quella di cui trattasi nella causa principale, che dispone, in occasione della procedura di assegnazione di un appalto pubblico il cui importo non raggiunge la soglia di cui all'art. 7, n. 1, lett. c, Direttiva 2004/18/CE, ma che riveste un interesse transfrontaliero certo, l'esclusione automatica dalla partecipazione a detta procedura e l'irrogazione di sanzioni penali sia del consorzio stabile quanto delle imprese che ne sono membri, quando queste ultime hanno presentato offerte concorrenti a quella di detto consorzio nell'ambito dello stesso procedimento, anche qualora l'offerta di detto consorzio non sia stata presentata per conto e nell'interesse di tali imprese"*.

dentemente che all'interno del consorzio non vi sia un'unica struttura imprenditoriale in possesso dei requisiti di partecipazione ma almeno due distinte strutture imprenditoriali (quella comune e quella, autonoma e distinta, della consorziata).

Così spesso non avviene; si consente che con un'unica SOA (ad esempio la OS16) di una consorziata (x), il Consorzio (C) possa ottenere la medesima qualificazione (cumulo alla rinfusa) e partecipare alle gare – contestualmente alla consorziata (x) dalla quale il consorzio ha ritratto l'unica SOA – designando una consorziata esecutrice (y) priva della specifica qualifica.

Ad avallare lo schema partecipativo in virtù del quale con la stessa SOA si consente la qualificazione a tre distinte strutture imprenditoriali:

i) quella dell'originario titolare, consorziata x, partecipante autonoma;

ii) quella propria del consorzio stabile, consorzio (C), altro partecipante autonomo;

iii) e, infine, quella della consorziata esecutrice non qualificata, consorziata (y);

si darebbe ingresso ancora una volta ad una elusione dei principi cardine di cui all'art. 30 del codice degli appalti, il tutto in violazione di quegli elementari principi vigenti richiesti per altri istituti quali, ad esempio, l'avvalimento o sempre i RTI.

A tal riguardo è noto il principio secondo il quale l'ausiliario che mette a disposizione la propria SOA a favore di un concorrente non può partecipare alla medesima gara. Un componente di un RTI partecipante ad una gara non può partecipare alla gara in altra forma. Addirittura, è stata vigente sino al luglio 2021 la disposizione (cfr. art. 105, comma 4, lett. *a*, d.lgs. n 50 del 2016) che vietava l'affidamento in subappalto ad un operatore partecipante alla medesima procedura di gara.

Come potrebbe, dunque, non essere così nello specifico caso di consorzio stabile ('con unica qualificazione'), il quale a, maggior ragione, opera *"in base a uno stabile rapporto organico con le imprese associate"*.

Orbene anche solo per non vuotare semanticamente parole aventi un senso proprio, appare arduo ipotizzare che *"uno stabile rapporto organico"* con le imprese associate e/o addirittura, per usare le parole dell'Adunanza plenaria n. 5 del 2021, un *"rapporto duraturo ed improntato a stretta collaborazione tra le consorziate avente come fine una comune struttura di impresa",* non possa essere assimilato alle ipotesi invece di RTI e/o avvalimento nelle quali il rapporto tra i contraenti non è stabile né organico ma solo occasionale/temporaneo.

È chiaro che se il legislatore opportunamente ha ravvisato ri-

schi di alterazione della concorrenza nei casi in cui per definizione il rapporto risulti temporaneo (RTI e avvalimento), non si comprende come analogo rischio non si ravvisi nelle ipotesi in cui il rapporto risulti organico e stabile addirittura *"improntato a stretta collaborazione tra le consorziate avente come fine una comune struttura di impresa",* ipotesi nelle quali il rischio di alterazione delle offerte potrebbe risultare maggiore e costante, laddove la consorziata partecipi alla gara contestualmente al consorzio, la cui gestione amministrativa come è noto è spesso affidata ai rappresentanti delle consorziate.

Risulta quindi invertita la logica in virtù della quale non sarebbe concesso in caso di RTI e avvalimento (peraltro correttamente) la partecipazione contestuale alla gara (dei contraenti di RTI e avvalimento), pur in presenza di rapporti temporanei, mentre in costanza di uno stabile rapporto organico e di stretta collaborazione viene concesso al consorzio e alla consorziata non designata la contestuale partecipazione alla gara.

Ma anche ove, per ipotesi paradossale ma effettivamente ricorrente, si volesse ammettere, come è ammessa, la contestuale partecipazione nei termini anzidetti, la stessa dovrebbe trovare un limite, nel rispetto dei principi sanciti dal codice, laddove la partecipazione del consorzio derivi dalla qualificazione SOA dell'unica consorziata partecipante anch'essa alla gara. In concreto con un'unica SOA partecipano 2 concorrenti, peraltro facenti parte dello stesso consorzio. È evidente come le conclusioni alle quali si perviene sono paradossali e incompatibili con il sistema normativo di riferimento.

8. *Spunti giurisprudenziali.* – Esaminati i profili normativi, e logico sistematici, non resta che segnalare alcuni interventi e spunti giurisprudenziali che correttamente inseriti nel contesto normativo palesano i limiti dell'applicazione indiscriminata del cumulo alla rinfusa.

L'Adunanza plenaria n. 5 del 2021.

Per ordine di importanza si cita ancora una volta l'Adunanza plenaria n. 5 del 2021, ai §8-8-3., nella parte in cui non ha fatto altro che precisare l'applicazione (sul piano diacronico, vale a dire sino allo Sblocca Cantieri, e sul piano oggettivo, vale a dire solo in relazione ad alcune tipologie di requisiti) del principio di diritto enunciato e relativo ai rapporti tra consorzio e consorziata non esecutrice chiarendo, al contempo, i limiti del cosiddetto cumulo alla rinfusa.

L'Adunanza ha sancito che il rapporto che lega(va) la consorziata non esecutrice e il consorzio, per i requisiti "cumulati alla rinfusa", era invero quello di una forma di avvalimento attenuata; tale principio trovava applicazione indistinta a tutti i requisiti e, suc-

cessivamente allo Sblocca cantieri, solo con riferimento a quelli di organico, mezzi d'opera ed attrezzature.

Su tale ultimo punto la Plenaria e in tema di "cumulo alla rinfusa" ha sancito a chiare lettere che: "*La disposizione ha avuto vigore sino al 2019. L'art. 1, comma 20, lett. l, n. 1), d.l. 18 aprile 2019, n. 32, convertito, con modificazioni, dalla l. 14 giugno 2019, n. 55, ha eliminato tale regola* [n.d.a. ossia l'uso indiscriminato del cumulo alla rinfusa]*, ripristinando l'originaria e limitata perimetrazione del cosiddetto cumulo alla rinfusa ai soli aspetti relativi alla "disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d'opera, nonché all'organico medio annuo", i quali sono "computati cumulativamente in capo al consorzio ancorché posseduti dalle singole imprese consorziate". 8.3. Siffatto peculiare meccanismo (si ribadisce, esteso all'epoca dei fatti di causa anche ai requisiti di qualificazione, ma oggi limitato ad attrezzature, mezzi d'opera e organico medio annuo) ha radici nella natura del consorzio stabile e si giustifica in ragione: a) del patto consortile, comunque caratterizzato dalla causa mutualistica; b) del rapporto duraturo ed improntato a stretta collaborazione tra le consorziate avente come fine "una comune struttura di impresa"*.

L'inciso "*esteso all'epoca dei fatti di causa anche ai requisiti di qualificazione, ma oggi limitato ad attrezzature, mezzi d'opera e organico medio annuo*" è chiarissimo e dirime qualsivoglia dubbio; in concreto, mentre il meccanismo del cumulo alla rinfusa, prima del 2019, era esteso anche e forse integralmente a tutti requisiti di qualificazione (fermi i dubbi sopra sollevati), in ogni caso oggi risulterebbe limitato solo ad attrezzature, mezzi d'opera e organico medio annuo, e per gli effetti comporterebbe che "*il cumulo alla rinfusa*" non può ritenersi ancora avere una portata così estesa tale da renderlo applicabile indiscriminatamente anche nelle ipotesi in cui, sulla base del comma 2, dell'art. 47 citato, il consorzio decida di partecipare alla gara designando una consorziata priva di qualificazione.

Si ribadisce, infatti, che la norma prevede espressamente che i concorrenti devono qualificarsi secondo le modalità previste dal codice e al secondo comma attribuisce al consorzio l'alternativa di eseguire i lavori o con la propria struttura o con una consorziata designata. Ciò comporta ai fini della qualificazione che:

a) nel primo caso il consorzio potrà usufruire del "cumulo alla rinfusa" con i limiti indicati dalla disposizione (mezzi d'opera, organico, ecc.);

b) invece, ove opti per far eseguire i lavori ad una consorziata esecutrice questa dovrà essere qualificata secondo le previsioni del codice; in concreto dovrà autonomamente possedere qualificazione quanto meno per la categoria richiesta per i lavori per cui è stata designata e, tutto al più, potrà usufruire, ai fini della classifica della

qualificazione, del limitato cumulo alla rinfusa, ottenuto dal consorzio, solo per *attrezzature, mezzi d'opera e organico medio annuo*, ossia per quegli specifici elementi che – proprio nella funzione proconcorrenziale tanto invocata – possono permettere ad un'impresa consorziata, qualificata per classifiche inferiori a quelle richieste, di poter eseguire lavori per cui è richiesta una qualificazione maggiore e per cui autonomamente non avrebbe potuto partecipare.

In definitiva il principio espresso dall'Adunanza plenaria e sopra illustrato chiarisce come il consorzio stabile, anche in funzione proconcorrenziale, non possa sottrarsi al rispetto dei principi inderogabili *ex* art. 30, d.lgs. n. 50 del 2016, tra cui quello dell'efficienza e garanzia di esecuzione dei lavori affidati (dimostrabile con il sistema della qualificazione) nonché quello della corretta concorrenza.

Accedere ad una tesi diversa, non spiegherebbe l'esigenza della Plenaria di specificare più volte l'esistenza di un limite del cumulo alla rinfusa che si rinviene nella nuova disposizione.

A prescindere dalle enunciazioni tralatizie di forma, non si comprende, ancora, come il cumulo alla rinfusa si declini oggi rispetto al passato, né quali siano le verifiche di controllo. Scorrendo le ultime pronunce giurisprudenziali, che sempre pre-concettualmente si sono espresse al riguardo, non è dato comprendere come operi tale limite rispetto al passato. Se esiste un limite, evidentemente, deve esistere un discrimine per valutare l'operatività del cumulo alla rinfusa pre-Sblocca cantieri e post Sblocca cantieri.

Il Consiglio di giustizia amministrativa – sentenza n. 831 del 4 ottobre 2021.

Altri spunti giurisprudenziali interessanti, per non dire dirimenti, emergono dal supremo organo amministrativo siciliano (CGA), con la sentenza n. 831 del 4 ottobre del 2021. Seppur la fattispecie riguardava specificamente i requisiti di idoneità professionale (iscrizione albo gestori ambientali), alcuni passaggi della pronuncia, a parere di chi scrive, mettono in crisi l'applicazione indiscriminata del cumulo alla rinfusa e, in particolare, la possibilità di individuare, da parte del consorzio stabile, una consorziata totalmente priva di qualificazione (quindi inidonea e non capace) nella categoria oggetto dei lavori.

Il CGA – ricordando come ai sensi dell'art. 47, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016, i consorzi stabili devono comprovare i requisiti di idoneità tecnica e finanziaria "*con le modalità previste dal presente codice*", fatta salva la facoltà di computare cumulativamente in capo al consorzio ancorché posseduti dalle singole imprese consorziate quelli relativi alla disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d'opera, nonché all'organico medio annuo – precisa come la disposizione rechi una regola generale e una ipotesi derogatoria: "*Nel ca-*

so di specie viene in evidenza la regola generale, che demanda appunto l'attestazione del possesso dei requisiti al regime ordinariamente prescritto dal codice e di cui sopra si è illustrata la ratio, preordinata ad assicurare che il soggetto che realizzerà i lavori sia munito delle idonee abilitazioni e competenze: a ciò risponde l'ordinaria modalità di espletamento della gara e convergono altresì i regimi propri dei richiamati istituti volti ad ampliare la platea dei partecipanti alle gare pubbliche, che, come già detto, assicurano che il soggetto esecutore dei lavori sia adeguatamente titolato"

Ed ancora "*L'interesse sostanziale è infatti compiutamente assolto in presenza di un consorzio stabile che indica quale esecutrice una consorziata iscritta all'Albo a far tempo dalla partecipazione alla gara: la designazione della consorziata esecutrice è avvenuta in sede di gara e questa era già in possesso della qualificazione (ed è tenuta a mantenerla fino al termine dei lavori), sicché è assicurato all'Amministrazione che la prestazione contrattuale sia adempiuta da soggetto qualificato ed affidabile. La regola della riferibilità del requisito alla consorziata esecutrice risponde al principio generale in forza della quale chi esegue l'appalto deve possedere i requisiti di partecipazione, rispetto al quale la disciplina della gara (come illustrato sopra) è servente, tesa ad anticipare ad un momento anteriore la verifica di detti requisiti, sul presupposto che (almeno ordinariamente) chi presenta l'offerta coincide con colui che esegue le prestazioni contrattuali. Del resto, nel caso della fattispecie consortile nella quale riveste un ruolo preminente una determinata consorziata, la situazione della consorziata esecutrice presenta profili di analogia con la condizione del mandante in un raggruppamento di tipo verticale, in materia di lavori, laddove, come già illustrato, esso (e solo esso) è tenuto a possedere i requisiti necessari per svolgere le prestazioni scorporate.*

È peraltro lo stesso legislatore ad intestare la titolarità dei requisiti di partecipazione al soggetto che svolge le prestazioni contrattuali, laddove afferma che "è consentito, per le ragioni indicate ai successivi commi 17, 18 e 19 o per fatti o atti sopravvenuti, ai soggetti di cui all'articolo 45, comma 2, lettere b) e c), designare ai fini dell'esecuzione dei lavori o dei servizi, un'impresa consorziata diversa da quella indicata in sede di gara, a condizione che la modifica soggettiva non sia finalizzata ad eludere in tale sede la mancanza di un requisito di partecipazione in capo all'impresa consorziata" (art. 48, comma 7 *bis,* d.lgs. n. 50 dl 2016): *nell'indicare le opzioni di sostituzione dell'impresa consorziata esecutrice è riferito espressamente a quest'ultima il requisito di partecipazione, che è indicato essere "in capo all'impresa consorziata".*

Orbene gli estratti della sentenza riportata non fanno altro che confermare quanto già sostenuto nei paragrafi precedenti sulla base dell'interpretazione letterale e logico sistematica dell'art. 47 nell'ambito dell'attuale contesto normativo, e segnatamente:

1) l'inderogabilità della regola generale preordinata ad assicurare che il soggetto che realizzerà i lavori sia munito delle idonee abilitazioni e competenze, cui convergono altresì i regimi propri dei richiamati istituti (RTI, avvalimento e consorzio stabile) volti ad ampliare la platea dei partecipanti alle gare pubbliche, che, come già detto, devono sempre assicurare che il soggetto esecutore dei lavori sia adeguatamente titolato;

2) nelle ipotesi in cui il consorzio stabile individui una consorziata esecutrice, sussiste analogamente la regola della riferibilità del requisito alla consorziata esecutrice che risponde al principio generale in forza del quale chi esegue l'appalto deve possedere i requisiti di partecipazione, sul presupposto che chi presenta l'offerta (solitamente) coincide con colui che esegue le prestazioni contrattuali; ma ciò che rileva in sostanza è chi esegue l'appalto (a prescindere da chi presente l'offerta) deve essere adeguatamente titolato, e non il contrario;

3) nel caso della fattispecie consortile nella quale riveste un ruolo preminente una determinata consorziata, ossia quella designata, la situazione della consorziata esecutrice presenta profili di analogia con la condizione del mandante in un raggruppamento di tipo verticale, in materia di lavori, laddove, come già illustrato, esso (e solo esso) è tenuto a possedere i requisiti necessari per svolgere le prestazioni scorporate.

Non vi è chi non veda come i principi espressi dal CGA e l'assimilazione della consorziata esecutrice alla mandante del RTI, non possono che confermare come la consorziata esecutrice deve essere adeguatamente titolata (e quindi qualificata), quanto meno per categoria, per l'esecuzione dei lavori oggetto dell'appalto; residuando l'applicazione del cumulo alla rinfusa di cui al comma 1 dell'art. 47, d.lgs. n. 50 del 2016 alle sole seguenti ipotesi:

i) partecipazione ed esecuzione in proprio del consorzio stabile alle gare, con i limiti previsti;

ii) e/o in logica pro-concorrenziale e compatibilmente con gli altri principi del codice, allorquando la designata consorziata esecutrice comunque qualificata nella categoria dei lavori non abbia una classifica sufficiente che potrà essere integrata dal consorzio stabile con i mezzi d'opera, attrezzature e organico medio annuo mutuati cumulativamente dalle altre consorziate[22].

---

(22) Salvo ricorrano ipotesi relative a procedure di gara nel settore dei beni culturali. Come già anticipato nel testo della sentenza in commento del Cons. St., 17 marzo 2022, n. 1950 (in *www.giustizia-amministrativa.it*), solo nel settore dei beni culturali, l'art. 146, d.lgs n. 50 del 2016, richiede, ove il consorzio non esegua in proprio i lavori, la dimostrazione di una qualificazione "piena" per categoria e classifica da parte della consorziata designata, mentre nei settori diversi dai beni culturali, alla luce della tesi esposta, la designata deve possedere almeno la categoria ai fini della qualificazione, potendo usufruire, per la classifica (importo lavori), della qualificazione del consorzio ottenuta con il cumulo alla rinfusa

Diversamente ogni altra interpretazione contribuirà a dar vita a distorsioni applicative e pratiche ricorrenti.

9. *Conclusioni. Ricadute pratiche dell'applicazione indiscriminata del cumulo alla rinfusa.*– Tutte le considerazioni e criticità illustrate sin qui danno evidenza di quanto l'applicazione indiscriminata del cumulo alla rinfusa dia vita a incoerenze e irragionevolezze.

La massima espressione si raggiunge in tutte le ipotesi pratiche nelle quali a fronte, ad esempio, di un appalto avente ad oggetto i lavori di cui alla categoria SOA OS15 (*pulizia di acque marine, lacustri, fluviali*) il consorzio designi ad esempio una esecutrice specializzata in "*Restauro e manutenzione di beni immobili sottoposti a tutela e Costruzione di Edifici Civili*". Non si comprende in che termini, permettendo ad una società specializzata nel restauro di immobili la partecipazione ad una gara per pulizia di acque marine, si conseguirebbe una finalità pro-concorrenziale dell'istituto del consorzio stabile, grazie all'uso indiscriminato del cumulo alla rinfusa;

Detta aporia può condensarsi nel più importante quesito mai riscontrato:

– può ammettersi che operatore economico specializzato, ad esempio, in ristrutturazioni e restauro di immobili e/o addirittura in servizi di smaltimento rifiuti e/o lavori, partecipi ad un consorzio stabile e sia designato *anche* quale esecutore dei lavori di qualsivoglia entità e complessità – persino, perché no, un ponte autostradale! – pur non avendo alcuna esperienza, alcuna qualifica al riguardo (o, come nella specie, alcun personale), e ciò solo in virtù dell'utilizzo delle SOA del consorzio stabile (che quest'ultimo, a sua volta) mutua dalle singole consorziate;

– anche ad ammettere che ciò sia possibile, si può ritenere legittimo che il consorzio partecipi e designi detta consorziata, utilizzando l'unica SOA posseduta da altra consorziata non designata ed anch'essa autonomamente concorrente alla gara?

Questo sono i quesiti ai quali la dottrina e/o la giurisprudenza devono fornire riscontro.

In conclusione, alla luce di quanto esaminato, si ravvisano allo stato più ombre che luci in ordine alla persistente applicazione indiscriminata del cumulo alla rinfusa che sembra ormai rispondere a logiche politico/imprenditoriali che rendono di fatto i consorzi stabili strumenti ormai elusivi del sistema di qualificazione e tali da non garantire una concreta garanzia in ordine alle capacità realizzative delle opere da parte del soggetto esecutore.

FERDINANDO CIANCIO

TAR CAMPANIA, Sez. I, 4 marzo 2022, n. 1458 – Salamone *Presidente*, Esposito *Estensore* – X (avv.ti Zaccone, Mollica, Facchini) – c. Y (avv. Carbone) – Z[1] (avv. Marotta) – Ministero dell'interno (Avv. distrett. Stato) [ed altri (n.c.)].

Avvalimento – Avvalimento tecnico-operativo – Risorse messe a disposizione dall'ausiliaria – Omessa indicazione nel contratto – Nullità – Verifica.

Nel caso in cui il disciplinare ponga tra i requisiti di capacità tecnico-professionale quelli che misurino la capacità del concorrente nell'eseguire le prestazioni, ove questi ricorra all'avvalimento, si è in presenza di un avvalimento cosiddetto tecnico-operativo per il quale sussiste l'esigenza della concreta messa a disposizione di mezzi e risorse specifiche per l'esecuzione dell'appalto da parte dell'ausiliaria, quanto meno individuando le esatte funzioni che essa andrà a svolgere e i parametri cui rapportare le risorse messe a disposizione.

Fatto. – La Società ricorrente partecipava quale mandataria del costituendo RTP alla procedura telematica indetta dal Comune (*omissis*), per l'affidamento con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa delle attività di progettazione definitiva, progettazione esecutiva e coordinamento della sicurezza in fase di progettazione, relative ai lavori di sistemazione del movimento franoso di Via Pezzillo, dall'importo al netto di € 171.000,00.

All'esito delle operazioni di gara è stata disposta l'aggiudicazione in favore del RTP controinteressato, che ha riportato un punteggio complessivo di 92,347, seguito con 91,787 punti dal raggruppamento di cui è mandataria la Società ricorrente.

Quest'ultima ha impugnato con il ricorso introduttivo l'aggiudicazione e i provvedimenti ed atti (*omissis*), reclamando l'aggiudicazione in proprio favore e formulando le riferite richieste.

Sono dedotti vizi attinenti al possesso dei requisiti in capo al RTP aggiudicatario, al contratto di avvalimento e alla valutazione dell'offerta tecnica del concorrente.

Si sono costituiti in giudizio per resistere il Comune e il controinteressato, producendo memorie difensive; si sono altresì costituite le Amministrazioni statali e la Consip, evocate in giudizio.

L'istanza cautelare è stata respinta con ordinanza n. 2057 del 1° dicembre 2021.

Con atto notificato il 10 dicembre 2021 (depositato il 14 dicembre 2021) la ricorrente ha proposto primi motivi aggiunti.

Ha tratto spunto dalle vicende interessanti la Società ausiliaria, che ne hanno determinato la perdita dei requisiti *ex* art. 80, n. 50 del 2016, riguardanti un'inchiesta giudiziaria penale a carico dell'amministratore, del socio e del direttore tecnico (*omissis*).

Ciò posto, rappresenta di aver diffidato il Comune a revocare in autotutela l'aggiudicazione; evidenzia che il RTP aggiudicatario non può più avvalersi delle prestazioni dell'ausiliaria e sostiene che quest'ultima non potrebbe essere sostituita, altrimenti producendosi la modifica dell'offerta (avendo l'ausiliaria prestato i requisiti di cui l'aggiudicatario era completamente privo ed essendosi direttamente impegnata a eseguire le prestazioni).

Il Comune e il controinteressato hanno depositato memorie ed esibito la nota (prot. 140) del 7 gennaio 2022, con cui il RUP ha invitato l'aggiudicatario alla sostituzione dell'ausiliaria.

La nuova istanza cautelare è stata respinta con ordinanza n. 79 del 12 gennaio 2022.

Il controinteressato ha poi prodotto in giudizio la nota con cui ha comunicato di aver sostituito l'ausiliaria, unitamente al nuovo contratto di avvalimento.

Con secondi motivi aggiunti (notificati il 21 gennaio 2022 e depositati il 24 gennaio 2022) la ricorrente ha ulteriormente censurato l'attività della stazione appaltante che ha consentito la sostituzione dell'ausiliaria.

Per l'udienza pubblica la difesa erariale ha depositato memoria con cui ha eccepito il proprio difetto di legittimazione passiva; le parti private hanno prodotto scritti difensivi.

All'udienza pubblica del 23 febbraio 2022 la causa è stata assegnata indecisione.

Diritto. – È impugnata, unitamente agli atti indicati (*omissis*), l'aggiudicazione della gara di cui alla determinazione n. 82 del 12 ottobre 2021 del responsabile del 3° settore – tecnico manutentivo del comune.

Occorre preliminarmente dar conto dell'eccezione sollevata dalla difesa erariale, la quale osserva che le domande sono volte a censurare provvedimenti dell'Ente locale e che, pertanto, i Ministeri evocati in giudizio sono privi di legittimazione passiva.

L'eccezione è fondata, non rinvenendosi alcuna ragione che giustifichi la partecipazione al giudizio del Ministero dell'Interno e del Ministero dell'Economia e delle Finanze, alla cui sfera di competenze non è riconducibile l'attività che ha condotto all'aggiudicazione controversa.

Per lo stesso motivo, oltre ai suddetti Ministeri, è ravvisabile il difetto di legittimazione passiva della Consip, rilevabile d'ufficio.

Conseguentemente, va disposta l'estromissione dal giudizio del Ministero dell'interno, del Ministero dell'economia e delle finanze e della Consip.

(*omissis*).

La gara ha ad oggetto la progettazione definitiva ed esecutiva e il coordinamento di sicurezza in fase di progettazione, relativamente ai lavori di sistemazione del movimento franoso di Via Pezzillo, per opere riconducibili alle categorie S.04 ("Strutture o parti di strutture in muratura, legno, metallo – Verifiche strutturali relative – Consolidamento delle opere di fondazione di manufatti dissestati – Ponti, paratie e tiranti, Con-

solidamento di pendii e di fronte rocciosi ed opere connesse, di tipo corrente – Verifiche strutturali relative") e V.01 ("Interventi di manutenzione su viabilità ordinaria").

Il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa ha previsto l'attribuzione di 80 punti all'offerta tecnica, 10 all'offerta temporale e 10 all'offerta economica (*omissis*).

Relativamente al possesso dei requisiti, per quanto qui interessa, il disciplinare ha richiesto:

– al punto 7.2 (requisiti di capacità economica e finanziaria) (*omissis*);

– al punto 7.3 (requisiti di capacità tecnica e professionale) (*omissis*);

Il RTP aggiudicatario, privo dei requisiti, ha fatto ricorso all'avvalimento.

Con il contratto del 28 maggio 2021 l'ausiliaria si è impegnata a mettere a disposizione i predetti requisiti (*omissis*), *"ai fini della partecipazione del bando di gara per l'affidamento del presente appalto, nonché per lo svolgimento delle prestazioni di servizi previste dal bando di gara*" e, per ciò che concerne il requisito di capacità tecnica e professionale dei servizi di punta, sono indicati nel contratto di avvalimento tre servizi analoghi svolti dalla ausiliaria, per i Comuni di San Giuliano di Puglia, Foiano di Valfortore e Castelnuovo della Daunia.

È dichiarato in contratto quanto segue:

«*B) L'impegno a mettere a disposizione quanto specificato al punto A, e di cui ai punti1,2,3 decorre dalla data di stipula del presente contratto ed è assunto per l'intera durata dell'appalto.*

C) L'impresa ausiliaria si impegna ad eseguire direttamente i servizi per cui le capacità sono richieste (Cons. St., Sez. V, 3 aprile 2019, n. 2191)».

Tanto esposto circa i requisiti richiesti, quanto ai criteri di valutazione dell'offerta tecnica il punto 18.1 ha previsto l'attribuzione (limitatamente agli aspetti controversi in questo giudizio):

– di 30 punti per il criterio A – Professionalità e adeguatezza dell'offerta ("*Professionalità e adeguatezza dell'offerta desunta da un numero massimo di tre servizi relativi a interventi ritenuti dal concorrente significativi della propria capacità a realizzare le prestazioni d'incarico e che sotto il profilo tecnico, tecnologico, funzionale e secondo i criteri desumibili dalle tariffe professionali, siano qualificabili affini a quelli oggetto dell'affidamento*");

– di 10 punti per il criterio B – Caratteristiche metodologiche dell'offerta, sub-criterio B.3 ("*Adeguatezza dei profili che compongono il gruppo di lavori, in relazione alla qualificazione professionale, alla relativa formazione, alle principali esperienze analoghe all'oggetto del contratto*").

Il RTP aggiudicatario ha ottenuto (*omissis*):

– punti 30 per il criterio A;

– punti 8,409 per il criterio B.3.

Per effetto della riparametrazione ha conseguito il massimo punteggio per l'offerta tecnica.

Come anticipato nelle premesse in fatto, la ricorrente deduce vizi concernenti il contratto di avvalimento e l'attribuzione del punteggio all'offerta tecnica del concorrente, con profili tra loro connessi.

Rimarca che il RTP, privo dei requisiti, ha fatto ricorso interamente all'avvalimento con Società ausiliaria, impegnatasi a eseguire le prestazioni.

Con il primo motivo afferma che:

a) non poteva farsi ricorso all'avvalimento in chiave premiale, ossia

non solo per comprovare i requisiti di partecipazione ma anche al fine di conseguire la massima valutazione dell'offerta tecnica per il criterio A, relativo ai tre servizi di punta che misurano la capacità tecnica propria del concorrente, ma che non sono stati svolti dall'aggiudicatario bensì dall'ausiliaria;

b) il contratto di avvalimento è nullo poiché indeterminato, in quanto privo dell'individuazione delle risorse messe a disposizione da parte dell'ausiliaria.

Con lo stesso motivo è contestata l'attribuzione del punteggio per il criterio B.3 – "Adeguatezza dei profili che compongono il gruppo di lavori", osservando che il RTP aggiudicatario, pur difettando dei requisiti tecnici professionali (integralmente ricorrendo all'avvalimento) ha pur tuttavia esposto nella propria offerta i profili dei componenti del RTP e non dei professionisti della Società ausiliaria, che esegue le prestazioni e ha svolto servizi indicati in contratto per la dimostrazione della suddetta capacità.

L'ulteriore motivo è incentrato sull'attribuzione del punteggio per i suddetti criteri A e B.3, riproponendo sostanzialmente le stesse doglianze.

È cioè ripetuto che è illegittima l'assegnazione di 30 punti per i servizi di punta (non svolti dal concorrente ma dall'ausiliaria), nonché di punti 8,409 per i profili professionali dei componenti del RTP (non valutabili in quanto essi non hanno eseguito i servizi spesi quali pregresse esperienze, svolti invece dall'ausiliaria).

È ancora dedotto, da ultimo, che neppure vi è corrispondenza tra i servizi di punta indicati per la valutazione dell'offerta tecnica e quelli che formano oggetto del contratto di avvalimento (*omissis*).

La ricorrente sostiene che ciò determina la mancanza di un elemento essenziale e in ogni caso la decurtazione del punteggio, per l'estraneità del servizio indicato al contratto di avvalimento.

Oggetto di entrambi i motivi aggiunti è l'ammissibilità della sostituzione dell'ausiliaria (incorsa in vicende che ne hanno causato la perdita dei requisiti).

È contestato che, eseguendo per l'intero la prestazione ed essendo ad essa riconducibili tutti i requisiti richiesti e i servizi valutati con l'attribuzione dei punteggi, la sua sostituzione determinerebbe una inammissibile modifica dell'offerta tecnica.

Riassumendo, parte ricorrente sostiene che:

– si sia fatto ricorso ad un avvalimento premiale non consentito (con l'illegittima attribuzione di 30 punti per il criterio A);

– i servizi di punta fatti valere non sono riconducibili ai componenti del RTP aggiudicatario, per cui non poteva essere valutata in loro favore l'adeguatezza dei profili professionali (criterio B.3);

– è nullo per indeterminatezza il contratto di avvalimento;

– in ragione della specificità dell'avvalimento (con possesso dei requisiti e prestazioni interamente a carico dell'ausiliaria), non potrebbe effettuarsi la sua sostituzione se non determinando la modifica dell'offerta tecnica.

Per il rapporto di continenza tra le censure articolate con il ricorso introduttivo, va previamente esaminato il motivo con cui si deduce la nullità del contratto di avvalimento.

Occorre a tal fine qualificare l'avvalimento in questione come di garanzia o tecnico-operativo.

Con riferimento a quanto dispone l'art. 89, comma 1, ultimo periodo, n. 50 del 2016 ("*il contratto di avvalimento contiene, a pena di nullità, la spe-*

cificazione dei requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria"), la giurisprudenza ha ancora da ultimo operato la distinzione di cui sopra, statuendo che: *"È noto che, secondo orientamento ormai consolidato in giurisprudenza, a seconda che si tratti di avvalimento cosiddetto garanzia ovvero di avvalimento cosiddetto tecnico o operativo, diverso è il contenuto necessario del contratto concluso tra l'operatore economico concorrente e l'ausiliaria; in particolare, solo in caso di avvalimento cosiddetto tecnico operativo sussiste sempre l'esigenza della concreta messa a disposizione di mezzi e risorse specifiche, e specificamente indicate nel contratto, indispensabili per l'esecuzione dell'appalto che l'ausiliaria ponga a disposizione del concorrente (cfr. Cons. St., Sez. V, 4 ottobre 2021,n. 6619; V, 21 luglio 2021, n. 5485; V, 12 febbraio 2020, n. 1120 e le sentenze ivi richiamate; le ragioni alla base del predetto orientamento giurisprudenziale sono in Cons. giust. amm. Sicilia, Sez. giuris., 19 luglio 2021, n.722); solo così sarà rispettata la regola posta dall'art. 89, comma 1, secondo periodo, D. Lgs. n. 50 del 2016 nella parte in cui commina la nullità all'omessa specificazione dei requisiti e delle risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria*" (Cons. St., Sez. V, 10 gennaio 2022 n.169).

Tanto chiarito, reputa il Collegio che l'avvalimento a cui ha fatto ricorso il RTP aggiudicatario debba qualificarsi come tecnico-operativo.

Milita in tal senso la specifica previsione del Disciplinare, che al punto 7.3 suindicato ha posto i requisiti prestati tra quelli di capacità tecnico-professionale (v. Cons. St. cit.: *"Il contratto di avvalimento stipulato rientrava senz'altro nella tipologia dell'avvalimento cosiddetto operativo poiché l'ausiliaria si impegnava apprestare requisiti di capacità tecnico – professionale (*giurisprudenza costante, cfr. per tutte Cons. St., Sez. IV, 11 novembre 2020, n. 6932; V, 21 febbraio 2020, n. 1330*)"*).

Essi, del resto, misurano nella specie la concreta capacità del concorrente all'esecuzione delle prestazioni, tant'è che l'indicazione dei servizi forma altresì oggetto della valutazione dell'offerta tecnica, reputandosene la professionalità e adeguatezza in base a quelli *"relativi a interventi ritenuti dal concorrente significativi della propria capacità a realizzare le prestazioni d'incarico"*, in quanto affini *"sotto il profilo tecnico, tecnologico, funzionale"* (art. 18.1, criterio A).

Avuto riguardo a ciò, si profila carente il contratto di avvalimento stipulato tra il RTP aggiudicatario e l'ausiliaria, il quale non reca alcuna indicazione delle effettive risorse messe a disposizione dall'ausiliaria.

Detto contratto fissa l'impegno dell'ausiliaria *"a mettere a disposizione quanto specificato al punto A, e di cui ai punti 1,2,3"* (*omissis*) senza alcuna specificazione in concreto delle risorse umane e materiali.

Non si trascura che l'interpretazione del contratto di avvalimento non soggiace a rigidi formalismi e il suo oggetto è determinabile anche *per relationem* (cfr. Cons. St., Sez. V, 20 luglio 2021 n. 5464, tra le altre), ma ciò non può valere a snaturare la regola dettata dall'art. 89 cit. e a sovvertire l'esigenza di indicazione delle risorse messe a disposizione nel caso di avvalimento cosiddetto tecnico-operativo, nel senso che occorre quantomeno *"l'individuazione delle esatte funzioni che l'impresa ausiliaria andrà a svolgere, direttamente o in ausilio all'impresa ausiliata, e i parametri cui rapportare le risorse messe a disposizione" (Cons. St., Sez. IV, 26 luglio 2017, n. 3682); deve cioè prevedere, da un lato, la messa a disposizione di personale qualificato, specificando se per la diretta esecuzione del servizio o per la formazione del personale dipendente dell'impresa ausiliata, dall'altro i cri-*

teri per la quantificazione delle risorse e/o dei mezzi forniti (cfr. Cons. St., Sez. III, 30 giugno 2021, n. 4935)" (Cons. St. n. 169 del 2022, ivi.).

Aderendo ai suesposti principi, il Collegio ravvisa l'inadeguatezza del contratto di avvalimento (*omissis*) contenente unicamente l'impegno dell'ausiliaria a mettere a disposizione i requisiti di cui in possesso, di tal che *"non può ritenersi valido ed efficace il contratto di avvalimento che si limiti ad indicare genericamente che l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti della concorrente a fornirle i propri requisiti e a mettere a sua disposizione le risorse necessarie, di cui essa è mancante, per tutta la durata dell'appalto, senza però in alcun modo precisare anche cosa tali risorse materialmente consistano (*TAR Lazio, Sez. III-*quater*, 11 novembre 2021 n. 11585; Cons. St., Sez. V, 12 marzo 2018, n. 1543).

Per quanto esposto va dichiarata la nullità del contratto di avvalimento del 28 maggio 2021 stipulato tra il RTP e l'ausiliaria, con le conseguenze che ne derivano sull'ammissione alla gara del concorrente, per difetto dei requisiti in assenza di un valido contratto di avvalimento.

L'accoglimento del motivo spiegato sul punto conduce all'accoglimento del ricorso introduttivo ed è pienamente satisfattivo delle ragioni della ricorrente, cosicché restano assorbiti gli ulteriori motivi sull'ammissibilità dell'avvalimento cosiddetto premiale e in ordine all'attribuzione del punteggio.

Per la denunciata illegittimità derivata, sono inoltre fondati il primo ed il secondo dei motivi aggiunti, derivando "a cascata" dalla nullità del contratto di avvalimento e conseguente illegittima ammissione alla gara del concorrente, in un rapporto di stretta derivazione, l'impossibilità di provvedere in seguito alla sostituzione dell'ausiliaria.

Conclusivamente, previamente estromessi dal giudizio i Ministeri dell'Interno e dell'Economia e delle Finanze e la Consip, va dichiaratala nullità del contratto di avvalimento del 28 maggio 2021 tra il RTP aggiudicatario l'ausiliaria, ai sensi dell'art. 89, comma 1, ultimo periodo, n. 50 del 2016.

Assorbita ogni altra censura, vanno annullati gli atti impugnati, nella parte in cui il RTP non è stato escluso per mancanza dei requisiti di capacità tecnica e professionale richiesti dal Disciplinare di gara (punto 7.3), e la Determinazione n. 82 del 12 ottobre 2021 del Responsabile del 3° Settore – Tecnico Manutentivo del Comune (*omissis*), con conseguente declaratoria di inefficacia del contratto nelle more eventualmente stipulato e del diritto della Società ricorrente all'aggiudicazione e al subentro, fatti salvi gli eventuali ulteriori accertamenti spettanti alla stazione appaltante.

Per le suesposte ragioni vanno altresì accolti il primo e il secondo dei motivi aggiunti, per la denunciata illegittimità derivata della censurata attività posta successivamente in essere.

Il soddisfacimento in forma specifica della pretesa esclude la spettanza del risarcimento per equivalente, domandato dalla ricorrente in via subordinata.

Per la connotazione della vicenda sono ravvisabili giustificati motivi per disporre la compensazione per l'intero delle spese di giudizio tra le parti costituite, dichiarandole irripetibili nei confronti delle parti non costituite esponendo a carico del Comune (*omissis*) il rimborso in favore della ricorrente del contributo unificato per il ricorso introduttivo e, ove dovuto e versato, per i motivi aggiunti depositati il 14 dicembre 2021 e il 24 gennaio 2022.

In caso di avvalimento cosiddetto tecnico operativo il "prestito" dei requisiti non potrà essere astratto

Sommario: 1. Il ricorso. – 2. La sentenza. – 3. Origini del contratto di avvalimento. – 4. L'istituto dell'avvalimento alla luce del nuovo codice dei contratti pubblici. – 5. Avvalimento di garanzia e avvalimento tecnico-operativo. – 6. Considerazioni conclusive.

1. *Il ricorso*. – La controversia investe una procedura telematica di gara – gestita tramite il sistema MePa (Mercato elettronico della pubblica amministrazione) – avente ad oggetto l'affidamento delle "*attività di progettazione definitiva, progettazione esecutiva, coordinamento della sicurezza in fase di progettazione*" con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

All'esito delle operazioni di gara è stata disposta l'aggiudicazione in favore del controinteressato RTP.

Conseguentemente, la seconda classificata ha proposto ricorso dinanzi il TAR Campania impugnando l'aggiudicazione con il ricorso introduttivo, reclamandola in proprio favore, nonché i provvedimenti e gli atti di gara.

In particolare, la ricorrente ha dedotto vizi attinenti al possesso dei requisiti in capo all'RTP primo classificato, al contratto di avvalimento e alla valutazione dell'offerta tecnica.

L'amministrazione e il controinteressato si sono costituiti in giudizio, per resistere producendo memorie difensive; si sono altresì costituite le amministrazioni statali e la Consip chiamate in giudizio.

Successivamente, la ricorrente ha proposto i primi motivi aggiunti soffermandosi sulle vicende riguardanti la società ausiliaria che hanno determinato la perdita dei requisiti *ex* art. 80, n. 50 del 2016, riguardanti un'inchiesta giudiziaria penale a carico dell'amministratore, del socio e del direttore tecnico.

Ulteriormente, evidenziando che l'aggiudicatario non può più avvalersi delle prestazioni dell'ausiliaria poiché la stessa non potrebbe essere sostituita, altrimenti producendosi la modifica dell'offerta.

Con i secondi motivi aggiunti, la ricorrente ha censurato nuovamente l'attività della stazione appaltante poiché ha consentito la sostituzione dell'ausiliaria.

La causa è stata posta, dunque, in decisione.

2. *La sentenza*. – Con la sentenza 4 marzo 2022, n. 1458, il TAR Campania, Sez. I, accoglie il ricorso e i primi e secondi motivi aggiunti, annullando gli atti impugnati e compensando interamente le spese di giudizio tra le parti costituite, ponendo a carico dell'Amministrazione il rimborso in favore della ricorrente.

In via preliminare, i giudici estromettono dal giudizio il Ministero dell'interno, il Ministero dell'economia e delle finanze e la Consip per difetto di legittimazione passiva.

Il Collegio si sofferma sul primo motivo di gravame con cui parte ricorrente deduce che il contratto di avvalimento sia nullo poiché indeterminato, in quanto privo dell'individuazione delle risorse messe a disposizione da parte dell'ausiliaria.

Sul punto, il Consiglio di Stato richiama il disposto di cui all'art. 89, comma 1, ultimo periodo, d.lgs. n. 50 del 2016 e un consolidato orientamento giurisprudenziale secondo cui sussiste differenza nel contenuto del contratto di avvalimento a seconda che lo stesso sia di "garanzia" ovvero "tecnico-operativo": *"è noto che, secondo orientamento ormai consolidato in giurisprudenza, a seconda che si tratti di avvalimento cosiddetto garanzia ovvero di avvalimento cosiddetto tecnico o operativo, diverso è il contenuto necessario del contratto concluso tra l'operatore economico concorrente e l'ausiliaria; in particolare, solo in caso di avvalimento cosiddetto tecnico operativo sussiste sempre l'esigenza della concreta messa a disposizione di mezzi e risorse specifiche, e specificamente indicate nel contratto, indispensabili per l'esecuzione dell'appalto che l'ausiliaria ponga a disposizione del concorrente (cfr. Cons. St., Sez. V, 4 ottobre 2021, n. 6619; Cons. St., Sez. V, 21 luglio 2021, n. 5485; Cons. St. Sez. V, 12 febbraio 2020, n. 1120 e le sentenze ivi richiamate; le ragioni alla base del predetto orientamento giurisprudenziale sono in Cons. giust. amm. Sicilia, Sez. giuris., 19 luglio 2021, n. 722); solo così sarà rispettata la regola posta dall'art. 89, comma 1, secondo periodo, d.lgs. n. 50 del 2016 nella parte in cui commina la nullità all'omessa specificazione dei requisiti e delle risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria"*[(1)].

In tal senso, il TAR qualifica l'avvalimento cui ricorre l'aggiudicatario come tecnico-operativo poiché l'ausiliaria si impegnava a prestare i requisiti di capacità tecnico-professionale[(2)].

Ulteriormente, chiarisce che l'interpretazione del contratto di avvalimento non soggiace a rigidi formalismi e il suo oggetto è determinabile anche *per relationem*[(3)], ma ciò non può valere a snaturare la regola di cui all'art. 89, d.lgs. n. 50 del 2016 e a sovvertire l'esigenza di indicazione delle risorse messe a disposizione nel caso di avvalimento cosiddetto tecnico-operativo, poiché occorre l'individuazione delle esatte funzioni che l'impresa ausiliaria andrà a svolgere, direttamente o in ausilio all'impresa ausiliata, e i parametri cui rapportare le risorse messe a disposizione[(4)].

La Sezione, dunque, aderendo ai predetti principi ravvisa l'inade-

---

(1) Cfr. Cons. St., Sez. V, 10 gennaio 2022 n. 169.

(2) Cfr. Cons. St., Sez. IV, 11 novembre 2020, n. 6932; Cons. St., Sez. V, 21 febbraio 2020, n. 1330.

(3) Cfr. Cons. St., Sez. V, 20 luglio 2021 n. 5464.

(4) Cfr. Cons.St, Sez IV, 26 luglio 2017, n. 3682.

guatezza del contratto di avvalimento contenente unicamente l'impegno dell'ausiliaria a mettere a disposizione i requisiti di cui è in possesso, in quanto *"non può ritenersi valido ed efficace il contratto di avvalimento che si limiti ad indicare genericamente che l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti della concorrente a fornirle i propri requisiti e a mettere a sua disposizione le risorse necessarie, di cui essa è mancante, per tutta la durata dell'appalto, senza però in alcun modo precisare in che cosa tali risorse materialmente consistano"*[(5)] e dichiara la nullità del contratto del contratto stipulato.

Pertanto, dichiarata la nullità del contratto di avvalimento stipulato tra il RTP e l'impresa ausiliaria, il TAR rigetta il ricorso rilevando che da ciò consegue l'illegittima ammissione alla gara del concorrente e quindi, l'impossibilità di provvedere alla sostituzione dell'impresa ausiliaria.

3. *Origini del contratto di avvalimento***.** – La disciplina dell'avvalimento di cui all'art. 89, d.lgs. n. 50 del 2016 è stata dapprima contenuta nell'art. 49 del previgente codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 163 del 2006 che aveva recepito in maniera restrittiva le direttive europee di riferimento, essendo soggetto ad alcune censure da parte dell'Unione europea.

In origine, infatti, l'avvalimento assumeva una configurazione solo nell'ambito della giurisprudenza comunitaria, dove per la prima volta la Corte di giustizia nella cosiddetto causa «Ballast» stabiliva che una società capogruppo potesse dimostrare la sussistenza dei requisiti di qualificazione tramite una società del suo gruppo di appartenenza[(6)].

Successivamente, con le due Direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE sono state disciplinate le linee generali dell'avvalimento.

Nello specifico l'art. 47, Direttiva 2004/18/CE stabilisce che: "*Un operatore economico può, se del caso e per un determinato appalto, fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi*".

Ancora, l'art. 48, Direttiva 2004/18/CE aggiunge che: "*In tal caso deve dimostrare all'amministrazione aggiudicatrice che disporrà dei mezzi necessari, ad esempio mediante presentazione dell'impegno a tal fine di questi soggetti*".

Come anticipato, l'art. 49, commi 6 e 7 del previgente codice dei contratti pubblici recepiva una disciplina dell'avvalimento, successivamente ritenuta in sede comunitaria non rispettosa dei principi

(5) Cfr. TAR Lazio, Sez. III *quater*, 11 novembre 2021, n. 11585; Cons. St., Sez. V, 12 marzo 2018, n. 1543.

(6) Cfr. C. giust. UE, Sez. V, 14 aprile 1994, causa c-389/92.

comunitari del libero mercato e della concorrenza: *"Il concorrente può avvalersi di una sola impresa ausiliaria per ciascun requisito o categoria. Il bando di gara può ammettere l'avvalimento di più imprese ausiliarie in ragione dell'importo dell'appalto o della peculiarità delle prestazioni; ma, in tale ipotesi, per i lavori non è comunque ammesso il cumulo tra attestazioni di qualificazione SOA relative alla stessa categoria. Il bando di gara può prevedere che, in relazione alla natura o all'importo dell'appalto, le imprese partecipanti possano avvalersi solo dei requisiti economici o dei requisiti tecnici, ovvero che l'avvalimento possa integrare un preesistente requisito tecnico o economico già posseduto dall'impresa avvalente in misura o percentuale indicata nel bando stesso"*.

Nel gennaio 2008, infatti, è stata avviata a carico dell'Italia una procedura d'infrazione da parte della Commissione europea riguardo le limitazioni all'utilizzo del contratto di avvalimento contenute all'art. 49, commi 6 e 7, d.lgs. n. 163 del 2006.

Per evitare la condanna da parte della Commissione europea, l'esecutivo, con l'art. 1, comma 1, lett. *n*, d.lgs. n. 152 del 2008, ha abrogato integralmente il comma 7 dell'art. 49 già menzionato, ampliando così i confini applicativi del contratto di avvalimento.

Con il terzo decreto correttivo, il comma 6 dell'art. 49 è stato sostituito dall'art. 21, comma 1, l. n. 161 del 2014, ai sensi del quale è stata introdotta la possibilità per il concorrente deficitario di avvalersi di più imprese ausiliarie anche per la medesima categoria di qualificazione: *"È ammesso l'avvalimento di più imprese ausiliarie, fermo restando, per i lavori, il divieto di utilizzo frazionato per il concorrente dei singoli requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi di cui all'articolo 40, comma 3, lettera b), che hanno consentito il rilascio dell'attestazione in quella categoria"*.

4. *L'istituto dell'avvalimento alla luce del nuovo codice dei contratti pubblici.* – Il contratto di avvalimento attualmente disciplinato all'art. 89, d.lgs. n. 50 del 2016 è un contratto tipicamente oneroso che consente all'operatore economico privo dei requisiti necessari per la partecipazione a una gara di soddisfare quanto richiesto dalla stazione appaltante avvalendosi di risorse, mezzi e strumenti di altri operatori economici.

Mediante l'avvalimento un operatore economico ottiene da un altro soggetto ("impresa ausiliaria") la messa a disposizione dei requisiti richiesti per la partecipazione a una procedura di affidamento di un contratto di appalto o di concessione di lavori, servizi o forniture in cambio di un corrispettivo in denaro oppure di altre utilità di natura direttamente o indirettamente patrimoniale.

L'istituto è costruito sull'esigenza dell'operatore economico di sopperire alla richiesta relativa al possesso dei requisiti di caratte-

re economico, finanziario, tecnico e professionale di cui all' art. 83, comma 1, lett. *b* e *c*, d.lgs. n. 50 del 2016, necessari per la partecipazione ad una procedura ad evidenza pubblica.

La possibilità, per l'impresa ausiliata, di avvalersi dei requisiti di altri soggetti è subordinata all'effettiva messa a disposizione, in suo favore, delle corrispondenti risorse umane e strumentali dell'impresa ausiliaria per tutto il tempo necessario all'esecuzione del contratto.

Infatti, il contratto di avvalimento deve indicare in modo specifico ed esauriente: *(i)* i requisiti e le risorse messe a disposizione, sufficientemente determinati o determinabili, tali da consentire alla stazione appaltante una sicura verifica circa la loro effettiva disponibilità da parte dell'impresa ausiliata; *(ii)* la durata del contratto; *(iii)* se l'impresa ausiliaria si è impegnata al prestito di propri requisiti in favore di altre imprese con contratti di avvalimento in corso di validità, indicando in modo specifico e dettagliato i requisiti e le risorse messi a disposizione e le modalità concordate di utilizzo delle stesse; *(iv)* le circostanze di cui all'art. 2, commi 4 e 5; *(v)* ogni altro elemento utile a determinare con precisione l'oggetto del contratto.

La mancata specificazione delle risorse oggetto dell'avvalimento, determinate o determinabili e dettagliatamente individuate nel contratto di avvalimento, comporta la nullità del contratto ai sensi dell'art. 89, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016, ultimo periodo: "*A tal fine, il contratto di avvalimento contiene, a pena di nullità, la specificazione dei requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria*".

Inoltre, l'art. 89, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016 stabilisce che il concorrente debba allegare alla domanda di partecipazione anche una dichiarazione, in originale o in copia autentica, sottoscritta dall'ausiliaria con cui quest'ultima si obbliga verso lo stesso concorrente e verso la stazione appaltante a mettere a disposizione, per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie e a fornire i requisiti.

Sul punto, la giurisprudenza amministrativa ha rilevato che "*tale dichiarazione è fondamentale perché l'ausiliario assuma direttamente nei confronti della stazione appaltante gli obblighi di mettere a disposizione del concorrente i requisiti e le risorse di cui quest'ultimo è carente. Il Contratto di avvalimento è fonte per il medesimo ausiliario di obblighi nei soli confronti del solo concorrente*"(7).

Secondo il Consiglio di Stato, la dichiarazione di messa a disposizione, benché indirizzata anche nei confronti della stazione ap-

(7) Cfr. Cons. St., Sez. V, 22 ottobre 2019, n. 7188.

paltante, produce effetti nei confronti del solo concorrente che con l'ausiliario sottoscrive il contratto di avvalimento.

Pertanto, *"l'impegno assunto dall'ausiliario nell'ambito del contratto di avvalimento a favore della stazione appaltante non è equivalente ad una dichiarazione diretta a quest'ultima, la quale ai sensi dell'art. 1334 c.c. produce effetto dal momento in cui perviene a conoscenza della persona alla quale è destinata e diviene così irretrattabile, oltre che suscettibile di eccezioni legate a rapporti con altri soggetti"*[8].

5. *Avvalimento di garanzia e avvalimento tecnico operativo.* – La distinzione tra avvalimento operativo e avvalimento di garanzia trova fondamento nell'art. 49, comma 2, lett. *a*, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, secondo cui l'avvalimento richiede la *"specifica indicazione"* dei requisiti che ne sono oggetto, nonché nella norma sopravvenuta e sostanzialmente equivalente dell'art. 89, comma 1, ultima parte, d.lgs. n. 50 del 2016, in base alla quale *"il contratto di avvalimento contiene, a pena di nullità, la specificazione dei requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione"*[9].

Per chiarire la differenza tra le due forme di avvalimento, può anzitutto osservarsi che nell'avvalimento di garanzia l'impresa ausiliaria diviene garante dell'impresa ausiliata sul versante economico-finanziario; mentre nell'avvalimento cosiddetto tecnico-operativo, l'impresa ausiliaria è chiamata a mettere a disposizione determinate risorse.

La giurisprudenza[10] ha elaborato la distinzione tra le due forme di avvalimento, specificando che:

– da un lato, si ha l'avvalimento di garanzia, che riguarda la capacità economica e finanziaria e serve a rassicurare la stazione appaltante sulla capacità della parte di far fronte alle obbligazioni derivanti dal contratto. Come tale, esso non richiede di essere riferito a beni capitali descritti e individuati con precisione;

– dall'altro, si ha l'avvalimento tecnico, ovvero operativo, che riguarda le risorse materiali in concreto necessarie per eseguire il contratto, per esempio, le dotazioni di personale ovvero di macchinari e, perciò, richiede l'individuazione specifica di mezzi.

Dunque, l'avvalimento di garanzia – che ha per oggetto i requisiti di carattere economico-finanziario e, in particolare, il fatturato globale o specifico – ricorre laddove l'ausiliaria mette a disposizione dell'ausiliata la sua solidità economica e finanziaria, rassi-

(8) Cfr. Cons. St., Sez. V, 22 ottobre 2019, *ivi*.

(9) Cfr. Cons. St., Sez. III., 4 gennaio 2021, n. 6.

(10) v. Cons. St., Sez. IV, 11 novembre 2020, n. 6932 ; v. Cons. St, Sez. VI, 3 agosto 2018, n. 4798; Cons. St., Sez. V, 26 novembre 2018, n. 6693; Cons. St., Sez. V., 28 febbraio 2018, n. 1216; Cons. St., Sez. III, 7 luglio 2015 n. 3390; Cons. St., Sez. III., 17 luglio 2014, n. 3057; Cons. St., Sez. V, 14 febbraio 2018, n. 953.

curando la stazione appaltante delle sue capacità di far fronte agli impegni economici conseguenti al contratto di appalto, anche in caso di inadempimento.

Pertanto, non è necessario che nel contratto siano esattamente indicati i beni patrimoniali o gli indici materiali di consistenza patrimoniale dell'ausiliaria, ma è sufficiente che quest'ultima si impegni a mettere a disposizione dell'ausiliata la sua complessiva solidità finanziaria e il suo patrimonio di esperienza.

L'avvalimento è operativo quando l'ausiliaria si impegna a mettere a disposizione dell'ausiliata le risorse tecnico-organizzative indispensabili per l'esecuzione del contratto di appalto.

È tale l'avvalimento che ha per oggetto i requisiti di capacità tecnico-professionale (*exempli pratici,* dotazione di personale dell'ausiliaria).

Quindi, è imposto alle parti di indicare specificatamente nel contratto i mezzi aziendali messi a disposizione dell'ausiliata per eseguire l'appalto.

Alla luce della distinzione tra avvalimento di garanzia e avvalimento tecnico-operativo, pertanto, deve essere verificata la validità del contratto di avvalimento.

6. *Considerazioni conclusive***.** – La pronuncia in commento ha analizzato tra gli altri, il cosiddetto avvalimento tecnico-operativo.

In estrema sintesi, il TAR ritiene che nonostante l'interpretazione del contratto di avvalimento non sia sottoposta a rigidi formalismi, nell'avvalimento tecnico-operativo è necessaria quantomeno l'indicazione delle risorse messe a disposizione, quindi, l'individuazione esatta dei mezzi e del personale oggetto del prestito e mediante i quali l'ausiliata svolgerà le prestazioni.

In particolare, la Sezione ravvisa l'inadeguatezza del contratto di avvalimento contenente unicamente l'impegno dell'ausiliaria a mettere a disposizione i requisiti di cui è in possesso.

Ulteriormente i giudici precisano che il contratto di avvalimento che si limita ad indicare genericamente che un'impresa si obbliga nei confronti della concorrente a fornire i propri requisiti e a mettere a sua disposizione le risorse necessarie di cui essa è mancante senza tuttavia precisare in cosa consistano tali risorse, non può ritenersi né valido né efficace.

Tale impegno trova il suo fondamento normativo nell'art. 89, comma 1, ultimo periodo, d.lgs. n. 50 del 2016 e comporta che nella sottoscrizione del contratto di avvalimento le parti, a pena di nullità, devono necessariamente indicare in modo preciso e analitico le risorse umane e i materiali messi a disposizione dell'ausiliata.

Inoltre occorre precisare che, in base a un consolidato orientamento giurisprudenziale, nelle gare pubbliche non può ritenersi va-

lido ed efficace il contratto di avvalimento che si limiti ad indicare genericamente che l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti della concorrente a fornirle i propri requisiti e a mettere a sua disposizione le risorse necessarie, di cui essa è mancante, per tutta la durata dell'appalto, senza però in alcun modo precisare in che cosa tali risorse materialmente consistano.

Alla luce delle suddette considerazioni, si deve concludere che, con specifico riguardo alla forma del cosiddetto avvalimento tecnico-operativo, occorre prestare una particolare attenzione ai contenuti del contratto effettuando una scrupolosa verifica degli elementi in esso contenuti tra cui deve necessariamente figurare la specifica indicazione delle risorse mediante le quali si pone in essere il "prestito" dei requisiti, che nel caso di avvalimento operativo non potrà essere astratto, pena l'esclusione dalla procedura di gara.

VITTORIA VITULANO

TAR LAZIO, Roma, Sez. IV, 26 marzo 2022, n. 3423 – Politi *Presidente*, Scali *Estensore* – X (avv.ti Gentile e Rizza) c. ANAS s.p.a. (Avv. gen Stato).

Raggruppamento temporaneo di imprese – Sub-raggruppamento di tipo orizzontale – Qualificazione dell'impresa mandante – Possesso dei requisiti nella misura minima di legge – Subappalto necessario

Raggruppamento temporaneo di imprese – Principio di immutabilità soggettiva

La regola generale secondo cui la qualifica nella sola categoria prevalente, ove capiente, vale a colmare il deficit di qualificazione nelle categorie scorporabili incontra significativa eccezione nelle categorie "a qualificazione obbligatoria", preordinate a garantire un livello minimo di qualificazione tecnica dell'esecutore, pertanto, in riferimento a queste ultime categorie, il concorrente che sia privo della relativa attestazione SOA non può spendere la propria qualificazione nella categoria prevalente ma deve ricorrere, in alternativa all'avvalimento, al subappalto necessario ovvero presentarsi come raggruppamento temporaneo di imprese di tipo verticale.

Non è consentito modificare la composizione del raggruppamento temporaneo di imprese rispetto a quanto risultante dall'impegno presentato in sede di offerta, ancor più se la modifica soggettiva è finalizzata ad eludere la mancanza originaria di un requisito di partecipazione alla gara.

La qualificazione degli esecutori di lavori pubblici

Sommario: 1. La fattispecie. – 2. Il sistema unico di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici. – 2.1. Brevi cenni alla disciplina del sistema di qualificazione. – 2.2. Il funzionamento del sistema con particolare riguardo alle categorie a qualificazione obbligatoria. – 3. La qualificazione del raggruppamento temporaneo di imprese. – 4. L'assetto organizzativo del concorrente. – 4.1. Il subappalto necessario.

1. *La fattispecie***. –** L'ANAS esperiva una procedura aperta (art. 60, d.lgs. n. 50 del 2016) con termini ridotti – ai sensi dell'art. 2, com-

ma 2 e dell'art. 8, comma 1, lett. *c*, d.l. n. 76 del 2020 recante Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale (cosiddetto decreto Semplificazioni) convertito dalla l. n. 120 del 2020 – e da aggiudicarsi col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo (art. 95, d.lgs. n. 50 del 2016) per l'affidamento di un accordo quadro di durata quadriennale avente ad oggetto l'esecuzione di interventi di mitigazione acustica su tutto il territorio nazionale.

L'appalto riguardante lavori di sola esecuzione era suddiviso in quattro lotti (Nord, Centro, Sud e Isole) ed in particolare il bando (Sez. II, 2.6, lett. *d*, Bando di gara) per il Lotto 4 "Isole", attinente alla pronuncia in esame, indicava la categoria prevalente (*OG 3: Strade, autostrade, ponti, viadotti, ferrovie, linee tranviarie, metropolitane, funicolari, piste aeroportuali e relative opere complementari* importo: euro 7.200.000,00 Classifica VI) ed ulteriori categorie scorporabili a qualificazione obbligatoria (tra cui *OS 34: Sistemi antirumore per infrastrutture di mobilità* importo: euro 5.940.000,00 Classifica V).

All'esito della gara l'ANAS disponeva l'aggiudicazione in favore del concorrente primo graduato e cioè il raggruppamento temporaneo da costituirsi tra le imprese X s.r.l. (mandataria) e X s.r.l. (mandante). In seguito, tuttavia, l'ANAS si trovava costretta a provvedere all'annullamento dell'aggiudicazione, rilevando che l'impresa X risultava non "sufficientemente" qualificata nella categoria OS 34. Si riscontrava, infatti, la mancanza dei requisiti tecnici minimi indispensabili ai sensi dell'art. 92, comma 2, d.P.R. n. 207 del 2010 per la partecipazione alla gara, in ragione della configurazione soggettiva che il concorrente si era dato.

Il costituendo raggruppamento, dopo un'infruttuosa istanza di riesame, impugnava il provvedimento di annullamento in autotutela della stazione appaltante. Di qui la pronuncia in commento che si incentra sulla questione relativa alla possibilità di far valere i requisiti di qualificazione nella categoria prevalente, ove capienti, per colmare il deficit di qualificazione in una categoria a qualificazione obbligatoria (punto 6.2). Il giudice esclude tale possibilità con un'attenta analisi del dato normativo.

2. *Il sistema unico di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici.* – Nelle procedure ad evidenza pubblica la qualificazione degli operatori economici, preordinata ad assicurare la qualità delle opere e dei servizi oggetto dell'appalto, garantisce che la selezione del contraente pubblico avvenga tra imprese di certificata affidabilità e capacità.

In particolare, nel settore degli appalti pubblici di lavori gli operatori economici devono qualificarsi dimostrando di posse-

dere i requisiti di ordine generale e speciale in esito ad un procedimento di controllo condotto da Società organismi di attestazione (cosiddetto SOA). Infatti, i soggetti esecutori a qualsiasi titolo di lavori pubblici di importo pari o superiore a 150.000 euro provano il possesso dei requisiti di qualificazione (art. 83, d.lgs. n. 50 del 2016) mediante attestazione da parte degli appositi organismi di diritto privato autorizzati dall'ANAC (art. 84, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016)[(1)].

Si delinea così, ai fini dell'affidamento di lavori pubblici ed al di sopra della soglia di valore individuata dalla legge[(2)], un sistema unico che risponde ad esigenze di semplificazione nonché di omogeneità ed uniformità del settore[(3)]. Infatti, il procedimento di accertamento dei requisiti non viene svolto dalla singola stazione appaltante ma dalle SOA, società su cui pertanto si appunta particolare attenzione per il profilo di indipendenza e per gli standard di qualità dei controlli, essendo un organismo di attestazione diritto privato con funzioni pubblicistiche[(4)].

---

(1) A. Bozzetto, *La selezione degli offerenti (Artt. 83-88)*, in *I nuovi appalti pubblici. Commento al d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50* a cura di M. Corradino, S. Sticchi Damiani, Milano, 2017, p. 362, la procedura di qualificazione avviene in maniera differente a seconda dell'oggetto dell'appalto: per i lavori il sistema di qualificazione è attuato all'esterno della gara da organismi di diritto privato di attestazione; mentre per i servizi e le forniture occorre qualificarsi "gara per gara" dinnanzi alla stazione appaltante. La qualificazione differisce poi a seconda del valore dei lavori: se superiore a 150.000,00 euro trova applicazione il sistema unico di qualificazione.

(2) O. Cutajar, A. Massari, *Il Codice dei contratti pubblici commentato con la giurisprudenza e la prassi*, Santarcangelo di Romagna, 2021, p. 836 ove si richiama la deliberazione ANAC del 27 maggio 2020, n. 463, in base alla quale, se l'importo dei lavori è inferiore a 150.000 euro, l'esecutore non deve necessariamente essere in possesso di attestazione potendo partecipare alla gara in forza dell'art. 90, d.P.R. n. 207 del 2010 e ciò con riferimento alle singole lavorazioni. Tale orientamento dell'Autorità trova riscontro in giurisprudenza (TAR Lombardia, Brescia, Sez. I, 17 settembre 2018, n. 859).

(3) O. Marongiu, *Selezione delle offerte*, in *La nuova disciplina degli appalti pubblici* a cura di R. Garofoli e G. Ferrari, Roma, 2016, p. 573, si tratta di una misura di semplificazione delle verifiche rimesse alle stazioni appaltanti, chiamate in sede di gara a verificare esclusivamente la rispondenza tra l'attestazione prodotta dai partecipanti e la tipologia dei lavori oggetto di gara.

(4) Il d.l. n. 32 del 2019, recante "Disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici, per l'accelerazione degli interventi infrastrutturali, di rigenerazione urbana e di ricostruzione a seguito di eventi sismici" e convertito dalla l. n. 55 del 2019, ha aggiunto all'originario disposto dell'art. 84, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016 la previsione – già contenuta nell'art. 40, comma 3, d.lgs. n. 163 del 2006 – secondo cui *"l'attività di attestazione è esercitata nel rispetto del principio di indipendenza di giudizio, garantendo l'assenza di qualunque interesse commerciale o finanziario che possa determinare comportamenti non imparziali o discriminatori"*. La richiamata modifica normativa ribadisce altresì che le SOA, nell'esercizio dell'attività di attestazione per gli esecutori di lavori pubblici avente ad oggetto le situazioni di cui all'art. 84, comma 4, d.lgs. n. 50 del 2016, svolgono funzioni di natura pubblicistica (art. 84, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016).

2.1. *Brevi cenni alla disciplina del sistema di qualificazione.* – Storicamente il sistema cosiddetto unico di qualificazione, introdotto dagli artt. 8 e 9, l. n. 109 del 1994, Legge quadro in materia di lavori pubblici, ed attuato con d.P.R. n. 34 del 2000, ha rappresentato una novità di rilievo poiché ha sostituito alla qualificazione formale, data dall'iscrizione all'Albo nazionale dei costruttori, un modello basato sulla costante verifica del possesso dei requisiti tecnico-organizzativi ed economico-finanziari conformemente alla disciplina comunitaria(5).

In questo solco si colloca anche l'attuale quadro normativo che ricalca sostanzialmente quanto già previsto dal "vecchio" codice (art. 40, d.lgs. n. 163 del 2006)(6). Infatti, la "nuova" disciplina di cui all'art. 84, d.lgs. n. 50 del 2016 non solo conferma l'impianto della disciplina previgente demandando la concreta configurazione del sistema a successivi provvedimenti attuativi ma ne ripropone anche le disposizioni(7). In questo contesto una significativa novità è rappresentata dai controlli sulle SOA effettuati anche dalla stessa

(5) S. Cacace, *L'idoneità degli operatori economici alla esecuzione di lavori pubblici: un filo conduttore che lega istituti vecchi e nuovi del "Codice" unificato degli appalti*, Intervento in occasione del convegno IGI "*Il codice unificato degli appalti: nuovi e vecchi istituti*" tenutosi in Roma in data 11 aprile 2006, disponibile su *www.giustizia-amministrativa.it,* il sistema è posto dunque, oltre che a presidio della qualità delle opere pubbliche, anche a tutela della libera concorrenza nel mercato, che non può sopportare particolarismi normativi e specialità territoriali. G. Ghidini, *Le novità in tema di qualificazione negli appalti pubblici*, in *Contratti*, 2000, 5, p. 481; R. Daloiso, *La nuova disciplina sulla qualificazione degli appaltatori*, in *Urbanistica e appalti*, 2004, 8, p. 89; A. Mascellari, *artt. 38-40*, in *La disciplina dei contratti pubblici: commentario al Codice appalti* a cura di M. Baldi e R. Tomei, Assago, 2007; I. Pagani, *I sistemi di qualificazione delle imprese, la realizzazione dei lavori e la selezione delle offerte*, in *Urbanistica e appalti*, 2011, 3, p. 269.

(6) Non è esclusa, tuttavia, una complessiva revisione del vigente sistema di qualificazione degli operatori economici, in quanto indicata tra i principi e criteri direttivi della legge delega per l'attuazione delle Direttive UE 2014/23, 2014/24 e 2014/25 sull'aggiudicazione dei contratti di concessione e sugli appalti pubblici (art. 1, comma 1, lett. *uu*, l. n. 11 del 2016). In tal senso si vedano anche le previsioni di cui agli artt. 83, comma 2 e 84, comma 12, d.lgs. n. 50 del 2016.

(7) C. Grillo, R. Pellegrini, *I requisiti dei partecipanti alle procedure di affidamento (artt. 34-52)*, in M. Sanino, *Commento al Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture: d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163*, Torino, 2006, p. 203, osservano che l'art. 40, d.lgs. n. 163 del 2006 – nel definire il sistema di qualificazione per i soggetti chiamati ad eseguire i lavori pubblici – dettava una serie di principi da dettagliare nel regolamento e pertanto era strutturato come una norma "organizzativa", volta cioè a porre le linee guida del sistema di qualificazione poi sviluppato ed articolato dalla fonte secondaria. Nel vigore del "nuovo" codice, A. Bozzetto, *op. cit.*, p. 368 afferma che dall'esegesi dell'art. 84, d.lgs. n. 50 del 2016 emerge un quadro frammentato relativo ad un immutato sistema di qualificazione nell'ambito dei lavori pubblici.

stazione appaltante[8]. Inoltre, il Regolamento di esecuzione ed attuazione del d.lgs. n. 163 del 2006 di cui al d.P.R. n. 207 del 2010 continuerà a trovare applicazione almeno sino all'emanazione delle linee guida ANAC (art. 216, comma 14 e art. 217, comma 1, lett. *u*, d.lgs. n. 50 del 2016).

In sostanza, può dirsi che il sistema unico di qualificazione è riconfermato, unico in quanto, da un lato, è obbligatorio per tutti gli operatori del settore, trovando applicazione generalizzata per lavori di importo superiore a 150.000 euro (art. 60, comma 2, d.P.R. n. 207 del 2010), d'altro lato rappresenta l'esclusivo mezzo per la dimostrazione della capacità dell'impresa di realizzare le opere pubbliche: la stazione appaltante non può chiedere ai concorrenti di dimostrare la qualificazione con altre modalità, procedure o contenuti (art. 60, comma 4, d.P.R. n. 207 del 2010)[9]. L'attestazione SOA quindi si configura tutt'oggi quale condizione necessaria e sufficiente per la qualificazione degli operatori economici.

2.2. *Il funzionamento del sistema con particolare riguardo alle categorie a qualificazione obbligatoria.* – Il sistema unico di qualificazione è articolato in rapporto alle tipologie dei lavori individuate tra l'altro per categorie di opere (*OG*: opere generali; *OS*: opere specializzate) e quindi per classifiche in base ai livelli di importo (art. 84, comma 5, d.lgs. n. 50 del 2016).

La qualificazione in una categoria abilita l'impresa a eseguire i lavori nei limiti della propria classifica aumentata di un quinto, cosiddetto beneficio del quinto (art. 61, comma 2, d.P.R. n. 207 del 2010).

In linea di principio la qualificazione nella categoria prevalente consente di eseguire tutte le lavorazioni di cui si compone l'opera o il lavoro pubblico. Infatti, per regola generale la qualificazione nella categoria prevalente è suscettibile di coprire anche le categorie scor-

---

(8) O. Marongiu, *op. cit.*, p. 578; A. Bozzetto, *op. cit.*, p. 367, le stazioni appaltanti diventano strumento di controllo diffuso utilizzato dall'Autorità per verificare non solo il possesso dei requisiti ma anche lo svolgimento dell'attività di attestazione da parte delle SOA. Inoltre, A. Tomassetti, *I nuovi appalti pubblici dopo il correttivo. Guida operativa ai nuovi appalti pubblici alla luce del correttivo del 19 aprile 2017, n. 56*, Roma, 2017, p. 267, l'art. 84, comma 3, d.lgs. n. 50 del 2016 prevede, quale elemento di novità rispetto al passato, l'effettuazione da parte dell'ANAC di una ricognizione straordinaria circa il possesso dei requisiti di esercizio dell'attività da parte dei soggetti operanti in materia di attestazione.

(9) G. Ghidini, *op. cit.*, p. 481; S. Cacace, *op. cit.*, se l'attestazione SOA costituisce imprescindibile titolo abilitante per chi intenda eseguire le opere, il possesso di una attestazione di qualificazione rilasciata da una SOA (che è dichiarazione di scienza dotata di funzionalità autonoma) per espresso dettato legislativo è condizione necessaria e sufficiente alla dimostrazione del possesso di determinati requisiti ed è l'unica modalità possibile di dimostrazione della qualificazione, per cui la stazione appaltante non può fissare discrezionalmente requisiti diversi, ulteriori e più restrittivi; vigente l'attuale disciplina, O. Marongiu, *op. cit.*, p. 574.

porate per le quali l'impresa non sia debitamente qualificata[10], restando ferma la possibilità di subappalto a impresa in possesso di adeguata qualificazione (art. 12, comma 2, lett. *a*, d.l. n. 47 del 2014).

Tuttavia, il principio della sufficienza della qualificazione nella categoria prevalente subisce delle eccezioni significative tutte le volte in cui la legge richiede una "qualificazione obbligatoria" per l'esecuzione di determinate categorie di lavorazioni (art. 12, comma 2, lett. *b*, d.l. n. 47 del 2014).

Si tratta di particolari categorie di lavorazioni che esigono la qualificazione specifica dell'operatore economico che direttamente le esegue, pena una lacuna nel sistema che non sarebbe più in grado di garantire l'affidabilità e la capacità dell'operatore economico e la qualità dell'opera.

Pertanto, il concorrente che non sia adeguatamente qualificato in una categoria a "qualificazione obbligatoria" si trova nell'impossibilità originaria di eseguire le relative lavorazioni. E tale mancanza di qualificazione, non superabile mediante il mero possesso della qualificazione nella categoria prevalente, dovrà essere colmata attraverso l'istituto del subappalto che in simili casi si configura come "necessario".

Queste coordinate in materia di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici sono dettate dall'art. 12, comma 2, d.l. 28 n. 47 del 2014, recante Misure urgenti per l'emergenza abitativa, per il mercato delle costruzioni e per Expo 2015, convertito in l. n. 80 del 2014. Tale disposizione è ancora applicabile, non essendo stata abrogata per effetto dell'art. 217, comma 1, lett. *nn*, d.lgs. n. 50 del 2016.

Nella decisione in esame, il giudice, dopo aver ricondotto la fattispecie concreta nell'ambito applicativo dell'art. 12, d.l. n. 47 del 2014, enuncia chiaramente in termini di regola – eccezione le norme ivi contenute (punto 6.3). Il giudice quindi su tali basi risolve la questione sottoposta al suo esame ed afferma che per le categorie a qualificazione obbligatoria occorre essere in possesso della corrispondente attestazione SOA, non potendo essere spesa la qualificazione riferita alla categoria prevalente.

---

(10) Ciò appare non del tutto coerente con il principio di fondo per cui tutti i soggetti che eseguono lavori pubblici devono essere qualificati in relazione alla prestazione che sono chiamati a realizzare (art. 83, d.lgs. n. 163 del 2006). Tuttavia, si presume che l'impresa qualificata nella categoria prevalente sia in grado di svolgere l'intera opera nel suo complesso. La qualificazione sovrabbondante nella categoria prevalente in misura tale da comprendere l'intero importo dei lavori o anche solo per "coprire" le categorie scorporabili per le quali non si possiede la qualificazione esclude in radice qualsiasi dubbio in ordine alla affidabilità del concorrente, che quindi deve ritenersi adeguatamente qualificato. Si consente quindi che i requisiti mancanti in ordine ad una o più categorie scorporate siano soddisfatti attraverso i requisiti posseduti nella categoria prevalente.

3. *La qualificazione del raggruppamento temporaneo di imprese.* – La configurazione soggettiva del partecipante assume rilievo determinante ai fini della qualificazione. Infatti, le coordinate descritte in materia di qualificazione degli esecutori dei lavori pubblici si applicano anche al raggruppamento temporaneo di imprese con alcune particolari previsioni sulla ripartizione dei requisiti imposte dalla forma associata della partecipazione.

In particolare, ai sensi dell'art. 92, d.P.R. n. 207 del 2010 relativo ai "requisiti del concorrente singolo e di quelli riuniti", il possesso dei requisiti è modulato in base alla tipologia di raggruppamento che viene in considerazione. La distinzione tra RTI orizzontali e verticali non è puramente descrittiva ma discendendo dalle concrete e specifiche attribuzioni e competenze delle imprese associate implica differenti regimi non solo sotto il profilo della responsabilità ma anche ai fini della qualificazione[(11)].

Per il raggruppamento orizzontale i requisiti di qualificazione economico-finanziari e tecnico-organizzativi richiesti nel bando di gara per l'impresa singola devono essere posseduti dalla mandataria nella misura minima del 40% e la restante percentuale cumulativamente dalle mandanti ciascuna nella misura minima del 10% (art. 92, comma 2, d.P.R. n. 207 del 2010).

Per il raggruppamento verticale, invece, i requisiti di qualificazione economico-finanziari e tecnico-organizzativi sono posseduti dalla mandataria nella categoria prevalente; nelle categorie scorporate ciascuna mandante possiede i requisiti previsti per l'importo dei lavori della categoria che intende assumere e nella misura indicata per l'impresa singola. I requisiti relativi alle lavorazioni scorporabili non assunte dalle mandanti sono posseduti dalla mandataria con riferimento alla categoria prevalente (art. 92, comma 3, d.P.R. n. 207 del 2010). Il raggruppamento verticale presuppone quindi che la legge di gara rechi indicazione delle categorie prevalenti e scorporabili. Nella pronuncia, infatti, si rimarca che le lavorazioni a qualificazione obbligatoria sono scorporabili e sono indicate nei bandi di gara ai fini della costituzione di raggruppamenti temporanee di imprese di tipo verticale (punto 6.3).

Inoltre, l'integrazione verticale di imprese può combinarsi con un sub-raggruppamento orizzontale, dando luogo ad un raggruppamento di tipo misto la cui ammissibilità è oggi pacificamente ri-

(11) I. Battistini, *Art. 48*, in *Commentario breve alla legislazione sugli appalti pubblici e privati* a cura di A. Carullo, G. Iudica, Milano, 2018, p. 501; A. M. Bruni, *Art. 37*, in *Commentario al codice dei contratti pubblici* diretto da G. F. Ferrari, G. Morbidelli, Milano, 2013, p. 499.

conosciuta[12]. Per i raggruppamenti misti, tra cui quello considerato nella pronuncia, l'applicazione della disciplina dipende dai diversi profili o componenti che vengono in rilievo, di conseguenza occorre esaminare partitamente ogni sub-raggruppamento (punto 6.1). Nel caso di specie, le due imprese facenti parte del raggruppamento provano a qualificarsi per la categoria scorporabile a qualificazione obbligatoria OS 34 ripartendosi tra loro orizzontalmente i requisiti relativi a tale categoria, ma non rispettano le percentuali minime stabilite (art. 92, comma 2, d.P.R. n. 207 del 2010). Infatti, l'impresa X quale mandante nel sub-raggruppamento orizzontale per OS 34, non risultava qualificata nella misura del 10%, nonostante l'applicazione del beneficio del quinto.

4. *L'assetto organizzativo del concorrente***. –** Posta la necessità che le lavorazioni di categorie a qualificazione obbligatoria siano eseguite da operatori specificamente qualificati, è fatta salva per il concorrente la possibilità di darsi un assetto organizzativo tale da porre rimedio al deficit di qualificazione.

È così salvaguardata la tutela della concorrenza e l'apertura del mercato delle commesse pubbliche a un numero quanto più ampio di imprese, assicurando al contempo le esigenze di correttezza e qualità dei lavori pubblici sottese alla previsione di categorie a qualificazione obbligatoria.

In questo contesto, l'ordinamento offre le due alternative del raggruppamento verticale e del subappalto (art. 12, comma 2, lett. *b*, d.l. n. 47 del 2014), oltre all'avvalimento (art. 89, d.lgs. n. 50 del 2016). La pronuncia in commento, infatti, individua le tre distinte modalità organizzative per superare l'ostacolo dato dalla mancanza di qualificazione in categoria scorporata a qualificazione obbligatoria (punto 6.4).

In primo luogo, occorre evidenziare che il raggruppamento verticale è un modulo organizzativo atto a risolvere questo problema alla radice, perché il concorrente riesce a sommare ai propri requisiti anche quelli necessari ad eseguire le categorie scorporabili a qualificazione obbligatoria, con il risultato finale che il concorrente sarà contemporaneamente qualificato per partecipare alla gara e per

(12) P. Chirulli, *I soggetti ammessi alle procedure di affidamento degli appalti di lavori, servizi e forniture*, in *I contratti di appalto pubblico* a cura di C. Franchini, Torino, 2010, p. 353 il principio di libertà della forma giuridica dei partecipanti alle gare riguarda non solo la tipologia dei soggetti ammessi a partecipare con un'ampia nozione di operatore economico, ma opera anche per quanto riguarda la veste giuridica dei concorrenti ed esprime un *favor* per tutte le forme di aggregazione tra operatori economici, che favoriscono la partecipazione più ampia alle procedure selettive. Sulla configurazione del raggruppamento ampiamente G. Fumel, *Associazioni temporanee di imprese*, Roma, 2005.

eseguire i lavori a qualificazione obbligatoria[13]. In particolare, nel caso di specie il raggruppamento di tipo verticale – con l'individuazione di mandanti qualificate nelle categorie scorporabili a qualificazione obbligatoria – avrebbe consentito di superare la mancanza di qualificazione dell'impresa X. In considerazione dei requisiti prescritti dalla legge, il costituendo raggruppamento avrebbe dovuto presentarsi alla gara con un diverso assetto: precisamente le lavorazioni OS 34 avrebbero dovuto essere assunte interamente da X (mandante) dotata di specifica e capiente attestazione, come la stessa pronuncia precisa (punto 6.4). Nell'ambito della forma di partecipazione prescelta, cioè il raggruppamento temporaneo di imprese, in riferimento alle categorie a qualificazione obbligatoria avrebbe dovuto aversi un sub-raggruppamento verticale.

Per il concorrente che non abbia optato per la forma del raggruppamento temporaneo di imprese verticale, il subappalto "necessario", di cui si dirà nel successivo paragrafo, rappresenta una naturale soluzione rispetto alla mancanza di attestazione in categorie a qualificazione obbligatoria. E proprio a tal fine è contemplato dalla stessa disposizione normativa (art. 12, comma 2, lett. *b*, d.l. n. 47 del 2014).

In alternativa è possibile ricorrere all'avvalimento[14]. Nel quadro di un mercato libero ed aperto del settore delle commesse pubbliche, infatti, l'avvalimento è istituto che consente il possesso *per relationem* dei requisiti, realizzando una qualificazione indiretta e così favorendo la partecipazione. Esso si connota, da un lato, per la messa a disposizione dei requisiti da parte dell'ausiliaria in favore dell'ausiliata, dall'altro per l'estraneità dell'ausiliaria alla gara[15]. L'impresa ausiliaria, infatti, non partecipa alla gara e rimane

(13) G. M. Militerni, *Osservazioni critiche alla teoria del "subappalto necessario"*, in *Corriere Giur.*, 2015, 6, p. 813.

(14) D. Galli, C. Guccione, *Contratti pubblici: "avvalimento" e subappalto*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 1, p. 127, i profili di interconnessione tra i due istituti dell'avvalimento e del subappalto non si esauriscono nel solo caso in cui, in sede di esecuzione della prestazione, l'ausiliario assuma anche la veste di subappaltatore. Infatti, la disciplina in tema di avvalimento ha ispirato una nuova lettura della disciplina in tema di subappalto: il concorrente, oltre a dover indicare la propria volontà di ricorrere al subappalto e le prestazioni che ne saranno oggetto, ha anche l'obbligo di indicare, già in sede di offerta, l'impresa designata ad eseguire le prestazioni.

(15) F. Cintoli, *L'avvalimento tra principi di diritto comunitario e disciplina dei contratti pubblici*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2011, 6, p. 1421. S. Vinti, *L'avvalimento e l'impossibile compromesso tra direttive comunitarie e principi nazionali*, in *Foro amm. TAR*, 2006, 3, p. 1177 afferma che, con l'introduzione dell'avvalimento, i requisiti non sono più attributi indisponibili della soggettività di un'impresa ma divengono negoziabili, pur senza costituire "beni mobili immateriali": di essi, pertanto, può disporre non solo chi ne è ontologicamente dotato ma anche chi ne consegue il "possesso" in via derivata. In generale sull'avvalimento, tra gli altri, R. Mangani, *L'avvalimento nel nuovo Codice dei contratti pubblici tra vecchie questioni e nuovi problemi*, in *Giust. amm.*, 2016, p. 10; C. Guccione, *L'avvalimento: un per-*

in posizione di terzietà rispetto alla stazione appaltante. Le fondamentali caratteristiche dell'avvalimento si rinvengono quindi nella flessibilità dell'istituto e nella circolazione dei requisiti[16].

4.1. *Il subappalto necessario*. – Quando l'operatore economico è impossibilitato a dare esecuzione alle lavorazioni a qualificazione obbligatoria poiché sprovvisto di idonea qualificazione – ancorché in possesso della SOA nella categoria prevalente – il ricorso al subappalto non costituisce esercizio di una facoltà dell'esecutore[17], ma rappresenta un vero e proprio obbligo altrimenti difetterebbe un soggetto in grado di rendere la prestazione[18]. In queste fattispecie, il subappalto è denominato "necessario" o "qualificante". È consentita quindi la partecipazione alla gara con l'affidamento delle lavorazioni in subappalto ad imprese debitamente qualificate.

---

corso ancora tortuoso, in *www.giustizia-amministrativa.it*; G. P. Cirillo, *Il contratto di avvalimento nel nuovo codice dei contratti pubblici: il persistente problema della sua natura giuridica*, in *Riv. notar.*, 2016, 3, p. 578.

(16) F. Dallari, *I soggetti ammessi alle procedure di affidamento*, in F. Mastragostino (a cura di), *Diritto dei contratti pubblici. Assetto e dinamiche evolutive alla luce del nuovo codice, del decreto correttivo 2017 e degli atti attuativi*, Torino, 2017, p. 376 ciò che rileva ai fini della partecipazione non è il possesso dei requisiti ma la disponibilità degli stessi, in questo senso l'avvalimento è un nuovo strumento di cooperazione tra operatori economici ancora più agile del raggruppamento temporaneo; A. Romano, *Appalti pubblici ed* intuitus personae, in *Riv. giur. ed.*, 2008, 6, p. 271 l'avvalimento appare incentrato su un'integrazione aziendale tra diversi operatori che può assumere le forme più disparate: caratteristica dell'istituto è la sua estrema flessibilità che, nell'ottica del legislatore comunitario, non può essere compressa né dalle legislazioni nazionali né dalle stazioni appaltanti per consentire l'adattamento alle più varie esigenze imprenditoriali.

(17) TAR Campania, Salerno, Sez. I, 8 settembre 2020, n. 1099 (punto 11.6) emerge la sussistenza di una distinzione, in termini di modalità di partecipazione alla gara e di esecuzione dei relativi lavori, fra opere specializzate (disciplinate dall'art. 12, comma 2, lett. *a*, d.l. n. 47 del 2014) e opere che richiedono un certo grado di specializzazione (disciplinate dall'art. 12, comma 2, lett. *b*, d.l. n. 47 del 2014). Nelle prime il concorrente qualificato nella categoria prevalente in una classifica corrispondente all'importo totale dei lavori, in caso di aggiudicazione, potrà eseguire lavorazioni anche relative alle categorie scorporabili, ancorché privo delle relative qualificazioni. Per contro, le seconde possono essere eseguite direttamente dall'aggiudicatario solo se dotato della relativa qualificazione e vengono pertanto anche definite "a qualificazione obbligatoria". Entrambe le tipologie di lavorazioni sono subappaltabili: nel primo caso "*il ricorso al subappalto, ai fini dell'affidamento delle lavorazioni scorporabili come di quelle riconducibili alla categoria prevalente, riveste carattere meramente eventuale e facoltativo, rispondendo a scelte discrezionali, organizzative ed economiche, dell'impresa concorrente*" (Cons. St., Sez. III, ord. 10 giugno 2020, n. 3702); nel secondo caso, invece, le lavorazioni non possono essere eseguite direttamente dall'aggiudicatario privo della relativa qualificazione e pertanto devono essere necessariamente subappaltate ad un soggetto qualificato.

(18) Il concorrente privo della qualificazione in alcune categorie richieste dal bando che partecipi alla gara senza manifestare la volontà di affidare in subappalto i lavori rientranti nelle categorie per i quali è privo di qualificazione non viene ammesso alla gara, poiché ove aggiudicatario non potrebbe eseguire i lavori.

Secondo la pronuncia in commento, il mancato possesso della qualificazione obbligatoria può essere supplito e sostituito dal ricorso al subappalto, in tal modo si evidenzia che tale istituto viene in rilievo in sede di partecipazione alla gara in quanto "sostitutivo" del requisito di qualificazione mancante (punto 6.3). Così si mette in luce una commistione tra la fase di gara (partecipazione e qualificazione degli offerenti) e la fase di esecuzione (realizzazione della prestazione), con conseguente fungibilità del subappalto rispetto al raggruppamento temporaneo e all'avvalimento.

La dichiarazione relativa al subappalto viene ad assumere un ruolo e una funzione fondamentale di integrazione della qualificazione[19]. In ogni caso, la validità e l'efficacia del subappalto postula, quale condizione indefettibile, che il concorrente abbia indicato in fase di offerta le lavorazioni che intende subappaltare. Al riguardo la dichiarazione di subappalto incompleta da parte del concorrente può determinare l'esclusione dalla gara[20].

Altra prospettazione rileva che nel subappalto necessario è attraverso l'intermediazione del subappaltatore che viene fornita la specifica attestazione SOA richiesta per le categorie a qualificazione obbligatoria[21]. Occorrerebbe quindi considerare il *proprium* del subappalto, non equiparandolo totalmente all'avvalimento per l'analogia individuata sotto il profilo funzionale. Il subappalto, dunque, potrebbe avere la funzione di integrazione dei requisiti mancanti del concorrente solo in maniera lata e peculiare, perché limitato alla sola fase esecutiva e soprattutto perché non si verifica un cumulo di requisiti in capo all'appaltatore o un vincolo di solidarietà di cui il committente può giovarsi[22].

---

(19) G. Fumel, *op. cit.*, p. 36, solo nell'ambito di tale dichiarazione, attraverso l'indicazione delle lavorazioni a qualificazione obbligatoria, il concorrente che non sia autonomamente in possesso delle qualificazioni anche in tali categorie potrà essere qualificato ed ammesso alla gara dalla stazione appaltante.

(20) La giurisprudenza ha confermato che in sede di presentazione dell'offerta non è necessaria l'indicazione nominativa dell'impresa subappaltatrice anche in caso di subappalto necessario Cons. St., Sez. V, 20 agosto 2019, n. 5745; Cons. St., Ad. plen., 2 novembre 2015, n. 9.

(21) G. M. Militerni, *op. cit.*, p. 813, osserva che il subappalto necessario rappresenta una soluzione che l'ordinamento affianca ai due istituti dell'avvalimento e del raggruppamento temporaneo di imprese, ma sarebbe inappropriato confondere gli ambiti in cui le diverse soluzioni producono effetto. L'avvalimento ed il RTI consentono effettivamente al concorrente di integrare i propri requisiti con quelli posseduti da altri soggetti, permettendo non solo di partecipare alla gara, ma anche di eseguire tutti i lavori. Il subappalto, invece, rappresenta una soluzione che interviene nella sola fase esecutiva, momento in cui si presenta il problema di sopperire alla inadeguata qualificazione per eseguire determinate categorie di prestazioni.

(22) G. M. Militerni, *op. cit.*, p. 813, nel caso del subappalto, l'appaltatore rimane pur sempre sfornito dell'attestazione SOA necessaria a tali lavorazioni (visto che il subappalto non crea l'effetto di sommare i requisiti del subappaltatore a quelli

Il subappalto necessario, la cui *ratio* si rinviene nell'apertura del mercato dei contratti pubblici alla concorrenza, è ammesso *ex lege* indipendentemente dalle previsioni dei documenti di gara negli appalti di lavori[23]. L'istituto, pur se espressamente previsto solo dalla normativa in materia di lavori pubblici, trova applicazione anche ai contratti di servizi e forniture[24].

ELISA ZIMEI

dell'affidatario) né la stazione appaltante vede aumentare il numero dei soggetti che si obbligano nei suoi confronti ad eseguire le categorie scorporabili a qualificazione obbligatoria (visto che il subappalto non crea un vincolo di solidarietà passiva tra appaltatore e subappaltatore).

(23) TAR Calabria, Reggio Calabria, 15 novembre 2021 n. 878 (punto 10), pronunciandosi in merito ad una controversia concernente i limiti del ricorso all'istituto del cosiddetto "subappalto necessario", afferma che il subappalto necessario, essendo previsto e disciplinato dalla legge (art. 12, comma 2, lett. *b*, d.l. n. 47 del 2014), si applica nelle procedure di gara a prescindere da qualsiasi espresso richiamo da parte dei bandi. In particolare, il giudice evidenzia la *ratio* del subappalto "necessario" o "qualificante" che, consentendo di partecipare a gare per l'affidamento di lavori pubblici anche a concorrenti privi delle qualificazioni relative a talune lavorazioni da affidare ad imprese in possesso delle qualificazioni richieste, persegue l'obiettivo dell'apertura del mercato dei contratti pubblici alla concorrenza nella misura più ampia possibile, a vantaggio non soltanto degli operatori economici ma anche delle stesse amministrazioni aggiudicatrici. Inoltre, il giudice ricorda che l'istituto aveva trovato disciplina normativa nell'art. 109, d.P.R. n. 207 del 2010, abrogato e sostituito dall'art. 12, d.l. n. 47 del 2014. Tale ultima disposizione è stata, a propria volta, abrogata dall'art. 217, d.lgs. n. 50 del 2016, a decorrere dalla data di entrata in vigore del nuovo codice dei contratti pubblici, ma limitatamente ai commi 3, 5, 8, 9 e 11, per cui restano in vigore i primi due commi della norma in parola che disciplinano, appunto, le categorie riguardanti opere speciali suscettibili di "subappalto necessario" in favore di imprese in possesso delle relative qualificazioni. Pertanto, il concorrente qualificato nella categoria prevalente è legittimato a sopperire, tramite il subappalto necessario, al mancato possesso dei requisiti di idoneità richiesti per lo svolgimento delle attività accessorie ricondotte dalla *lex specialis* nella categoria prevalente. TAR Sardegna, Cagliari, Sez. II, 27 novembre 2020, n. 661, l'istituto, pur non espressamente regolato dal d.lgs. n. 50 del 2016, è applicabile nell'attuale quadro normativo.

(24) La giurisprudenza si è espressa in senso favorevole TAR Lombardia, Milano, Sez. IV, 30 novembre 2021, n. 2641 (punto 2.1).

TAR LAZIO, Roma, Sez. II, 6 aprile 2022, n. 4005 – Riccio *Presidente*, Monica *Estensore* – M. s.c.p.a. in a.s. (avv.ti Esposito e Ciervo) c. Consip (Avv. gen. Stato), D.S. s.r.l. (avv. Perfetti).

Gara – Partecipazione – Impresa in amministrazione straordinaria – Mancata prestazione delle garanzie di legge – Esclusione – Legittimità.

Non essendo rinvenibile in materia nessuna norma che consenta di poter considerare la procedura di amministrazione straordinaria quale fattispecie derogatoria rispetto agli adempimenti previsti dall' art. 93 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, deve ritenersi legittima l'esclusione dalla gara dell'impresa in amministrazione straordinaria che abbia omesso di produrre le garanzie provvisorie richieste per la presentazione dell'offerta, gli impegni per il rilascio delle definitive ed il loro rinnovo.

Fatto e Diritto. – [*omissis*] Con successivo ricorso per motivi aggiunti, la ricorrente impugna il nuovo ed ulteriore provvedimento di esclusione dagli stessi lotti della gara in questione – emesso dalla stazione appaltante il 27 ottobre 2021, a seguito della riammissione (in ossequio al richiamato disposto cautelare) della M alla procedura di gara – "*poiché le offerte risultano prive della cauzione provvisoria di € 3.440.000,00 e dell'impegno a prestare, in caso di aggiudicazione, la cauzione cosiddetta definitiva, entrambi elementi essenziali per la legittima presentazione dell'offerta ai sensi dell'art. 93, d.lgs. n. 50 del 2016 e s.m.i. e quindi della partecipazione alla gara dell'operatore economico*".

La ricorrente, nel valorizzare la peculiarità della situazione che interessa un'impresa in amministrazione straordinaria, fa valere l'illegittimità di tale nuova determinazione di estromissione, oltre che "*in via derivata*", per eccesso di potere, lamentando che Consip, escludendola dalla partecipazione alla gara, avrebbe di fatto precluso ai propri Commissari il perseguimento degli obiettivi di risanamento assegnati loro dal Ministero dello Sviluppo Economico.

Con successive memorie sia la Consip che la D.S s.r.l., replicavano sulla legittimità (anche) della seconda estromissione disposta in danno della M, entrambe evidenziando l'indispensabilità degli omessi adempimenti.

Seguiva il deposito di ulteriori memorie di replica in cui ciascuna delle parti ribadiva le proprie opposte tesi difensive.

All'udienza pubblica del 9 marzo 2022, la causa veniva trattata e, dunque, trattenuta in decisione.

[*omissis*]

Passando, dunque, ad esaminare il merito delle censure formulate nell'ultimo ricorso per motivi aggiunti depositato il 30 novembre 2021, la M – muovendo dall'analisi del dato normativo e dalle finalità che la procedura di amministrazione straordinaria persegue – sostiene che l'esclusione disposta da Consip (a seguito della sua riammissione alla procedura) per omessa prestazione delle cauzioni provvisorie e dell'impegno a prestare cauzione definitiva in caso di aggiudicazione sarebbe anch'essa illegittima (oltre per in via derivata) per vizi propri, in quanto precluderebbe la continuità dell'attività economica della ricorrente e, per l'effetto, il raggiungimento di quegli obiettivi di risanamento, invero, sottesi alla procedura di amministrazione straordinaria.

Ebbene, ciò posto, il Collegio è dell'avviso che tale censura non sia meritevole di accoglimento, in ragione di quanto previsto dall'art. 93, d.lgs. n. 50 del 2016, nonché vieppiù coerentemente stabilito nella *lex specialis* di gara, non essendo rinvenibile in materia nessuna norma che consenta di poter considerare la procedura di amministrazione straordinaria quale fattispecie derogatoria rispetto agli adempimenti ivi prescritti.

Tale art. 93 – rubricato "*Garanzie per la partecipazione alla procedura*" – sancisce, infatti, che "*L'offerta è corredata da una garanzia fideiussoria, denominata "garanzia provvisoria ...* (che)*copre la mancata sottoscrizione del contratto dopo l'aggiudicazione dovuta ad ogni fatto riconducibile all'affidatario ...* (e) *deve avere efficacia per almeno centottanta giorni dalla data di presentazione dell'offerta*". Inoltre, "*Il bando o l'invito possono richiedere una garanzia con termine di validità maggiore o minore, in relazione alla durata presumibile del procedimento, e possono altresì prescrivere che l'offerta sia corredata dall'impegno del garante a rinnovare la garanzia, su richiesta della stazione appaltante nel corso della procedura, per la durata indicata nel bando, nel caso in cui al momento della sua scadenza non sia ancora intervenuta l'aggiudicazione*".

Stabilisce, altresì, tale articolo che "*L'offerta è altresì corredata, a pena di esclusione, dall'impegno di un fideiussore, anche diverso da quello che ha rilasciato la garanzia provvisoria, a rilasciare la garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto*".

Il paragrafo 10 del Capitolato d'oneri – peraltro, nemmeno impugnato dalla ricorrente – nel riprodurre sostanzialmente il contenuto della richiamata disposizione codicistica, prescriveva, inoltre, che:

– "*L'offerta è corredata da: 1) una garanzia provvisoria, come definita dall'art. 93, codice ...*; 2) *una dichiarazione di impegno, da parte di un istituto bancario o assicurativo o altro soggetto di cui all'art. 93, comma 3, codice, anche diverso da quello che ha rilasciato la garanzia provvisoria, a rilasciare garanzia fideiussoria definitiva ai sensi dell'articolo 93, comma 8, codice, qualora il concorrente risulti affidatario* (...);

– "*in caso di partecipazione a più lotti dovranno essere prestate tante distinte ed autonome garanzie provvisorie e impegni al rilascio della definitiva quanti sono i lotti cui si intende partecipare*";

– la garanzia provvisoria deve "*avere validità per 360 giorni dal termine ultimo per la presentazione dell'offerta*" ed "*essere corredata dall'impegno del garante a rinnovare la garanzia ai sensi dell'art. 93, comma 5, codice, su richiesta della stazione appaltante per il tempo necessario alla conclusione delle operazioni di gara, nel caso in cui al momento della sua scadenza non sia ancora intervenuta l'aggiudicazione*";

– inoltre "*in caso di richiesta di estensione della durata e validità dell'offerta e della garanzia fideiussoria – il concorrente può produrre una nuova garanzia provvisoria di altro garante, in sostituzione della precedente, a condizione che abbia espressa decorrenza dalla data di presentazione dell'offerta*";

– infine, "*nel caso in cui alla data di scadenza della validità delle offerte le operazioni di gara siano ancora in corso, la stazione appaltante potrà richiedere agli offerenti, ai sensi dell'art. 32, comma 4, codice, di confermare la validità dell'offerta sino alla data che sarà indicata e di produrre un apposito documento attestante la validità della garanzia prestata in sede di gara fino alla medesima data. Il mancato riscontro alla richiesta della stazione appaltante sarà considerato come rinuncia del concorrente alla partecipazione alla gara*".

Ebbene, la giurisprudenza amministrativa è, al riguardo, pressoché unanime nel ritenere che il citato art. 93, in ragione della sua struttura nonché della funzione che espressamente attribuisce alla garanzia provvisoria – destinata, come visto, a coprire la mancata sottoscrizione del contratto dopo l'aggiudicazione per fatto non imputabile alla stazione appaltante – pur in assenza di una esplicita comminatoria imponga a pena di esclusione la sua prestazione (da ultimo, Cons. St., Sez. V, n. 2483 del 2021).

Sebbene, infatti, detto inadempimento non sia testualmente presidiato dalla sanzione espulsiva, tale norma detta una prescrizione che rientra tra le norme che comunque *"contemplano cause di esclusione"* in ragione dell'imposizione di *"adempimenti doverosi,* anche alla luce dell'orientamento espresso sul punto dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 21 del 2012 e n. 9 del 2014 (rese con riguardo al principio di tassatività delle cause di esclusione di cui art. 46, comma 1 *bis*, d.lgs. n. 163 del 2006, ora contenuto all'art. 83, comma 8, d.lgs. n. 50 del 2016), secondo cui, sempre nella logica del *numerus clausus*, "*la tassatività può ritenersi rispettata anche ... allorquando sia certo il carattere imperativo del precetto che impone un determinato adempimento ai partecipanti ad una gara*".

Ne discende come, a fronte della previsione di un siffatto obbligo generalizzato – vale dire, posto indistintamente a carico di tutti i partecipanti alla gara – di produzione della garanzia a corredo della propria offerta, Consip non avrebbe potuto legittimamente consentire che la partecipazione alla gara della M proseguisse pur in assenza di un tale adempimento, non rinvenendosi in materia una disposizione che preveda che l'impresa in amministrazione straordinaria ne sia esentata, così come da quello – ugualmente doveroso ed imperativo – di prestare, in caso di aggiudicazione, la cauzione definitiva.

Come, infatti, non è possibile rintracciare nell'ordinamento una disposizione che vieti alla stazione appaltante di escludere un operatore economico a cui sia contestato l'illecito professionale ai sensi dell'art 80, comma 5, lett. c) solamente per il fatto di essere in amministrazione straordinaria, *a fortiori* non è ugualmente rinvenibile una norma che consenta di considerare l'ammissione a detta procedura in termini derogatori rispetto agli adempimenti posti a carico dei concorrenti in vista della conclusione del contratto da parte dell'aggiudicatario.

Le imprese in amministrazione straordinaria partecipano, infatti, alle procedure ad evidenza pubblica nel rispetto delle prescrizioni del Co-

dice dei contratti pubblici, che trovano applicazione nei confronti di tutti i partecipanti alla gara, sicché esse soggiacciono alle medesime regole vigenti per qualunque concorrente, dovendo, dunque, produrre le garanzie provvisorie richieste per la presentazione dell'offerta, gli impegni per il rilascio delle definitive ed il loro rinnovo.

Né alcun rilievo assume, in senso contrario, la circostanza che la ricorrente fosse stata riammessa (con riserva) alla procedura in ottemperanza della richiamata pronuncia cautelare resa dalla Sezione nell'ambito di tale giudizio, assumendo, per l'effetto, la M la medesima posizione degli altri concorrenti, con conseguente sottoposizione alle stesse regole valide per costoro.

Consentire a M di partecipare alla procedura di gara in assenza dalla cauzione provvisoria sarebbe, infatti, risultato contrario al principio di imparzialità e *par conditio* in quanto lesivo degli interessi degli altri operatori economici, parimenti ammessi alla procedura di gara e, dunque, tenuti a tale adempimento richiesto per legge.

Parimenti non condivisibile appare l'assunto di pretesa illegittimità della determinazione di esclusione per aver Consip dato "*prevalenza all'interesse perseguito dalla S.A. senza alcuna considerazione dell'interesse alla base della Procedura, anch'esso di natura pubblicistica, di non pregiudicare le legittime aspettative del ceto creditorio*", esulando la tutela di siffatte istanze dalla sfera di competenza della resistente, il cui compito è, infatti, quello di svolgere le procedure di gara nel rispetto della normativa di riferimento, garantendo l'imparzialità e la *par conditio* degli operatori in gara, con il fine ultimo di mettere a disposizione delle amministrazioni aderenti, nel minor tempo possibile, gli strumenti di acquisto per l'approvvigionamento dei servizi di cui necessitano.

A ciò si aggiunga come l'atto di esclusione di cui si discorre risulti essere stato emesso all'esito di una fitta corrispondenza con l'interessata, nell'ambito della quale Consip, nell'accogliere le reiterate istanze di proroga, le concedeva quasi quattro mesi per la prestazione di quanto richiesto, così dimostrando di tenere in dovuta considerazione le difficoltà rappresentate dalla M nel produrre le appendici di estensione della validità delle cauzioni già prestate o, in alternativa, nuove garanzie anche sotto forma di deposito cauzionale, per poi, infine, escluderla a fronte della pretesa, come visto non condivisibile, di rimanere in gara senza fornire alcunché.

[omissis]

Alla luce delle considerazioni fin qui svolte, il secondo ricorso per motivi aggiunti deve essere respinto, in ragione della legittimità, sotto i profili contestati, del provvedimento di estromissione da ultimo adottato da Consip in relazione all'omessa prestazione delle cauzioni provvisorie a garanzia delle offerte presentate e del parimenti mancato impegno a prestare cauzione definitiva in caso di aggiudicazione.

Brevi considerazioni in tema di amministrazione straordinaria e contratti pubblici[1]

Sommario: 1. La fattispecie. – 2. Essenzialità e generalità dell'obbligo di garanzia. – 3. L'amministrazione straordinaria: cenni sul quadro normativo. – 4. L'amministrazione straordinaria: aspetti procedurali e sostanziali (cenni). – 5. Amministrazione straordinaria e contratti pubblici. – 5.1. Alcune questioni. – 6. Amministrazione straordinaria e raggruppamenti temporanei.

1. *La fattispecie*. – M. s.c.p.a. in amministrazione straordinaria partecipa alla gara indetta da Consip «per l'affidamento di un Accordo quadro, ai sensi dell'art. 54, comma 4, lett. *A,* d.lgs. n. 50 del 2016, avente ad oggetto i servizi di pulizia uffici, università e enti di ricerca» e da essa viene esclusa «poiché le offerte risultano prive della cauzione provvisoria di euro 3.440.000,00 e dell'impegno a prestare, in caso di aggiudicazione, la cauzione cosiddetta definitiva, entrambi elementi essenziali per la legittima presentazione dell'offerta ai sensi dell'art. 93, d.lgs. n. 50 del 2016 e successive modificazioni integrative e quindi della partecipazione alla gara dell'operatore economico».

M. s.c.p.a. in amministrazione straordinaria impugna dinanzi al TAR il provvedimento di esclusione giudicandolo illegittimo per eccesso di potere, in quanto l'estromissione dalla gara avrebbe precluso «la continuità dell'attività economica e, per l'effetto, il raggiungimento degli obiettivi di risanamento, invero, sottesi alla procedura di amministrazione straordinaria».

Il TAR ha rigettato il ricorso sottolineando da una parte la generalità dell'obbligo di produzione della garanzia a corredo dell'offerta «posto indistintamente a carico di tutti i partecipanti alla gara» dall'art. 93, d.lgs. n. 50 del 2016; dall'altra rilevando l'inesistenza di una disposizione che esoneri l'impresa in amministrazione straordinaria da tale obbligo, così come da quello di prestare, in caso di aggiudicazione, la cauzione definitiva.

La questione non risulta essere stata vagliata in precedenza dalla giurisprudenza, fatta eccezione per un caso di revoca dell'aggiudicazione intervenuta nei confronti di soggetto inizialmente *in bonis* ma successivamente ammesso alla procedura di amministrazione straordinaria, per mancata trasmissione della cauzione definitiva ripetutamente richiesta dalla stazione appaltante ai fini della stipula del contratto[2].

La decisione del TAR allo stato non risulta impugnata.

---

(1) Il presente contributo è stato ultimato in data 11 luglio 2022. La giurisprudenza amministrativa se non diversamente indicato, è reperibile su *www.giustizia-amministrativa.it*. La giurisprudenza ordinaria, se non diversamente indicato, è reperibile su *dejure.it*

(2) Cfr. TAR Lazio, Roma, 12 dicembre 2012, n. 10339. Nel caso esaminato dal TAR Lazio nella sentenza citata n. 10339 del 2012 era accaduto che successivamente

2. *Essenzialità e generalità dell'obbligo di garanzia*. – Sull'essenzialità e generalità dell'obbligo di prestare la garanzia a corredo dell'offerta, e, in caso di aggiudicazione, la cauzione definitiva, non ci soffermeremo a lungo, giacché il tema non è controverso.

Rammentiamo brevemente che nella vigenza, codice del 2006 la giurisprudenza amministrativa aveva ripetutamente affermato il carattere latamente sanzionatorio, ma di natura solo patrimoniale e non anche amministrativa, dell'incameramento della garanzia provvisoria che poteva intervenire sia ai sensi dell'art. 48, comma 1 (per l'ipotesi del controllo a campione con esito negativo circa il possesso dei cosiddetti "requisiti speciali"), sia ai sensi dell'art. 75 (per il caso che il contratto non venisse sottoscritto per fatto dell'affidatario)[3].

Il nuovo codice del 2016 ha innovato sul punto limitando la possibilità di escutere la garanzia provvisoria al solo fatto della mancata sottoscrizione del contratto per fatto riconducibile all'affidatario[4], peraltro, come da ultimo ritenuto dal Consiglio di Stato in Plenaria, esclusivamente con riferimento al «periodo compreso tra l'aggiudicazione ed il contratto e non anche al periodo compreso tra la "proposta di aggiudicazione" e l'aggiudicazione»[5].

La norma di riferimento è ora l'art. 93, codice rubricato «Garanzie per la partecipazione alla procedura», il quale, fra l'altro, al

---

all'aggiudicazione definitiva disposta nel 2002, l'affidatario era stato ammesso nel luglio del 2003 alla procedura di amministrazione straordinaria. In più occasioni la stazione appaltante aveva richiesto all'operatore economico di produrre la polizza di cui all'art. 30, l. n. 109 del 1994, *ratione temporis* applicabile, senza ottenere riscontro. Sicché nel settembre del 2004 veniva disposta la revoca con la «necessaria motivazione sull'interesse pubblico alla realizzazione dei lavori di cui ai riferimenti normativi ivi presenti agli artt. 10, comma 1 *ter*, e 30, l. n. 104 del 1994 nonché all'art. 119 d.P.R. n. 554 del 1999». L'*ex* affidatario ha quindi impugnato il provvedimento di revoca evidenziando il suo sopravvenuto stato di Amministrazione straordinaria e richiamando gli artt. 50 e 51, d.lgs. n. 270 del 1999 «che imponevano la continuazione dei contratti in corso al momento della dichiarazione dello stato di insolvenza, salva la facoltà dei soli Commissari straordinari di sciogliere il vincolo contrattuale [...]». Il TAR ha respinto il ricorso ed ha dichiarato legittima la revoca, in quanto dalla documentazione acquisita agli atti del giudizio emergeva che «la revoca non [era] stata disposta per la dichiarazione dello stato d'insolvenza della ricorrente, con la conseguenza della irrilevanza delle argomentazioni dedotte nel ricorso introduttivo legato all'operatività degli artt. 50 e 51 d.lgs. n. 270 del 1999, ma per un motivo ben preciso, individuato in un "grave inadempimento"» agli obblighi di legge. La decisione non è stata impugnata.

(3) Cons. St., Ad. plen., 4 ottobre 2005, n. 8; Cons. St., Ad. plen., 10 dicembre 2014, n. 34; Cons. St., Sez. IV, 9 giugno 2015, n. 2829; Cons. St., Sez. IV, 19 novembre 2015, n. 5280; Cons. St., Sez. V, 19 aprile 2017, n. 1818; Cons. St., Sez. V, 27 luglio 2017, n. 3701; Cons. St., Sez. V, 21 aprile 2019, n. 63; Cons. St., Sez. V, 26 aprile 2021, n. 3299 (ord).

(4) Cons. St., Sez. IV, 4 gennaio 2022, n. 26.

(5) Cons. St., Ad. plen., 26 aprile 2022, n. 7.

comma 6 prevede che «La garanzia copre la mancata sottoscrizione del contratto dopo l'aggiudicazione dovuta ad ogni fatto riconducibile all'affidatario o all'adozione di informazione antimafia interdittiva emessa ai sensi degli articoli 84 e 91 del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159; la garanzia è svincolata automaticamente al momento della sottoscrizione del contratto».

La peculiare disciplina dettata al comma 4 dell'art. 93, codice[6], in deroga all'art. 1936, cod. civ., non fa sorgere dubbio in ordine alla identificazione della garanzia in questione con lo schema del contratto autonomo di garanzia[7], che, nella fase fisiologica, «assolve alla funzione di evidenziare la serietà e l'affidabilità dell'offerta, con obbligo dell'amministrazione di restituire la prestazione al momento della sottoscrizione del contratto» e, nella fase patologica, «ha natura di rimedio di autotutela, con funzione compensativa, potendo l'amministrazione incamerare il bene consegnato a titolo di liquidazione forfettaria dei danni relativi alla fase procedimentale»[8].

La giurisprudenza è peraltro concorde nel ritenere che, nonostante l'art. 93, cit. non contenga una esplicita comminatoria di esclusione per l'evenienza della sua violazione, cionondimeno le sue prescrizioni rientrano tra le norme che contemplano cause di esclusione, anche ai sensi dell'art. 83, comma 8, codice, secondo cui «I bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle previste dal presente codice e da altre disposizioni di legge vigenti. Dette prescrizioni sono comunque nulle»[9].

---

(6) L'art. 93, comma 4, codice stabilisce che: «La garanzia deve prevedere espressamente la rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale, la rinuncia all'eccezione di cui all'articolo 1957, secondo comma, del codice civile, nonché l'operatività della garanzia medesima entro quindici giorni, a semplice richiesta scritta della stazione appaltante».

(7) Cass., Sez. un., 18 febbraio 2010, n. 3947.

(8) Cons. St., Ad. plen., 26 aprile 2022, n. 7.

(9) Cfr. al riguardo l'orientamento espresso sul punto da Cons. St., Ad. plen., 7 giugno 2012, n. 21 (con riguardo alla originaria introduzione nell'ordinamento del principio di tassatività delle cause di esclusione con l'art. 46, comma 1 *bis*, d.lgs. n. 163 del 2006, disposizione ora contenuta all'art. 83, comma 8, cit.), secondo cui fra le cause di esclusione previste dalla disciplina sui procedimenti di affidamento di contratti pubblici rientrano non solo le ipotesi di violazione di prescrizioni imposte dal Codice dei contratti pubblici o da altre leggi, le quali prevedano espressamente – quale conseguenza della violazione – l'esclusione dalla gara, ma anche quelle norme che impongano adempimenti doverosi o introducano, comunque, norme di divieto, pur senza prevedere espressamente l'esclusione. In seguito Cons. St., Ad. plen., 25 febbraio 2014, n. 9, ha ribadito come «l'esclusione dalla gara è disposta sia nel caso in cui il codice, la legge statale o il regolamento attuativo la comminino espressamente, sia nell'ipotesi in cui impongano "adempimenti doverosi" o introducano, comunque, "norme di divieto" pur senza prevedere espressamente l'esclusione ma

Considerata quindi l'essenzialità della funzione svolta dalla garanzia provvisoria in vista della conclusione del contratto da parte dell'aggiudicatario, si è ritenuto non solo che la clausola del disciplinare di gara che preveda espressamente l'esclusione dalla procedura di gara in caso di violazione dell'art. 93, codice non è nulla, ma anche che l'esclusione dalla gara sia legittima pur in mancanza di una clausola del bando che espressamente preveda la conseguenza espulsiva[10].

La decisione del TAR Lazio in commento è conforme ai principi ricordati.

In essa si legge infatti che «a fronte della previsione di un siffatto obbligo generalizzato – vale dire, posto indistintamente a carico di tutti i partecipanti alla gara – di produzione della garanzia a corredo della propria offerta, Consip non avrebbe potuto legittimamente consentire che la partecipazione alla gara della M... proseguisse pur in assenza di un tale adempimento, non rinvenendosi in materia una disposizione che preveda che l'impresa in amministrazione straordinaria ne sia esentata, così come da quello – ugualmente doveroso ed imperativo – di prestare, in caso di aggiudicazione, la cauzione definitiva».

Se pure la conclusione cui perviene il TAR appare, nello specifico, corretta – attesa, sotto il profilo della disciplina dei contratti pubblici, la perentorietà dell'obbligo di prestare la garanzia, e sotto il profilo della disciplina concorsuale, l'assenza di specifiche disposizioni derogatorie rispetto all'obbligo predetto – la motivazione suscita qualche perplessità ove assertivamente afferma in via generale che: «le imprese in amministrazione straordinaria partecipano, infatti, alle procedure ad evidenza pubblica nel rispetto delle prescrizioni del codice dei contratti pubblici, che trovano applicazione nei confronti di tutti i partecipanti alla gara, sicché esse soggiacciono alle medesime regole vigenti per qualunque concorrente, ...».

L'affermazione del TAR merita un approfondimento per verificarne la tenuta. A tal fine, cominceremo con il ripercorrere brevemente i tratti *peculiari* dell'amministrazione straordinaria, la quale,

---

sempre nella logica del *numerus clausus*. Questa interpretazione del principio di tassatività delle cause di esclusione, in forza della quale la tassatività può ritenersi rispettata anche quando la legge, pur non prevedendo espressamente l'esclusione, imponga, tuttavia, adempimenti doverosi o introduca norme di divieto, è stata espressamente affermata dall'Adunanza plenaria nel senso della non necessità, ai sensi dell'art. 46, comma 1-*bis*, codice dei contratti pubblici, che la sanzione della esclusione sia espressamente prevista dalla norma di legge allorquando sia certo il carattere imperativo del precetto che impone un determinato adempimento ai partecipanti ad una gara (cfr. sentenze 16 ottobre 2013, n. 23 e, in particolare, 7 giugno 2012, n. 21)».

(10) Cons. St., Sez. V, 23 marzo 2021, n. 2483.

non a caso, pur rientrando fra le «procedure concorsuali»[11] cosiddetti tradizionali[12], cionondimeno non è stata inclusa nel codice della crisi di impresa e dell'insolvenza, di cui al d.lgs. n. 14 del 2019[13].

3. *L'Amministrazione straordinaria: cenni sul quadro normativo*. – L'istituto dell'amministrazione straordinaria è stato introdotto nel nostro ordinamento alla fine degli anni '70, in un contesto generale di crisi economica, come risposta all'esigenza di conservazione dell'organismo produttivo, soprattutto se di grandi dimensioni, da

(11) Con l'espressione «procedure concorsuali» si fa riferimento agli strumenti di composizione e soluzione delle crisi di impresa nel nostro ordinamento. Cionondimeno manca tuttora, sul piano normativo, una specifica definizione di esse. Una efficace nozione di «procedure concorsuali» elaborata dalla dottrina è la seguente: «... le procedure concorsuali costituiscono strumenti di composizione coattiva dei rapporti fra debitore e suoi creditori, attraverso la formazione di un patrimonio separato e la "gestione" officiosa di esso da parte di un'autorità neutra, in chiave di realizzazione della responsabilità patrimoniale del debitore», così A Nigro D. Vattermoli, *Diritto della crisi delle imprese*, V ed., Bologna, 2021, p. 44. Il d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, recante il codice della crisi di impresa e dell'insolvenza, come modificato da ultimo con il d.lgs. 17 giugno 2022, n. 83, reca all'art. 2, la lettera *mbis*) ove si definiscono gli «strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza» come «le misure, gli accordi e le procedure volti al risanamento dell'impresa attraverso la modifica della composizione, dello stato o della struttura delle sue attività e passività o del capitale, oppure volti alla liquidazione del patrimonio o delle attività che, a richiesta del debitore, possono essere preceduti dalla composizione negoziata della crisi».

(12) Rientrano fra le procedure concorsuali cosiddetti "tradizionali" il fallimento (divenuto nel codice della crisi "liquidazione giudiziale"), la liquidazione coatta amministrativa, il concordato preventivo, l'amministrazione controllata (soppressa con il d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5), l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza; a queste si sono aggiunte in seguito, con la l. 27 gennaio 2012, n. 3, come modificata dal d.l. 18 ottobre 2012, n. 179 (v. art. 18), conv. dalla l. 17 dicembre 2012, n. 221, tre procedure per la soluzione delle crisi da sovraindebitamento, vale a dire le procedure di accordo, di piano del consumatore, di liquidazione del patrimonio, confluite nel codice della crisi e dell'insolvenza, alle quali possono accedere tutti i soggetti debitori (persone fisiche o giuridiche, imprenditori, professionisti o semplici consumatori) non assoggettabili alle procedure "tradizionali". Da ultimo, cfr. l'art. 64 *bis*, d.lgs. n. 14 del 2019, inserito con d.lgs. 17 giugno 2022, n. 83, che disciplina un nuovo strumento di regolazione della crisi, vale a dire il «Piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione».

(13) L'entrata in vigore del codice della crisi di impresa e dell'insolvenza inizialmente prevista dall'art. 389 per il 15 agosto 2020 (18 mesi dalla pubblicazione del d.lgs. n. 14 del 2019 nella Gazzetta Ufficiale del 14 febbraio 2019), dopo plurimi differimenti è stata da ultimo fissata al 15 luglio 2022, ad opera dell'art. 42, comma 1, lett. *a*, d.l. 30 aprile 2022, n. 36, recante «Ulteriori misure urgenti per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR)», convertito con modificazioni dalla l. 29 giugno 2022, n. 79, anche in considerazione del termine ultimo fissato per il recepimento da parte dell'Italia, Direttiva 2019/1023/UE «riguardante i quadri di ristrutturazione preventiva, l'esdebitazione e le interdizioni, e le misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza ed esdebitazione, e che modifica la Direttiva (UE) 2017/1132 (Direttiva sulla ristrutturazione e sull'insolvenza)».

considerare quale valore in sé, oltre che in ragione degli interessi anche di rilevanza sociale ad esso sottesi.

Le fondamentali tappe normative da rammentare sono le seguenti:

- d.l. 30 gennaio 1979, n. 26, convertito con modificazioni dalla l. 3 aprile 1979, n. 95, «concernente provvedimenti urgenti per l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi», cosiddetta "legge Prodi, fatta oggetto di stringenti critiche in ambito comunitario in quanto risultata incompatibile con le disposizioni in materia di aiuti di Stato previste dal Trattato(14) e dunque presto radicalmente riformata;

- d.lgs. 8 luglio 1999, n. 270, che ha introdotto la «Nuova disciplina dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza, a norma dell'articolo 1 della legge 30 luglio 1998, n. 274», cosiddetta "legge Prodi *bis*", per superare la situazione di conflitto, cui si è accennato, con l'ordinamento comunitario(15), «con finalità conservative del patrimonio produttivo, mediante prosecuzione, riattivazione o riconversione delle attività imprenditoriali» (art. 1), destinata alle imprese con un numero di lavoratori subordinati, compresi quelli ammessi al trattamento di integrazione e guadagni, non inferiore a *duecento* da almeno un anno (art. 2)(16);

- d.l. 23 dicembre 2003, n. 347, convertito con modifiche, dalla l. 18 febbraio 2004, n. 39, recante «Misure urgenti per la ristrutturazione industriale di grandi imprese in stato di insolvenza», cosiddetta "legge Marzano", che ha introdotto una variante della legge Prodi *bis* sulla spinta causata dall'emergenza del "caso Parmalat" e destinata alla gestione delle crisi delle *grandissime* imprese, vale a dire quelle con un numero di lavoratori subordinati, compresi

---

(14) Cfr. artt. 87 e 88, Trattato CE, nonché ora, art. 107, Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE).

(15) E.M. Appiano, *La compatibilità della nuova amministrazione straordinaria con le norme del trattato in materia di aiuti*, in *Contratto e Impresa/Europa,* 2000, p. 901.

(16) L'art. 2, d.lgs. n. 270 del 1999, rubricato: «Imprese soggette all'amministrazione straordinaria», prevede:

«1. Possono essere ammesse all'amministrazione straordinaria, alle condizioni e nelle forme previste dal presente decreto, le imprese, anche individuali, soggette alle disposizioni sul fallimento che hanno congiuntamente i seguenti requisiti:

a) un numero di lavoratori subordinati, compresi quelli ammessi al trattamento di integrazione dei guadagni, non inferiore a duecento da almeno un anno,

b) debiti per un ammontare complessivo non inferiore ai due terzi tanto del totale dell'attivo dello stato patrimoniale che dei ricavi provenienti dalle vendite e dalle prestazioni dell'ultimo esercizio.

1 *bis*. Le imprese confiscate ai sensi della legge 31 maggio 1965, n. 575, e successive modificazioni, possono essere ammesse all'amministrazione straordinaria, alle condizioni e nelle forme previste dal presente decreto, anche in mancanza dei requisiti di cui alle lett. *a* e *b* del comma 1».

quelli ammessi al trattamento di integrazione e guadagni, non inferiore a *cinquecento* da almeno un anno (art. 1)[17].

Va ancora rammentato che nel gennaio del 2015 è stata costituita la Commissione ministeriale per elaborare proposte di interventi di riforma, ricognizione e riordino della disciplina delle procedure concorsuali, presieduta dal Presidente di Sezione della Corte di cassazione, Dott. Renato Rordorf.

Nella Relazione allo schema di legge delega datata 29 dicembre 2015[18], senza disconoscere le peculiarità della procedura di amministrazione straordinaria da rinvenirsi nelle «esigenze di tipo economico-sociale, derivanti dalla crisi di imprese la cui dimensione o la cui funzione sia tale da poter provocare gravi ripercussioni occupazionali o comunque da richiedere un intervento governativo per ragioni di pubblico interesse» (esigenze nelle quali trovano fondamento le speciali competenze riservate all'autorità amministrativa); nondimeno veniva sottolineata la profonda trasformazione nel frattempo intervenuta nell'ambito delle (altre) procedure concorsuali (che per contrapposizione si possono considerare "ordinarie"), non più improntate a logiche di tipo liquidatorio, ed anzi prevalentemente orientate «alla salvaguardia della continuità aziendale», ed in tal senso veniva rilevata la possibilità (e l'opportunità) di valorizzare i principi ispiratori comuni, con «l'obiettivo di elaborare un progetto di riforma organico delle diverse procedure concorsuali che il nostro ordinamento giuridico oggi contempla»[19].

In seguito tuttavia i "tratti peculiari" dell'amministrazione straordinaria sono (evidentemente) prevalsi sui "tratti comuni" con le altre procedure concorsuali, sicché, dopo lo stralcio dal disegno di legge delega dell'art. 15, dedicato appunto all'amministrazione stra-

---

(17) L'art. 1, d.l. 23 dicembre 2003, n. 347, convertito con modifiche, dalla l. 18 febbraio 2004, n. 391, rubricato: «Requisiti per l'ammissione», prevede:

«Le disposizioni del presente decreto si applicano alle imprese soggette alle disposizioni sul fallimento in stato di insolvenza che intendono avvalersi della procedura di ristrutturazione economica e finanziaria di cui all'articolo 27, comma 2, lettera *b)*, del decreto legislativo 8 luglio 1999, n. 270, di seguito denominato: "decreto legislativo n. 270", ovvero del programma di cessione dei complessi aziendali, di cui all'articolo 27, comma 2, lettera *a)*, del medesimo decreto, purché abbiano, singolarmente o, come gruppo di imprese costituito da almeno un anno, entrambi i seguenti requisiti:

a) lavoratori subordinati, compresi quelli ammessi al trattamento di integrazione dei guadagni, non inferiori a cinquecento da almeno un anno;

b) debiti, inclusi quelli derivanti da garanzie rilasciate, per un ammontare complessivo non inferiore a trecento milioni di euro».

(18) Relazione allo schema di legge delega per la riforma delle procedure concorsuali, in *www.giustizia.it*

(19) Sul contenuto del cosiddetto Progetto Rordorf, cfr. S. Ambrosini, *Il nuovo diritto della crisi d'impresa: l. 132/2015 e prossima riforma organica*, Bologna, 2016, in particolare p. 164 ss.

ordinaria, il codice della crisi di impresa e dell'insolvenza di cui al d.lgs. n. 14 del 2019 non si occupa dell'amministrazione straordinaria, ed anzi ribadisce all'art. 1, comma 2, fra l'altro, che: «Sono fatte salve le disposizioni delle leggi speciali in materia di: *a)* amministrazione straordinaria delle grandi imprese».

Di converso è tutt'ora all'esame del Senato il disegno di legge delega al Governo per la riforma della disciplina dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza che prevede di «introdurre un'unica procedura di amministrazione straordinaria, con finalità conservative del patrimonio produttivo, diretta alla regolazione dell'insolvenza di singole imprese ovvero, alle condizioni indicate dall'articolo 81 del decreto legislativo 8 luglio 1999, n. 270, di gruppi di imprese che, in ragione della loro notevole dimensione, assumano un rilievo economico-sociale di carattere generale, anche sotto il profilo della tutela occupazionale»[(20)].

Ma non è questa la sede per approfondirne l'esame.

4. *L'Amministrazione straordinaria: aspetti procedurali e sostanziali* (*cenni*). – Senza volerci addentrare nelle problematiche specifiche e complesse sottese alla procedura concorsuale in esame, ma per meglio comprendere la "relazione" che corre fra l'amministrazione straordinaria e la disciplina dei contratti pubblici, può essere utile rammentare schematicamente almeno qualcuno dei tratti procedurali[(21)] che rendono *peculiare* l'amministrazione straordinaria[(22)].

Una sintesi efficace[(23)] delle caratteristiche strutturali dell'istituto regolato dal d.lgs. n. 270 del 1999 descrive l'amministrazione straordinaria come una procedura:

– *bifasica* quanto al momento iniziale;

– *binaria* quanto ai contenuti operativi;

– *bicefala* quanto alla composizione dell'apparato di organi.

Esaminiamo brevemente più da vicino le rammentate caratteristiche.

a) Apertura del procedimento.

Si caratterizza per la presenza di due fasi di natura sub-pro-

(20) Art. 2, lett. *a*, d.d.l. 2434, Fascicolo Iter d.d.l. S. 2434, Delega al Governo per la riforma della disciplina dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza, 10 luglio 2022, in *www.senato.it*.

(21) Cfr. per gli opportuni approfondimenti M.C. Giorgetti, *Aspetti procedurali delle amministrazioni straordinarie*, in D. Corrado, *Le Amministrazioni Straordinarie – I Quaderni*, a cura di G. Rocca, n. 74, p. 18 e ss., in *odcec.mi.it*.

(22) Prenderemo a riferimento la disciplina relativa alla amministrazione straordinaria "comune", contenuta nel d.lgs. n. 270 del 1999.

(23) A. Nigro, D. Vattermoli, *Diritto della crisi delle imprese*, cit., p. 544 ss.

cedimentale[24]: *i) prima fase*: si apre con un ricorso[25] al tribunale competente[26] e si conclude con la sentenza che, ove effettivamente dichiari la sussistenza dello stato di insolvenza[27], segnerà l'inizio della seconda fase;

ii) seconda fase: si tratta di una «fase intermedia» di natura *diagnostica* finalizzata alla verifica della sussistenza di concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico. Il tribunale avrà pre-

(24) Nella procedura di amministrazione di cui al d.l. n. 347 del 2003 tale doppia fase è assente: l'ammissione alla procedura è richiesta dal debitore che ritenga di avere i requisiti con istanza motivata al Ministero dello sviluppo economico e contestualmente con ricorso al tribunale per la dichiarazione dello stato di insolvenza; il Ministro, con apposito decreto, ammette immediatamente l'impresa alla procedura e nomina il commissario straordinario, determinando lo spossessamento del debitore; ove il tribunale respinga la richiesta o accerti l'insussistenza dei requisiti per l'ammissione alla procedura, cessano gli effetti del decreto.

(25) L'apertura della procedura può essere richiesta con ricorso da parte del debitore o dei creditori (artt. 5 e 6, d.lgs. n. 270 del 1999), può essere richiesta dal pubblico ministero o disposta d'ufficio.

(26) A seguito delle modifiche apportate all'art. 3, comma 1, d.lgs. n. 270 del 1999 e all'art. 2, comma 1, d.l. 347 del 2003, dall'art. 350, d.lgs. n. 14 del 2019, ai fini dell'accertamento dello stato di insolvenza delle imprese soggette alle rammentate leggi speciali dell'amministrazione straordinaria è competente il tribunale di cui all'art. 27 del codice della crisi di impresa e dell'insolvenza, e cioè il tribunale *sede delle sezioni specializzate in materia di imprese*, anziché (com'era nella versione originaria) il tribunale del luogo in cui l'impresa ha la sede principale. Cfr. al riguardo art. 27, d.lgs. n. 14 del 2019, rubricato «Competenza per materia e per territorio» il quale dispone: «Per i procedimenti di regolazione della crisi o dell'insolvenza e le controversie che ne derivano relativi alle imprese *in* amministrazione straordinaria e ai gruppi di imprese di rilevante dimensione è competente il tribunale sede delle sezioni specializzate in materia di imprese di cui all'articolo 1 del decreto legislativo 27 giugno 2003, n. 168. Il tribunale sede della sezione specializzata in materia di imprese è individuato a norma dell'art. 4, d.lgs. 27 giugno 2003, n. 168, avuto riguardo al luogo in cui il debitore ha il centro degli interessi principali». La norma è entrata in vigore, in base all'art. 389 stesso codice, il 16 marzo 2019 (30 giorni dopo la pubblicazione in Gazzetta Ufficiale, d.lgs. n. 14 del 2019, in data 14 febbraio 2019). La disposizione è stata peraltro oggetto fin da subito di contrastanti interpretazioni e, recentemente, di esame da parte della Cassazione, che, con sentenza n. 19618 del 9 luglio 2021, ha chiarito l'ambito di applicazione della regola secondo una interpretazione letterale (e dunque restrittiva) per cui la competenza dell'ufficio sede della sezione specializzata in materia di imprese – ferma la sua competenza all'accertamento dello stato di insolvenza – è riservata ai soli procedimenti di regolazione della crisi o dell'insolvenza delle imprese *che siano già state ammesse* all'amministrazione straordinaria, disattendendo il diverso orientamento secondo il quale il riferimento contenuto all'art. 27 codice della crisi alle «imprese *in* amministrazione straordinaria» andrebbe interpretato in senso estensivo, e dunque alla stregua di imprese *assoggettabili* ad amministrazione straordinaria.

(27) Più precisamente la prima fase può concludersi con: *i)* una sentenza dichiarativa dello stato di insolvenza; *ii)* un decreto motivato di rigetto; *iii)* una sentenza dichiarativa di apertura della liquidazione giudiziale (sino al 14 luglio 2022, di fallimento) ove il tribunale rilevi l'insussistenza dei requisiti – soggettivi e oggettivi – necessari (art. 2, d.lgs. n. 270 del 1999) per essere ammessi alla procedura di amministrazione straordinaria.

viamente stabilito in sentenza se durante questo frangente la gestione dell'impresa possa rimanere in capo all'imprenditore[28] o se debba invece essere affidata al commissario straordinario[29].

b) Contenuti operativi.

La verifica delle «concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico delle attività imprenditoriali», secondo quanto espressamente disposto dall'art. 27, comma 2, d.lgs. n. 270 del 1999, «deve potersi realizzare in via alternativa:

a) tramite la cessione dei complessi aziendali, sulla base di un programma di prosecuzione dell'esercizio dell'impresa di durata non superiore ad un anno ("programma di cessione dei complessi aziendali");

b) tramite la ristrutturazione economica e finanziaria dell'impresa, sulla base di un programma di risanamento di durata non superiore a due anni ("programma di ristrutturazione")»[30].

Con decreto motivato il tribunale dichiarerà:

i) l'apertura dell'amministrazione straordinaria, se il giudizio prognostico sulle potenzialità di ripresa è positivo;

ii) la liquidazione giudiziale (sino al 14 luglio 2022, il fallimento), se il giudizio prognostico è negativo[31].

---

(28) In tal caso l'imprenditore insolvente conserva l'amministrazione dei suoi beni e l'esercizio dell'impresa, sotto la vigilanza del commissario giudiziale. Esso può compiere tutti gli atti di ordinaria amministrazione, mentre per gli atti di straordinaria amministrazione serve la previa autorizzazione scritta del giudice delegato (art. 167, l.fall., la norma è dettata in tema di concordato preventivo, ma è applicabile anche all'amministrazione straordinaria in virtù del richiamo contenuto nell'art. 18, comma 1, d.lgs. n. 270 del 1999).

(29) In tal caso si verifica immediatamente uno degli effetti tipici della liquidazione giudiziale (sino al 14 luglio 2022, del fallimento), vale a dire lo *spossessamento* completo dell'imprenditore (art. 42 l.fall. richiamato dall'art. 19, comma 3, d.lgs. n. 270 del 1999).

(30) Ma v. d.l. 23 dicembre 2003, n. 347 che prevede una deroga alla disciplina "comune", nonché art. 51, comma 1, d.l. 19 maggio 2020, n. 34, convertito con modificazioni dalla l. 17 luglio 2020, n. 77, come modificato dall'art. 37, comma 1, d.l. 21 giugno 2022, n. 73, che così dispone: «1. I termini di esecuzione dei programmi, predisposti secondo gli indirizzi di cui all'articolo 27, comma 2, del decreto legislativo 8 luglio 1999, n. 270, già autorizzati ai sensi dell'articolo 57 del medesimo decreto legislativo, delle società ammesse alla procedura di amministrazione straordinaria ai sensi del decreto-legge 23 dicembre 2003, n. 347, convertito, con modificazioni, dalla legge 18 febbraio 2004, n. 39, anche qualora già prorogati ai sensi dell'articolo 4, commi 4 *ter* e 4 *septies* del medesimo decreto-legge n. 347 del 2003, aventi scadenza successiva al 23 febbraio 2020, possono essere prorogati, con decreto del Ministro dello sviluppo economico, sulla base di motivata richiesta dell'organo commissariale, e comunque non oltre il termine del 30 novembre 2022. Analoga proroga può essere concessa per le procedure di amministrazione straordinaria di cui al decreto legislativo 8 luglio 1999, n. 270».

(31) Entro trenta giorni dal deposito della sentenza dichiarativa dello stato di insolvenza, il commissario giudiziale, in precedenza nominato dallo stesso tribunale con la medesima sentenza, è chiamato a predisporre la propria relazione nella

c) Composizione dell'apparato di organi.

Una caratteristica peculiare dell'amministrazione straordinaria è la sua natura *mista* (amministrativa e giudiziaria) correlata alla presenza di *due apparati* di organi distinti:

i) un *apparato amministrativo*, costituito da:

– *Ministero dello sviluppo economico*, cui compete: la nomina e la revoca del commissario straordinario (o dei commissari straordinari) e del comitato di sorveglianza[32]; la vigilanza sulla procedura[33]; la direzione della procedura[34] che si esplica in autorizzazione e in direttive (vincolanti); il parere in ordine alla conversione dell'amministrazione straordinaria in liquidazione giudiziale (sino al 14 luglio 2022, fallimento)[35]; la cancellazione delle iscrizioni relative a diritti di prelazione e delle trascrizioni dei pignoramenti e dei sequestri conservativi sui beni trasferiti dal commissario straordinario[36];

– *commissario straordinario*, che, per quanto attiene alle sue funzioni, è pubblico ufficiale, cui compete «la gestione dell'impresa e l'amministrazione dei beni dell'imprenditore insolvente e dei soci illimitatamente responsabili ammessi alla procedura»[37]; «compie tutte le attività dirette all'esecuzione del programma autorizzato» e «presenta ogni tre mesi al Ministro dell'industria [oggi dello sviluppo economico] una relazione sull'andamento dell'esercizio dell'impresa e sulla esecuzione del programma»[38]; provvede all'accertamento del passivo e alla ripartizione dell'attivo; esercita le azioni inerenti ai rapporti patrimoniali compresi nel patrimonio oggetto di spossessamento e quelle poste a tutela della massa dei creditori; al termine della procedura rende il conto della gestione.

– *comitato di sorveglianza*, composta da tre o da cinque membri, con funzioni essenzialmente consultive[39];

---

quale si esprimerà sia in ordine alle cause dello stato di insolvenza sia in ordine alle concrete possibilità di ripresa. La relazione del commissario giudiziale è inviata entro dieci giorni al Ministro per lo sviluppo, il quale, a sua volta, entro ulteriori dieci giorni, esprime il suo parere vincolante. Nei successi trenta giorni il tribunale adotterà il proprio decreto motivato che, come detto, dichiarerà l'apertura della procedura di amministrazione straordinaria, oppure di liquidazione giudiziale (sino al 14 luglio 2022, di fallimento).

(32) Cfr. artt. 38, 43, 45 d.lgs. n. 270 del 1999.

(33) Cfr. art. 37, d.lgs. n. 270 del 1999.

(34) In virtù del rinvio contenuto all'art. 36, d.lgs. n. 270 del 1999 alle disposizioni sulla liquidazione coatta amministrativa «sostituito al commissario liquidatore il commissario straordinario».

(35) Cfr. art. 71, d.lgs. n. 270 del 1999.

(36) Cfr. art. 64, d.lgs. n. 270 del 1999.

(37) Cfr. art. 40, d.lgs. n. 270 del 1999.

(38) Cfr. art. 61, d.lgs. n. 270 del 1999.

(39) Cfr. art. 45, d.lgs. n. 270 del 1999.

ii) un *apparato giudiziario*, costituito da:

– *tribunale*, con molteplici compiti e funzioni ad esempio: con riferimento alla apertura della procedura[40] e alla prosecuzione dell'esercizio dell'impresa[41], alla eventuale conversione della liquidazione giudiziale (sino al 14 luglio 2022, fallimento) in amministrazione straordinaria[42] o dell'amministrazione straordinaria in liquidazione giudiziale (sino al 14 luglio 2022, fallimento)[43]; alla impugnazione degli atti di liquidazione[44]; alla cessazione dell'esercizio dell'impresa[45]; alla chiusura[46] ed eventuale riapertura della procedura[47]; alla estensione della procedura al gruppo di imprese[48];

– *giudice delegato*, nominato dal tribunale con la sentenza dichiarativa dello stato di insolvenza, cui compete la verifica dello stato passivo[49], l'approvazione del progetto di riparto[50], l'autorizzazione a distribuire acconti ai creditori[51].

5. *Amministrazione straordinaria e contratti pubblici*. – L'impatto dell'amministrazione straordinaria nella sfera dei contratti pubblici non è trascurabile ove si considerino da una parte i limiti dimensionali, piuttosto contenuti, richiesti agli operatori economici per essere ammessi alla procedura in esame[52]; dall'altra le notevoli aspettative correlate alle procedure di appalto pubblico in termini di crescita economica, e, quindi, per le imprese in stato di crisi o di insolvenza, (quanto meno) di ripristino della capacità pro-

(40) Cfr. art. 30, d.lgs. n. 270 del 1999.
(41) Cfr. art. 32, d.lgs. n. 270 del 1999.
(42) Cfr. art. 35, d.lgs. n. 270 del 1999.
(43) Cfr. artt. 69 e 70, d.lgs. n. 270 del 1999.
(44) Cfr. art. 65, d.lgs. n. 270 del 1999.
(45) Cfr. art. 73, d.lgs. n. 270 del 1999.
(46) Cfr. art. 76, d.lgs. n. 270 del 1999.
(47) Cfr. art. 77, d.lgs. n. 270 del 1999.
(48) Cfr. artt. 80 e ss., d.lgs. n. 270 del 1999.
(49) Cfr. art. 53, d.lgs. n. 270 del 1999.
(50) Cfr. art. 67, d.lgs. n. 270 del 1999.
(51) Cfr. art. 68, d.lgs. n. 270 del 1999.
(52) Si rammenti che ai sensi dell'art. 2, d.lgs. n. 270 del 1999 possono essere ammesse all'amministrazione straordinaria le imprese con un numero di lavoratori subordinati non inferiore a duecento, vale a dire le imprese che ai sensi dell'art. 3, lett. *aa*), codice dei contratti pubblici sono considerate *medie* («sono medie imprese le imprese che hanno meno di 250 occupati»). Al riguardo M.C. Giorgetti, *Aspetti procedurali*, cit., p. 20, non manca di esprimere perplessità al riguardo, attesa la *ratio* dell'amministrazione straordinaria da rinvenirsi nella finalità «di salvare dal dissesto imprese di ingenti dimensioni, la cui crisi determina situazioni di intenso allarme». Il disegno di legge attualmente all'esame del Senato n. 2434, cit., innalza il numero dei dipendenti a 250 per la singola impresa e ad almeno 800 unità, in caso di contestuale richiesta di ammissione alla procedura di più imprese appartenenti al medesimo gruppo di imprese (art. 2).

duttiva (e di regolare adempimento delle obbligazioni) con conseguente possibilità di rientrare nel mercato.

Si è già fatto cenno alle finalità pubblicistiche insite nell'amministrazione straordinaria, volta a garantire l'interesse pubblico alla conservazione del patrimonio produttivo – in funzione della prosecuzione, riattivazione o riconversione dell'attività imprenditoriale – e alla tutela occupazionale[53].

Occorre ora sottolineare come dette finalità debbano essere perseguite dai commissari straordinari a prescindere dal contenuto del programma di risanamento che sono chiamati a redigere e a presentare al «Ministero dell'industria» (ora dello sviluppo economico) entro il breve termine di *sessanta giorni* dal decreto di apertura della procedura[54] «secondo uno dei due indirizzi alternativi indicati nell'art. 27, comma 2» (art. 55, d.lgs. n. 270 del 1999) già rammentati, della «cessione dei complessi aziendali, *sulla base di un programma di prosecuzione dell'esercizio dell'impresa* di durata non superiore ad un anno», oppure «tramite la ristrutturazione economica e finanziaria dell'impresa, sulla base di un *programma di risanamento* di durata non superiore a due anni».

In considerazione di tanto è stato opportunamente osservato come l'autorizzazione all'esercizio provvisorio, rilasciata dall'autorità amministrativa[55] doveva ritenersi in ogni caso idonea a *consen-*

---

(53) V. in tal senso Cass. (ord.) 26 aprile 2021, n. 10973; Cass. 10 luglio 2018, n. 18151.

(54) Ai sensi dell'art. 54, d.lgs. n. 270 del 1999: «1. Il commissario straordinario, entro i sessanta giorni successivi al decreto di apertura della procedura, presenta al Ministero dell'industria un programma redatto secondo uno degli indirizzi alternativi indicati nell'articolo 27, comma 2.

2. Il termine previsto dal comma 1 può essere prorogato dal Ministero dell'industria, per una sola volta e per non più di sessanta giorni, se la definizione del programma risulta di particolare complessità.

3. Della presentazione del programma e del provvedimento di proroga del relativo termine è data notizia, entro tre giorni, al tribunale che ha dichiarato lo stato di insolvenza, a cura del commissario straordinario.

4. La mancata presentazione del programma nel termine originario o prorogato costituisce causa di revoca del commissario».

(55) «Articolo 57 – Autorizzazione all'esecuzione del programma.

1. L'esecuzione del programma è autorizzata dal Ministero dell'industria con decreto, sentito il comitato di sorveglianza, entro trenta giorni dalla sua presentazione.

2. Salvo quanto previsto dall'articolo 58, il programma si intende comunque autorizzato se il Ministero non si pronuncia entro novanta giorni dalla presentazione.

3. Il termine previsto dal comma 2 è sospeso se il Ministero chiede chiarimenti, modifiche o integrazioni del programma; ad essi il commissario straordinario provvede entro trenta giorni dalla richiesta, a pena di revoca dall'incarico. Ulteriori richieste di chiarimenti, modifiche o integrazioni non hanno effetto sospensivo.

4. I termini di durata del programma stabiliti a norma dell'articolo 27, comma 2, decorrono dalla data dell'autorizzazione.

4-*bis*. Se in prossimità della scadenza del programma, anche in caso di proroga dei termini di cui all'articolo 66, la cessione non è ancora intervenuta, in tutto

tire all'impresa una effettiva presenza sul mercato[56], presenza che – per le imprese operanti istituzionalmente nel mercato degli appalti – ovviamente non può prescindere dalla partecipazione alle gare per l'acquisizione di nuove commesse.

Del tutto ragionevolmente quindi il legislatore non ha indicato l'amministrazione straordinaria fra le cause di esclusione dalla partecipazione alle procedure di appalto[57], come la stessa Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici (ora ANAC) non ha mancato di sottolineare nella propria determinazione n. 1 del 12 gennaio 2010, nell'ambito di una riflessione complessiva sui requisiti di ordine generale per l'affidamento dei contratti pubblici ai sensi dell'art. 38, d.lgs. n. 163 del 2006.

Tanto pacificamente premesso, la questione che si pone è: a quali condizioni un'impresa in amministrazione straordinaria debba (o possa) essere ammessa alle procedure di gara per l'affidamento di contratti pubblici affinché da una parte non vengano frustrate le finalità della procedura concorsuale ma, dall'altra, sia tutelato l'interesse pubblico al corretto e puntuale adempimento del contratto e sia scongiurato il rischio che l'appalto sia aggiudicato a soggetti inaffidabili sotto il profilo economico e finanziario[58].

Le contrapposte istanze di tutela, portatrici entrambe di (differenti) profili di interesse pubblico, induce a propendere per una

---

o in parte, il Ministro dello sviluppo economico può disporre, per una sola volta, un'ulteriore proroga del termine di esecuzione del programma per un periodo non superiore a dodici mesi, quando, sulla base di una specifica relazione, predisposta dal Commissario straordinario, sentito il comitato di sorveglianza, l'attuazione del programma richiede la prosecuzione dell'esercizio dell'impresa, senza pregiudizio per i creditori. Il provvedimento ministeriale di proroga è comunicato al Tribunale competente ai fini dell'esercizio delle proprie attribuzioni ai sensi del presente decreto».

«Articolo 58 – Autorizzazione all'esecuzione del programma in casi particolari.

1. Se il programma prevede il ricorso a finanziamenti o agevolazioni pubbliche soggetti ad autorizzazione della Commissione europea in base alle disposizioni ed agli orientamenti comunitari sugli aiuti di Stato per il salvataggio e la ristrutturazione di imprese in difficoltà, i termini per l'autorizzazione del programma previsti dall'articolo 57, commi 1 e 2, decorrono dalla data della decisione della Commissione stessa.

2. Nel caso di diniego dell'autorizzazione della Commissione europea, o se questa non è concessa nei centoventi giorni successivi alla presentazione del programma, il commissario straordinario presenta al Ministero dell'industria un nuovo programma che non preveda il ricorso ai finanziamenti e alle agevolazioni.

3. Il commissario straordinario provvede a norma del comma 2 entro trenta giorni, a pena di revoca dall'incarico. In rapporto al nuovo programma i termini previsti dall'articolo 57, commi 2 e 3, sono ridotti della metà».

(56) Cons. St., 6 agosto 2001, n. 4241.

(57) Cfr. art. 80, comma 5, lett. *b*, d.lgs. n. 50 del 2016 e art. 38, d.lgs. n. 163 del 2006.

(58) Al riguardo Corte cost., 7 maggio 2020, n. 85.

risposta flessibile che parta dalla consapevole necessità non solo del coordinamento *in astratto* fra la disciplina dei contratti pubblici e quella dell'amministrazione straordinaria, ma anche della verifica caso per caso[59].

5.1. *Alcune questioni.* – Pacificamente acquisito che l'accesso alla procedura di amministrazione straordinaria non possa di per sé essere motivo di estromissione dalla gara ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. *b*, d.lgs. n. 50 del 2016[60], non di rado l'impresa in amministrazione straordinaria si vede esclusa dalla competizione ai sensi del comma 4 del medesimo articolo[61] – che non prevede ec-

(59) Cfr. in tal senso Cons. St., 6 agosto 2001, n. 4241, cit. La risalente pronuncia si riferisce all'amministrazione straordinaria disciplinata dalla (prima) legge Prodi, di cui al d.l. 30 gennaio 1979, n. 26, convertito con l. 2 aprile 1979, n. 95. In tale occasione il Consiglio di Stato afferma che la possibilità delle imprese in amministrazione straordinaria autorizzate all'esercizio provvisorio di partecipare alle gare implica di per sé la necessità di «*inevitabili deroghe alla disciplina generale*». Su tale presupposto, il Consiglio di Stato ha affermato che il cessionario dell'azienda di un'impresa in amministrazione straordinaria non potesse essere estromesso dalla gara per non aver esibito i bilanci relativi al periodo successivo all'ammissione alla procedura della cedente, visto che dalla loro redazione il commissario straordinario è per legge espressamente dispensato (dovendosi quindi ammettere per il concorrente la possibilità di provare *aliunde* il possesso dei requisiti), e che l'impresa in amministrazione straordinaria non potesse essere esclusa dalla gara per eventuali debiti di natura fiscale e/o previdenziale successivi alla ammissione alla procedura, qualora il loro pagamento stesse avvenendo nel rispetto delle regole sui crediti prededucibili.

(60) Espressamente, TAR Lazio, Roma, 24 gennaio 2007, n. 484.

(61) L'art. 80, d.lgs. n. 50 del 2016, al comma 4 prevede: «Un operatore economico è escluso dalla partecipazione a una procedura d'appalto se ha commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali, secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui sono stabiliti. Costituiscono gravi violazioni quelle che comportano un omesso pagamento di imposte e tasse superiore all'importo di cui all'articolo 48*bis*, commi 1 e 2*bis* del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 602. Costituiscono violazioni definitivamente accertate quelle contenute in sentenze o atti amministrativi non più soggetti ad impugnazione. Costituiscono gravi violazioni in materia contributiva e previdenziale quelle ostative al rilascio del documento unico di regolarità contributiva (DURC), di cui al decreto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali 30 gennaio 2015, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 125 del 1° giugno 2015, ovvero delle certificazioni rilasciate dagli enti previdenziali di riferimento non aderenti al sistema dello sportello unico previdenziale. Un operatore economico può essere escluso dalla partecipazione a una procedura d'appalto se la stazione appaltante è a conoscenza e può adeguatamente dimostrare che lo stesso ha commesso gravi violazioni non definitivamente accertate agli obblighi relativi al pagamento di imposte e tasse o contributi previdenziali. Per gravi violazioni non definitivamente accertate in materia contributiva e previdenziale s'intendono quelle di cui al quarto periodo. Costituiscono gravi violazioni non definitivamente accertate in materia fiscale quelle stabilite da un apposito decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con il Ministro delle infrastrutture e della mobilità sostenibili e previo parere del Dipartimento per le politiche europee della Presidenza del Consiglio dei ministri, da emanare entro

cezioni con riferimento alle imprese che abbiano avuto accesso alla procedura concorsuale in esame – per violazioni degli obblighi di pagamento di imposte, tasse e contributi previdenziali. Analoghe questioni si sono poste con riferimento alla previgente disciplina.

In un caso risalente[62], la società ricorrente in amministrazione straordinaria era stata esclusa dalla gara, bandita prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 163 del 2006, a seguito dell'accertamento di *pregresse* posizioni debitorie nei confronti dei principali istituti previdenziali nazionali. Il TAR, senza particolari approfondimenti, ha ritenuto legittimo il provvedimento di esclusione in applicazione della disposizione di cui all'art. 12, lett. *d*, d.lgs. n. 157 del 1995[63] – normativa *ratione materiae* e *ratione temporis* applicabile – sul presupposto che l'accesso al «beneficio» dell'amministrazione straordinaria non «faccia venir meno le cause che hanno determinato lo stato di insolvenza».

In un'altra fattispecie, con riferimento alle previsioni dell'art. 38, comma 1, lett. *g*, d.lgs. n. 163 del 2006[64], l'impresa ricorrente in amministrazione straordinaria, è stata esclusa dalla gara a causa di una irregolarità fiscale grave e definitivamente accertata, derivante dall'omesso versamento di quanto indicato in una cartella

---

sessanta giorni dalla data di entrata in vigore delle disposizioni di cui al presente periodo, recante limiti e condizioni per l'operatività della causa di esclusione relativa a violazioni non definitivamente accertate che, in ogni caso, devono essere correlate al valore dell'appalto e comunque di importo non inferiore a 35.000 euro. Il presente comma non si applica quando l'operatore economico ha ottemperato ai suoi obblighi pagando o impegnandosi in modo vincolante a pagare le imposte o i contributi previdenziali dovuti, compresi eventuali interessi o multe, ovvero quando il debito tributario o previdenziale sia comunque integralmente estinto, purché l'estinzione, il pagamento o l'impegno si siano perfezionati anteriormente alla scadenza del termine per la presentazione delle domande» (Comma modificato dall'articolo 49, comma 1, lett. *d*, d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56, dall'art. 8, comma 5, lett. *b*, d.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla l. 11 settembre 2020, n. 120 e successivamente dall'art. 10, comma 1, lett. *c*, n. 2, l. 23 dicembre 2021, n. 238).

(62) TAR Puglia, Lecce, 24 ottobre 2006 n. 5037.

(63) L'art. 12, comma 1, lett. *d*, d.lgs. 17 marzo 1995, n. 157, prevedeva l'esclusione dalla partecipazione alla gara dei concorrenti «d) che non sono in regola con gli obblighi relativi al pagamento dei contributi previdenziali e assistenziali a favore dei lavoratori, secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui sono stabiliti».

(64) L'art. 38, comma 1, del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, dispone fra l'altro: «Sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti: [...]

g) che hanno commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse, secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui sono stabiliti [...];

i) che hanno commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, alle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali, secondo la legislazione italiana o dello Stato in cui sono stabiliti».

di pagamento, notificata e non impugnata, relativa ad un *pregresso* debito tributario di notevole entità.

Impugnato dinanzi al TAR per la Basilicata(65) il provvedimento di esclusione è stato dichiarato illegittimo, sul presupposto che il pagamento dovesse ritenersi precluso dal fatto che la cartella relativa era divenuta esecutiva (per scadenza dei termini di impugnazione) dopo la declaratoria dello stato d'insolvenza, con conseguente *inesigibilità* del "debito", con riferimento a quanto disposto dal secondo comma dell'art. 38, d.lgs. n. 163 del 2006(66) ai fini della esclusione dalla gara.

Il Consiglio di Stato(67) ha riformato la decisione di primo grado, ritenendo del tutto irrilevante, ai fini della *esigibilità* del "debito" ai sensi del comma 2 dell'art. 38, d.lgs. n. 163 del 2006, la circostanza che la violazione tributaria avesse acquisto carattere definitivo successivamente alla dichiarazione dello stato d'insolvenza. Secondo i giudici di appello, infatti, il carattere *esigibile* del credito non verrebbe inficiato dall'apertura della procedura concorsuale che inciderebbe unicamente sulle regole dell'adempimento dell'obbligazione, con la preclusione delle azioni esecutive individuali (v. art. 48, d.lgs. n. 270 del 1999), e nel rispetto delle modalità previste dalla disciplina concorsuale (v. artt. 18 e 52, d.lgs. n. 270 del 1999).

Sulla stessa linea si pone più di recente la decisione del TRGA Bolzano del 9 aprile 2021, n. 106(68) ove si ribadisce l'irrilevanza del fatto che la notificazione della cartella di pagamento relativa a debiti *pregressi* intervenga dopo l'ammissione dell'impresa alla procedura di amministrazione straordinaria(69), in quanto tale circostanza non esclude l'accertamento definitivo di una situazione di irregolarità fiscale(70), ed il relativo pagamento mediante insinuazione

(65) TAR Basilicata, Potenza 29 gennaio 2016 n. 56.

(66) Dispone l'art. 38, comma 2, d.lgs. n. 163 del 2006, che: «Ai fini del comma 1, lettera *g*, si intendono gravi le violazioni che comportano un omesso pagamento di imposte e tasse per un importo superiore all'importo di cui all'articolo 48-*bis*, commi 1 e 2-*bis*, del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 602 (10.000 euro); costituiscono violazioni definitivamente accertate quelle relative all'obbligo di pagamento di debiti per imposte e tasse certi, scaduti ed esigibili».

(67) Cons. St., Sez. V, 28 dicembre 2016, n. 5494.

(68) La decisione è stata impugnata dinanzi al Consiglio di Stato, che con sentenza in data 27 maggio 2022, n. 4263, ha dichiarato la improcedibilità dell'appello per sopravvenuta carenza di interesse.

(69) Con i rammentati effetti previsti dall'art. 18, d.lgs. n. 270 del 1999, che paralizza ogni richiesta dei creditori successiva alla presentazione della domanda, nonché dell'art. 93, r.d. n. 267 del 1942, che subordina il pagamento dei crediti pregressi al rispetto delle regole della procedura concorsuale.

(70) Nella sentenza in esame viene richiamato l'orientamento giurisprudenziale secondo il quale la definitività dell'accertamento tributario decorre non dalla notifica della cartella esattoriale – che è l'atto con cui l'agente della riscossione chiede

nello stato passivo della procedura di amministrazione straordinaria, ove intervenga in corso di gara, non integra la sanatoria di cui all'ultimo periodo del comma 4, art. 80, d.lgs. n. 50 del 2016[71], risultando del tutto irrilevanti gli adempimenti tardivi.

L'esistenza di debiti per mancato pagamento di imposte, tasse e contributi previdenziali in capo all'impresa in amministrazione straordinaria, non sarà invece di ostacolo alla partecipazione alla gara da parte del cessionario dell'azienda o di rami d'azienda, appartenuti all'impresa insolvente.

In un caso[72] nel quale il programma di risanamento aveva come contenuto la «cessione dei complessi aziendali», in conformità alla prima delle due alternative previste dall'art. 27, comma 2», d.lgs. n. 270 del 1999, il contenzioso ha riguardato la correttezza della dichiarazione circa il possesso dei requisiti di cui all'art. 80, comma 4, d.lgs. n. 50 del 2016, resa dal concorrente cessionario di alcuni rami d'azienda provenienti da un'impresa in amministrazione straordinaria che aveva maturato ingentissimi debiti per imposte, tasse, INPS, INAIL e Cassa edile.

Rammentata da una parte la norma di diritto comune di cui all'art. 2560, comma 2, cod. civ.[73] che prevede di regola la responsabilità solidale del cedente per i debiti aziendali, tramite accollo cumulativo *ex lege*, dall'altra la norma speciale derogatoria di cui all'art. 63, comma 5, d.lgs. n. 270 del 1999[74] che di regola esclu-

---

il pagamento di una somma di denaro per conto di un ente creditore, dopo aver informato il debitore che detto ente ha provveduto all'iscrizione a ruolo di quanto indicato in un precedente avviso di accertamento – bensì dalla comunicazione di quest'ultimo.

(71) Cfr. *supra*, nt. 61.

(72) Cons. giust. amm. Sic., 31 maggio 2021, n. 488.

(73) L'art. 2560, cod. civ. prevede: «1. L'alienante non è liberato dai debiti, inerenti all'esercizio dell'azienda ceduta, anteriori al trasferimento, se non risulta che i creditori vi hanno consentito.

2. Nel trasferimento di un'azienda commerciale risponde dei debiti suddetti anche l'acquirente della azienda, se essi risultano dai libri contabili obbligatori».

(74) L'art. 63, d.lgs. n. 270 del 1999, prevede: «1. Per le aziende e i rami di azienda in esercizio la valutazione effettuata a norma dell'articolo 62, comma 3, tiene conto della redditività, anche se negativa, all'epoca della stima e nel biennio successivo.

2. Ai fini della vendita di aziende o di rami di azienda in esercizio, l'acquirente deve obbligarsi a proseguire per almeno un biennio le attività imprenditoriali e a mantenere per il medesimo periodo i livelli occupazionali stabiliti all'atto della vendita.

3. La scelta dell'acquirente è effettuata tenendo conto, oltre che dell'ammontare del prezzo offerto, dell'affidabilità dell'offerente e del piano di prosecuzione delle attività imprenditoriali da questi presentato, anche con riguardo alla garanzia di mantenimento dei livelli occupazionali.

4. Nell'ambito delle consultazioni relative al trasferimento d'azienda previste dall'articolo 47 della legge 29 dicembre 1990, n. 428, il commissario straordinario,

de la responsabilità dell'acquirente per i debiti relativi all'esercizio delle aziende cedute, anteriori al trasferimento, il contrasto è sorto in ordine alla corretta individuazione del limite temporale entro il quale l'esonero della responsabilità dell'acquirente debba valere: se esclusivamente con riferimento ai debiti scaturenti dall'esercizio dell'azienda svolto dal Commissario straordinario anteriormente al trasferimento, o non invece con riferimento a tutti i debiti pregressi maturati dal cedente anche prima dell'accesso alla procedura concorsuale.

Il giudice amministrativo ha optato per la seconda soluzione, valorizzando una lettura sistematica del rammentato art. 63, comma 5, d.lgs. n. 270 del 1999, alla luce degli obiettivi di conservazione del patrimonio e di risanamento propri dell'amministrazione straordinaria, nell'ambito dei quali l'esclusione della solidarietà passiva per tutti i debiti contratti prima del trasferimento, contribuisce a rendere appetibile il complesso aziendale per i potenziali acquirenti e, di conseguenza, favorisce la corretta esecuzione del programma di risanamento posto a base della procedura.

6. *Amministrazione straordinaria e raggruppamenti temporanei*. – Vogliamo in chiusura dedicare poche battute alla relazione che corre fra l'amministrazione straordinaria e l'istituto dei raggruppamenti di imprese.

Pur non sorgendo dubbio in merito al fatto che l'impresa in amministrazione straordinaria possa partecipare alle procedure di gara ed eseguire l'appalto anche riunita in raggruppamento temporaneo e tanto sia nel ruolo di mandante, sia nel ruolo di mandataria[(75)], nondimeno l'amministrazione straordinaria è menzionata ai commi 17 e 18 dell'art. 48, d.lgs. n. 50 del 2016 fra le situazioni *eccezionali* al ricorrere delle quali è ammessa la *modifica soggettiva* degli operatori economici *plurisoggettivi* (raggruppamenti di imprese e consorzi) quale condizione per la permanenza in gara, o per prosecuzione dell'appalto, da parte degli altri soggetti *in bonis* della compagine associativa, con fuoriuscita dell'impresa insolvente.

Al fine di delimitare l'ambito di applicazione dei rammentati commi 17 e 18 dell'art. 48, d.lgs. n. 50 del 2016, appare utile partire dalle indicazioni contenute nella Direttiva 2014/24/UE. Il legisla-

---

l'acquirente e i rappresentanti dei lavoratori possono convenire il trasferimento solo parziale dei lavoratori alle dipendenze dell'acquirente e ulteriori modifiche delle condizioni di lavoro consentite dalle norme vigenti in materia.

5. Salva diversa convenzione, è esclusa la responsabilità dell'acquirente per i debiti relativi all'esercizio delle aziende cedute, anteriori al trasferimento».

(75) Cfr. emblematicamente TRGA Bolzano, 20 luglio 2021, n. 233, in cui le ricorrenti erano due imprese, entrambe in amministrazione straordinaria, nelle rispettive qualità di mandataria e di mandante di un raggruppamento temporaneo.

tore eurounitario introduce il tema delle modifiche soggettive nel considerando 110, Direttiva, ove testualmente si legge: «In linea con i principi di parità di trattamento e di trasparenza, l'*aggiudicatario non dovrebbe essere sostituito* da un altro operatore economico, ad esempio in caso di cessazione dell'appalto a motivo di carenze nell'esecuzione, *senza riaprire l'appalto alla concorrenza*. Tuttavia, *in corso d'esecuzione del contratto, in particolare qualora sia stato aggiudicato a più di un'impresa*, l'aggiudicatario dell'appalto dovrebbe poter subire talune modifiche strutturali dovute, ad esempio, a *riorganizzazioni puramente interne*, incorporazioni, fusioni e acquisizioni oppure *insolvenza*. Tali modifiche strutturali non dovrebbero automaticamente richiedere nuove procedure di appalto per tutti gli appalti pubblici eseguiti da tale offerente»[(76)].

Alle indicazioni del legislatore eurounitario risponde l'art. 48, d.lgs. n. 50 del 2016, che ai commi 9 e 10 conferma il principio di immodificabilità soggettiva dei raggruppamenti[(77)], ai commi 17 e 18 indica le *eccezionali* situazioni in presenza delle quali al raggruppamento temporaneo è consentito modificare (in riduzione)[(78)] la propria composizione per permanere in gara o proseguire nell'appalto estromettendo l'impresa che si trovi in stato di *insolvenza*, al comma 19 prevede l'ipotesi della modifica in riduzione del raggruppamento per *riorganizzazioni puramente interne*[(79)].

---

(76) Analoghe indicazioni sono contenute nell'art. 89 e al considerando n. 116, Direttiva n. 25/2014/UE e nell'art. 43 e al considerando 77, Direttiva n. 23/2014/UE.

(77) L'art. 48, ai commi 9 e 10 prevede: «9. È vietata l'associazione in partecipazione sia durante la procedura di gara sia successivamente all'aggiudicazione. *Salvo quanto disposto ai commi 17 e 18*, è vietata qualsiasi modificazione alla composizione dei raggruppamenti temporanei e dei consorzi ordinari di concorrenti rispetto a quella risultante dall'impegno presentato in sede di offerta.

10. L'inosservanza dei divieti di cui al comma 9 comporta l'annullamento dell'aggiudicazione o la nullità del contratto, nonché l'esclusione dei concorrenti riuniti in raggruppamento o consorzio ordinario di concorrenti, concomitanti o successivi alle procedure di affidamento relative al medesimo appalto».

(78) Cfr. Cons. St., 27 maggio 2021, n. 9, in questa *Rivista*, n. 3, p. 981 ss., 2021, in particolare p. 992 ss., con commento di M.B. Chito, *I punti (quasi) fermi dell'Adunanza plenaria n. 9 del 2021 sulle questioni poste dall'ordinanza di rimessione n. 309 del 2021*, in particolare, p. 1072 ss.

(79) L'ipotesi della modifica in riduzione della compagine associativa, disciplinata al comma 19 dell'art. 48, non va considerata una eccezione alla regola della immodificabilità dei raggruppamenti temporanei: essa non è infatti contemplata al comma 9, del medesimo articolo 48 tra le tassative ipotesi derogatorie. La ragione è comprensibile ove si considerino le situazioni in effetti intrinsecamente differenti da cui muovono le previsioni, rispettivamente, dei commi 17 e 18 da una parte, e del comma 19, dall'altra: le prime contemplano ipotesi in cui una delle imprese del raggruppamento venga a trovarsi in situazioni incompatibili con la prosecuzione dell'impresa («procedura di insolvenza concorsuale o di liquidazione»); l'altra di converso riguarda [*rectius*: dovrebbe riguardare, ma i confini non sono affatto netti], situazioni fisiologiche correlate esclusivamente ad «esigenze organizzative

In particolare – per quel che interessa ai fini del presente breve contributo – i commi 17 e 18 nel testo vigente fino al 14 luglio 2022, dispongono quanto segue: «17. Salvo quanto previsto dall'art. 110, comma 5, in caso di fallimento, liquidazione coatta amministrativa, amministrazione controllata, *amministrazione straordinaria*, concordato preventivo *ovvero procedura di insolvenza concorsuale* o di liquidazione del mandatario ovvero, qualora si tratti di imprenditore individuale, in caso di morte, interdizione, inabilitazione o fallimento del medesimo ovvero in caso di perdita, in corso di esecuzione, dei requisiti di cui all'articolo 80, ovvero nei casi previsti dalla normativa antimafia, la stazione appaltante può proseguire il rapporto di appalto con altro operatore economico che sia costituito mandatario nei modi previsti dal presente codice purché abbia i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire; non sussistendo tali condizioni la stazione appaltante deve recedere dal contratto»;

«18. Salvo quanto previsto dall'articolo 110, comma 5, in caso di fallimento, liquidazione coatta amministrativa, amministrazione controllata, *amministrazione straordinaria*, concordato preventivo ovvero *procedura di insolvenza concorsuale* o di liquidazione di uno dei mandanti ovvero, qualora si tratti di imprenditore individuale, in caso di morte, interdizione, inabilitazione o fallimento del medesimo ovvero in caso di perdita, in corso di esecuzione, dei requisiti di cui all'articolo 80, ovvero nei casi previsti dalla normativa antimafia, il mandatario, ove non indichi altro operatore economico subentrante che sia in possesso dei prescritti requisiti di idoneità, è tenuto alla esecuzione, direttamente o a mezzo degli altri mandanti, purché questi abbiano i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire»[(80)].

---

del raggruppamento» correlate ad es. ad operazioni societarie di incorporazione, fusione, acquisizione. A tali evenienze è dedicato, in via generale, l'art. 106, comma 1, lett. d.2. il quale prevede la legittimità di una modifica soggettiva in corso di esecuzione dell'appalto ove «all'aggiudicatario iniziale succede, per causa di morte o a seguito di ristrutturazioni societarie, comprese rilevazioni, fusioni, scissioni, acquisizione o insolvenza, un altro operatore economico che soddisfi i criteri di selezione qualitativa stabiliti inizialmente, purché ciò non implichi altre modifiche sostanziali al contratto e non sia finalizzato ad eludere l'applicazione del ... codice». La norma recepisce pressoché testualmente la disposizione di cui all'art. 72, comma 1, lett. *d.ii*, Direttiva 2014/24/UE.

(80) Il tema delle modifiche dei raggruppamenti temporanei di imprese è stato ripetutamente oggetto di riflessione da parte del Consiglio di Stato in Adunanza plenaria. Cfr.: Cons. St., Ad. plen., 4 maggio 2012, n. 8; Cons. St., Ad. plen., 20 luglio 2015, n. 8. In particolare, di recente Cons. St., Ad. plen., 27 maggio 2021, nn. 9 e 10, nella risposta alla quarta questione e Cons. St., Ad. plen., 25 gennaio 2022, n. 2, sui limiti di estensione delle eccezioni di cui ai commi 17 e 18 dell'art. 48.

L'ambito di applicazione delle due disposizioni, inizialmente limitato alla sola fase di esecuzione dell'appalto[81], già con il primo correttivo del 2017 è stato esteso alla fase di gara mediante l'inserimento del comma 19 *ter*.

Deve notarsi come la generica indicazione della situazione di *insolvenza* contenuta nel citato considerando n. 110, Direttiva 2014/24/UE, sia stata dal legislatore interno declinata nei commi 17 e 18 attingendo alle ipotesi suggerite dall'articolo 57, comma 4, lett. *b*, della stessa Direttiva, il quale consente di escludere dalla gara («... *gli Stati membri possono chiedere alle amministrazioni aggiudicatrici di escludere dalla partecipazione alla procedura d'appalto* ...») un operatore economico qualora esso venga a trovarsi: «... in stato di *fallimento* o è oggetto di una *procedura di insolvenza* o di *liquidazione*, se è in stato di *amministrazione controllata*, se ha stipulato un *concordato preventivo* con i creditori, *se ha cessato le sue attività* o si trova in *qualsiasi altra situazione analoga* derivante da una *procedura simile* ai sensi di leggi e regolamenti nazionali».

Tradendo una qualche superficialità di approccio, peraltro, il legislatore nazionale da una parte ha mantenuto nella lista delle situazioni ostative di cui ai commi 17 e 18 citati l'*amministrazione controllata*, ancorché assente dal nostro ordinamento già dal 2006[82], dall'altra ha aggiunto l'*amministrazione straordinaria*.

È interessante rilevare, peraltro, come nella norma che direttamente recepisce l'art. 57, comma 4, lett. *b*, Direttiva, vale a dire

(81) A detta fase si riferisce espressamente il considerando 110, Direttiva 2014/24/UE. Si rammenta al riguardo come per lungo tempo le fasi della gara e quella della esecuzione siano state ritenute nettamente distinte e ispirati a principi differenti: nella fase di esecuzione del contratto sarebbe prevalso l'interesse pubblico al completamento dell'appalto, mentre nella fase della gara sarebbe prevalso l'interesse della stazione appaltante a contrattare con un soggetto che garantisce solidità e affidabilità. Al riguardo v. ad esempio Corte cost. 7 maggio 2021, n. 85. Un punto di svolta rispetto a tale impostazione è rappresentato dalla decisione del Cons. St., Ad. plen. n. 10 del 2 aprile 2020, nella quale si (ri)stabilisce una visione di insieme e sistematica, affermando che: «L'esecuzione del pubblico contratto o della pubblica concessione, se riguardata infatti anche dal necessario versante del diritto amministrativo e delle norme del codice dei contratti pubblici, che pure la regolano in ossequio ai dettami del diritto dell'Unione, non è una "terra di nessuno", un rapporto rigorosamente privatistico tra la pubblica amministrazione e il contraente escludente qualsivoglia altro rapporto o interesse, ma è invece soggetta, oltre al controllo dei soggetti pubblici, anche alla verifica e alla connessa conoscibilità da parte di eventuali soggetti controinteressati al subentro o, se del caso, alla riedizione della gara». Echi di tale mutata sensibilità si rinvengono in Cons. St., Ad. plen. n. 309 del 2021 e in Cons. St., Ad. plen. n. 2 del 2022, citate.

(82) La procedura di amministrazione controllata è espressamente indicata nell'art. 57, comma 4, lett. *b*, Direttiva 2014/24/UE, ma è stata da tempo soppressa nell'ordinamento interno per effetto dell'art. 147, comma 1, d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, che ha abrogato il titolo IV della legge fallimentare, dedicato appunto all'amministrazione controllata: artt. 187-193.

l'art. 80, comma 5, lett. *b*, d.lgs. n. 50 del 2016, il legislatore interno abbia (correttamente) limitato le cause di esclusione dalla gara ai soli casi del *fallimento* (dal 15 luglio 2022, *liquidazione giudiziale*), della *liquidazione coatta*, del *concordato preventivo*[83] o di pendenza di un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni[84].

In maniera apparentemente incoerente[85] dunque, le situazioni in presenza delle quali l'operatore economico *deve* essere estromesso dalla gara o dalla esecuzione dell'appalto sembrerebbero essere più numerose nel caso in cui esso aderisca ad un raggruppamento temporaneo di imprese, rispetto al caso in cui esso partecipi alla gara ed esegua l'appalto da solo[86].

---

(83) Da intendersi concordato preventivo di natura liquidatoria e non con continuità aziendale, cfr. al riguardo anche Cons. St., parere, 21 marzo 2016, n. 464 sullo Schema del Codice dei contratti pubblici.

(84) Il testo dell'art. 80, comma 5, lett. *b*, modificato dal d.l. n. 32 del 2019, cosiddetto "Sbloccacantieri", convertito con modificazioni dalla l. n. 55 del 2019 in vigore sino al 14 luglio 2022 è del seguente tenore: «5. Le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni, qualora: [...] *b)* l'operatore economico sia stato sottoposto a fallimento o si trovi in stato di liquidazione coatta o di concordato preventivo o sia in corso nei suoi confronti un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni, fermo restando quanto previsto dall'articolo 110 del presente codice e dall'articolo 186 *bis* del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267». Il testo della medesima norma come modificato dall'articolo 372, comma 1, lett. *b*, d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, codice della crisi di impresa e dell'insolvenza, a decorrere dal 15 luglio 2022, è il seguente: «5. Le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni, qualora: [...] *b)* l'operatore economico sia stato sottoposto a liquidazione giudiziale o si trovi in stato di liquidazione coatta o di concordato preventivo o sia in corso nei suoi confronti un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni, fermo restando quanto previsto dall'articolo 95 del codice della crisi di impresa e dell'insolvenza adottato in attuazione della delega di cui all'articolo 1 della legge 19 ottobre 2017, n.155 e dall'articolo 110».

(85) L'incoerenza sistematica è solo apparente, in quanto l'art. 80, comma 5, lett. *b*, contempla le ipotesi suscettibili di incidere sui requisiti di ordine generale in mancanza dei quali non è consentito all'operatore economico interloquire con la pubblica amministrazione; mentre i commi 17 e 18 riguardano le ipotesi in cui (solo) uno dei soggetti del raggruppamento venga a porsi in situazione di incompatibilità con la prosecuzione dell'appalto, pur potendo mantenere integri i requisiti (v. ad es. il caso della liquidazione volontaria). In tali casi, ove la modifica del raggruppamento non fosse consentita (con i limiti e le cautele previste dalla legge), l'intero raggruppamento subirebbe la sanzione dell'esclusione dalla gara, in virtù del principio di immodificabilità soggettiva sancito dai commi 9 e 10 dell'art. 48. Cfr. *supra*, nt. 77.

(86) Ancorché l'art. 80, comma 5, lett. *b*, si riferisca alla fase di della gara, l'ambito di applicazione della norma si estende alla fase di esecuzione, dal momento che il possesso dei requisiti di ordine generale è richiesto *continuativamente* dal momento dell'offerta sino alla ultimazione dell'appalto: da ultimo Cons. St., 13 aprile 2022, n. 2763 che conferma il granitico principio secondo cui: «Il possesso dei requisiti di ammissione alla gara pubblica si impone a partire dall'atto di presentazione della domanda di partecipazione e per tutta la durata della procedura di evidenza

A parte ciò, ancor più disorienta l'interprete, da una parte, la natura eterogenea degli istituti indicati nei commi 17 e 18 dell'art. 48, i quali pur presupponendo tutti lo stato di insolvenza[87], non tutti sono incompatibili con la prosecuzione dell'impresa (ed anzi per qualcuno – v. l'amministrazione straordinaria – la prosecuzione dell'impresa è addirittura condizione per accedere alla procedura); dall'altra, disorienta l'interprete la presenza della «clausola di apertura» contenente il riferimento a (qualsiasi) altra «*procedura di insolvenza concorsuale*», che rende incerti i confini di una norma che, per la sua natura *eccezionale*, non è [*rectius*: non dovrebbe essere] suscettibile di interpretazione ed applicazione estensiva.

Qualcosa cambia in meglio dal 15 luglio 2022. Infatti l'art. 372, d.lgs. n. 14 del 2019 (codice della crisi di impresa e dell'insolvenza), apporta un paio di opportune modifiche ai commi 17 e 18 dell'art. 48, d.lgs. n. 50 del 2016, innanzi tutto eliminando dall'elenco delle situazioni ostative il riferimento all'«amministrazione controllata» da tempo abrogata, e, in secondo luogo cancellando la rammentata clausola di apertura[88].

Dal 15 luglio 2022 i commi 17 e 18 dell'art. 48, d.lgs. n. 50 del 2016, per quanto di interesse ai fini del nostro discorso, risultano dunque modificati come segue:

«17. ... in caso di liquidazione giudiziale, liquidazione coatta amministrativa, amministrazione straordinaria, concordato preventivo o di liquidazione del mandatario ovvero qualora si tratti di imprenditore individuale...»;

---

pubblica, non in virtù di un astratto e vacuo formalismo procedimentale, quanto piuttosto a garanzia della permanenza della serietà e della volontà dell'impresa di presentare un'offerta credibile e dunque della sicurezza per la stazione appaltante dell'instaurazione di un rapporto con un soggetto, che, dalla candidatura in sede di gara fino alla stipula del contratto e poi ancora *fino all'adempimento dell'obbligazione contrattuale*, sia provvisto di tutti i requisiti di ordine generale e speciale per contrattare con la pubblica amministrazione».

(87) Da intendersi in senso lato anche come stato di crisi, secondo quanto previsto all'art. 160, comma 3, l.fall. il quale, a proposito del «concordato preventivo» incluso nell'elenco dei commi 17 e 18 dell'art. 48, d.lgs. n. 50 del 2016, chiarisce che: «per stato di crisi si intende anche lo stato di insolvenza». Il codice della crisi e dell'insolvenza di cui al d.lgs. n. 14 del 2019, come da ultimo modificato dal d.lgs. 17 giugno 2022, n. 83, all'art. 2, rubricato «definizioni», definisce la «crisi» come «lo stato del debitore che rende probabile l'insolvenza e che si manifesta con l'inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte alle obbligazioni nei successivi dodici mesi» e l'«insolvenza» come «lo stato del debitore che si manifesta con inadempimenti o altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni».

(88) La modifica è quanto mai opportuna anche in considerazione della gamma sempre più articolata di strumenti che l'ordinamento ha apprestato al fine della risoluzione delle crisi di impresa, molti dei quali per niente incompatibili con la continuità aziendale ed anzi strutturalmente volti al risanamento ed al ritorno *in bonis* dell'operatore economico.

«18. ..., in caso di liquidazione giudiziale, liquidazione coatta amministrativa, amministrazione straordinaria, concordato preventivo o di liquidazione di uno dei mandanti ovvero qualora si tratti di imprenditore individuale ...».

Cionondimeno, pur nella epurata versione, i commi 17 e 18 dell'art. 48, conservano come si è visto, il riferimento all'«amministrazione straordinaria», in relazione alla quale permane una questione interpretativa da risolversi in senso sistematico.

In effetti, alla luce delle rammentate modifiche introdotte dal d.lgs. n. 14 del 2019 che hanno chiaramente delimitato l'ambito di applicazione delle norme in esame alle procedure concorsuali di insolvenza con funzione *liquidatoria*, sembra ragionevole ritenere che il richiamo all'«amministrazione straordinaria» mantenuto all'interno dei commi 17 e 18 dell'art. 48, debba essere riferito (solo) al breve (ed eventuale) tratto della procedura, previsto e disciplinato dall'art. 73, d.lgs. n. 270 del 1999.

Nello specifico la norma prevede che «nei casi in cui è stato autorizzato un programma di cessione dei complessi aziendali, se nel termine di scadenza del programma, originario o prorogato a norma dell'articolo 66, è avvenuta la integrale cessione dei complessi stessi, il tribunale, su richiesta del commissario straordinario o d'ufficio, dichiara con decreto la cessazione dell'esercizio dell'impresa», ed aggiunge al terzo comma che «a far data dal decreto previsto dal comma 1 l'amministrazione straordinaria è considerata, ad ogni effetto, come procedura concorsuale liquidatoria».

La norma è collocata nella sezione dedicata alla «chiusura della procedura», della quale tuttavia propriamente si occupa il successivo art. 74[89].

Di converso, nella fattispecie disciplinata dall'art. 73, la procedura di amministrazione straordinaria *prosegue*, ancorché in chiave meramente *liquidatoria*, come lascia chiaramente intendere il terzo comma della norma in esame (« ... *l'amministrazione straor-*

(89) L'Art. 74, d.lgs. n. 270 del 1999, rubricato «chiusura della procedura», prevede quanto segue: 1. La procedura di amministrazione straordinaria si chiude:

a) se, nei termini previsti dalla sentenza dichiarativa dello stato di insolvenza, non sono state proposte domande di ammissione al passivo;

b) se, anche prima del termine di scadenza del programma, l'imprenditore insolvente ha recuperato la capacità di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni;

c) con il passaggio in giudicato della sentenza che approva il concordato.

2. Se è stato autorizzato un programma di cessione dei complessi aziendali, la procedura di amministrazione straordinaria si chiude altresì:

a) quando, anche prima che sia compiuta la ripartizione finale dell'attivo, le ripartizioni ai creditori raggiungono l'intero ammontare dei crediti ammessi, o questi sono in altro modo estinti e sono pagati i compensi agli organi della procedura e le relative spese;

b) quando è compiuta la ripartizione finale dell'attivo».

dinaria è considerata, ad ogni effetto, *come procedura concorsuale liquidatoria*»).

In definitiva, deve dunque ritenersi che l'ipotesi contemplata nei commi 17 e 18 dell'art. 48, d.lgs. n. 50 del 2016, sia da riferirsi alla fattispecie particolare dell'amministrazione straordinaria con indirizzo di cessione, che avendo compiutamente realizzato il proprio programma di risanamento nei termini autorizzati, prosegua poi in chiave liquidatoria degli eventuali beni residui, fino alla ripartizione finale dell'attivo fra i creditori: ipotesi pressoché rara che rende ragione della scarsa attenzione al caso, da parte della dottrina e della giurisprudenza.

MARIA BRUNA CHITO

CORTE DI CASSAZIONE Sez. III, 30 aprile 2021, n. 11456 (ord.) – GORJAN *Presidente* – PICARONI *Estensore* – B.S. (avv.ti Graziani e Borgna Di Borgomanero) c. T.E. (avv.ti Cerquetti e Monteverde), TR. GI. (avv. Zanetta) e UNIPOL Assicurazioni s.p.a.

Appalto privato – Difformità e vizi dell'opera – Lavori eseguiti in difformità del progetto – Accordo tra committente e impresa appaltatrice – Progettista e direttore dei lavori – Responsabilità – Non sussiste.

Non sussiste responsabilità del progettista e direttore dei lavori – tanto in via diretta, quanto per omessa vigilanza – per le difformità dal progetto prodotte da lavori eseguiti che sono frutto di intese particolari tra impresa appaltatrice e committente.

(*Omissis*)

4. Con il terzo motivo è denunciata violazione degli artt. 112 e 116 cod. proc. civ., artt. 1176, 1218, 1655, 1659, 1667, 2055, 2230 e 2697 cod. civ. e si censura l'erronea applicazione del riparto dell'onere probatorio e la conseguente esclusione di ogni responsabilità – tanto in via diretta, quanto per omessa vigilanza – del progettista e direttore dei lavori arch. Tr. Si lamenta, inoltre, la Corte d'appello avrebbe omesso di pronunciare sulla responsabilità solidale tra l'impresa appaltatrice ed il direttore dei lavori.

4.1. Il motivo è in parte infondato ed in parte inammissibile.

4.1. La Corte d'appello ha rigettato la pretesa azionata nei confronti dell'arch. Tr. quale progettista richiamando l'accertamento del Tribunale – secondo il quale dall'ATP non erano emerse inadempienze attribuibili al professionista e le divergenze tra il progetto ed i lavori eseguiti erano frutto di accordi tra il committente ed il progettista – e poi rilevando che le contestazioni dell'appellante sul punto risultavano generiche e prive di consistenza, e perciò inidonee ad incrinare l'accertamento contenuto nella sentenza di primo grado.

Non vi è stata, dunque, inversione dell'onere della prova da parte della Corte d'appello, ma puntuale applicazione delle regole in materia di impugnazione.

4.2. Quanto al rigetto della pretesa per asserita omissione di vigilanza da parte del direttore dei lavori, la Corte territoriale ha osservato che non era dimostrato che l'arch. Tr. non avesse svolto la predetta funzione con diligenza, mentre risultava che le difformità riscontrate erano state prodotte da lavori eseguiti che "erano frutto di intese particolari tra impresa (appaltatrice) e committente".

A fronte di tale argomentazione, il motivo di ricorso si risolve nella prospettazione di una ricostruzione alternativa della *quæstio facti* rispetto a quella contenuta nella sentenza impugnata, ed è pertanto inammissibile.

Non sussiste il vizio di omessa pronuncia, denunciato dal ricorrente principale con riferimento alla domanda di condanna in solido dei convenuti-appellati, tenuto conto che la Corte d'appello ha escluso ogni responsabilità in capo ai predetti.

(*Omissis*)

Responsabilità dell'appaltatore e del progettista-direttore dei lavori per difformità delle opere dal progetto e onere della prova

Spetta al committente che agisce per il risarcimento del danno derivante da difformità dei lavori dal progetto ed errori costruttivi dimostrare che vi siano stati inadempimenti in capo al progettista e direttore dei lavori.

Per meglio comprendere i principali passaggi della sentenza, pare opportuno partire dalla considerazione che la domanda del committente verte sull'accertamento dell'inadempimento contrattuale del progettista e direttore dei lavori e del titolare dell'impresa edile appaltatrice dei lavori, ed il risarcimento del danno.

Tale domanda è considerata del tutto autonoma della domanda tendente alla eliminazione dei vizi[1], nella fattispecie non proposta.

Una volta qualificata la domanda come di risarcimento del danno, senza quella per la risoluzione contrattuale, ne consegue che all'appaltatore, come al progettista-direttore dei lavori, spetta il compenso, mentre il committente ha diritto al ristoro del pregiudizio derivante dal vizio riscontrato.

Tale ristoro può configurarsi come riduzione del corrispettivo per l'opera[2].

Mentre la responsabilità dell'appaltatore nel caso di specie è esclusa sulla base di una transazione stipulata tra questo e il committente, nel caso del progettista e direttore dei lavori bensì la responsabilità viene valutata (ed esclusa) sulla base dei criteri legali di valutazione della professionalità e diligenza della presentazione del professionista.

Al riguardo l'art. 2236, cod. civ. prevede che l'obbligazione del prestatore d'opera intellettuale sia una obbligazione di mezzi (cioè di comportamento diligente) e non già di risultato. Il parametro cui fare riferimento è quello della diligenza professionale di cui all'art. 1176, comma 2, cod. civ., che deve essere commisurato alla natura dell'attività esercitata, sicché per «diligenza professionale media» è da considerarsi quella posta nell'esercizio della propria attività dal

(1) Cass., Sez. II, 2 agosto 2001, n. 10571.

(2) Cass., Sez. II, 2 agosto 2001, n. 10571.

professionista di preparazione professionale e di attenzione media[3]. L'art. 2236, cod. civ. prevede una attenuazione di responsabilità nel caso in cui la prestazione professionale da eseguire in concreto riguardi la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà: in tali casi la responsabilità del professionista è attenuata e si configura, *ex* art. 2236, cod. civ., solo nel caso di dolo o colpa grave[4].

Ciò premesso in linea generale, per talune ipotesi di prestazioni professionali la natura di obbligazioni di mezzo è stata riformulata fino ad essere assimilata a quella di obbligazioni di risultato, con conseguente inversione dell'onere della prova.

Con riferimento in particolare al progettista, è stato infatti affermato che il committente ha diritto a ricevere un lavoro eseguito a regola d'arte e conforme ai patti. La giurisprudenza della Suprema Corte ha già più volte avuto modo di affermare che l'architetto, l'ingegnere o il geometra, nell'espletamento dell'attività professionale consistente nell'obbligazione di redigere un progetto di costruzione o di ristrutturazione di un immobile, è debitore di un risultato, essendo il professionista tenuto alla prestazione di un progetto concretamente utilizzabile, anche dal punto di vista tecnico e giuridico[5].

Pertanto il committente, il quale agisce per il risarcimento dei danni derivanti da vizi o difformità dell'opera non è tenuto a dimostrare la colpa del progettista, in quanto, vertendosi in tema di responsabilità contrattuale, trova applicazione la generale regola dettata dall'art. 1218, cod. civ., secondo la quale tale colpa è presunta fino a prova contraria, mentre spetta al progettista provare che la cattiva esecuzione dell'opera era stata determinata dall'impossibilità di un esatto adempimento della prestazione derivante da causa a esso non imputabile[6].

Con riferimento alla responsabilità del progettista, nel caso di specie, risulta dalla CTU espletata che nonostante l'esistenza dei vizi dell'opera, non fossero emerse inadempienze attribuibili al professionista e che le divergenze tra il progetto ed i lavori eseguiti erano frutto di accordi tra il committente ed il progettista. La Corte, facendo riferimento alle risultanze della ATP, esclude infatti la responsabilità del progettista in quanto (come accertato dal tribunale di primo grado) "*non erano emerse inadempienze attribuibili al professionista e le divergenze tra il progetto ed i lavori eseguiti erano frutto di accordi tra il committente ed il progettista*".

---

(3) G. Giacobbe, *Professioni intellettuali*, in *Enc. dir., XXXVI*, 1987, p. 1083.

(4) Cass., Sez. II, 8 agosto 2000, n. 10431.

(5) Cass., Sez. II, (ord.) 6 dicembre 2017, n. 29218.

(6) In merito ai rapporti tra l'art. 1176 e 1218 cod. civ. si è sviluppato un ampio dibattito dottrinale e giurisprudenziale, su cui cfr. C.M. Bianca, *Diritto civile, III, Il contratto*, 2ª ed., Milano, 2000; Id., *Diritto civile, V, La responsabilità*, Milano, 1994.

La pronuncia in esame sembra quindi conformarsi all'insegnamento sopra delineato, laddove afferma che non siano emerse "inadempienze attribuibili al professionista", per escluderne la responsabilità.

Tale atteggiamento pare ancor più giustificato dalle circostanze del caso concreto. Era già stato affermato in giurisprudenza che il particolare regime di responsabilità del professionista trova un temperamento in caso di difformità facilmente riconoscibili e rilevate dal committente, e, ciò nonostante, accettate da quest'ultimo; in tal caso il professionista non può essere considerato responsabile e il suo diritto al compenso sorge comunque(7).

Al riguardo, poi, la giurisprudenza non sembra richiedere un atto formale per il diverso atteggiarsi di tale responsabilità, bastando anche comportamenti concludenti quale l'accettazione dell'opera difforme(8).

Anche il direttore dei lavori, come il progettista, si qualifica generalmente come un professionista intellettuale cui la giurisprudenza riconosce un ruolo di consulente del committente per gli aspetti tecnici delle opere, cui può unirsi quello di rappresentante del committente limitatamente agli aspetti strettamente tecnici rientranti nella propria competenza di legge.

Non sono in realtà mancate pronunce(9) in cui si è distinta la responsabilità del progettista da quella del direttore dei lavori, sulla base del rilievo secondo cui mentre nella progettazione di un edificio è ravvisabile una obbligazione di risultato, risolvendosi l'attività del professionista nel mettere a disposizione del proprio cliente un determinato bene avente un'autonoma utilità, nella direzione dei lavori di esecuzione dell'opera progettata va ravvisata invece un'obbligazione di mezzi concretandosi essa in un complesso di attività strumentali rispetto all'obiettivo finale della realizzazione dell'edificio a regola d'arte in conformità del progetto(10). Così, è stato affermato che "*L'obbligazione del direttore dei lavori, che per conto del committente è tenuto a controllare la regolarità ed il buon andamento dell'opera man mano posta in essere dal costruttore, costituisce un'obbligazione di mezzi (e cioè di comportamento), non già di risultato, in quanto ha per oggetto la prestazione di un'opera intel-*

(7) Cass., Sez. II, (ord.) 6 dicembre 2017, n. 29218.

(8) Cass., 27 aprile 1991, n. 4641.

(9) Cass., Sez. II, 1° dicembre 1992, n. 12820, la quale fa conseguire a tale premessa che i termini di decadenza e di prescrizione di cui all'art. 2226, cod. civ. sono applicabili al contratto di progettazione e non a quello di direzione dei lavori, neppure quando le due attività siano svolte dallo stesso professionista, in quanto nella direzione dei lavori manca il compimento dell'opus dalla cui consegna soltanto possono farsi decorrere i due suddetti termini.

(10) R. Favale, *La responsabilità professionale del progettista e del direttore dei lavori,* in *DResp*, p. 1999.

lettuale che non si estrinseca, nemmeno in parte, in un risultato di cui si possa cogliere tangibilmente la consistenza, non sfociando in un'opera materiale"[11].

Tuttavia, si è altresì precisato che la diligenza richiesta al direttore dei lavori va valutate in concreto, in relazione al risultato che il committente si aspetta di conseguire. Così, è stato affermato che "*In tema di responsabilità conseguente a vizi o difformità dell'opera appaltata, il direttore dei lavori, pur prestando un'opera professionale in esecuzione di un'obbligazione di mezzi e non di risultato, è chiamato a svolgere la propria attività in situazioni involgenti l'impiego di peculiari competenze tecniche e deve utilizzare le proprie risorse intellettive e operative per assicurare, relativamente all'opera in corso di realizzazione, il risultato che il committente-preponente si aspetta di conseguire, onde il suo comportamento deve essere valutato non con riferimento al normale concetto di diligenza, ma alla stregua della* "diligentia quam in concreto"[12].

Quanto poi al contenuto della diligenza richiesta al direttore dei lavori, si registra un duplice orientamento in giurisprudenza.

Secondo un primo orientamento, fatto proprio ancora di recente dalla giurisprudenza di merito[13], si tende a far gravare sul direttore dei lavori un dovere di alta sorveglianza, che si esplica mediante visite frequenti ma non assidue in cantiere e mediante la verifica della conformità delle attività eseguite dall'appaltatore con quanto previsto nel capitolato e negli strumenti urbanistici, mentre non sarebbe tenuto a valutare minuziosamente le lavorazioni eseguite dall'impresa, sulla quale sola graverebbe la responsabilità per le modalità esecutive delle opere, con conseguente esclusione della responsabilità del direttore dei lavori per i medesimi profili.

Un diverso orientamento giurisprudenziale pone invece tra le obbligazioni del direttore dei lavori anche la verifica delle modalità dell'esecuzione delle opere da parte dell'appaltatore, imponendo al medesimo di verificare anche che siano adottati i necessari accorgimenti tecnici[14].

---

(11) Cass., Sez. II, 22 marzo 1995, n. 3264.

(12) Cass., Sez. III, 20 gennaio 2021, n. 1004.

(13) C. App. Brescia 6 maggio 2010, in relazione al direttore dei lavori nominato dall'appaltatore; C. App. Torino n. 1756 del 2013 che ha ritenuto esulare dal compito del direttore dei lavori quello di accertare i vizi e difformità "di poco momento" dei lavori edili eseguiti dall'impresa affidataria; per completezza, si segnala che tale sentenza è poi stata cassata da Cass., (ord.) 14 marzo 2019, n. 7336.

(14) Cass., Sez. II, (ord.) 17 febbraio 2020, n. 3855, a mente della quale *"In tema di responsabilità conseguente a vizi o difformità dell'opera appaltata, il direttore dei lavori per conto del committente, essendo chiamato a svolgere la propria attività in situazioni involgenti l'impiego di peculiari competenze tecniche, deve utilizzare le proprie risorse intellettive ed operative per assicurare, relativamente all'opera in corso*

Non è possibile ricavare dalla sentenza quali fossero effettivamente i compiti attribuiti al direttore dei lavori né l'oggetto degli errori nella fase di esecuzione dei lavori e le modifiche del progetto concordate dalla impresa appaltatrice con il committente.

Tuttavia, è possibile rilevare che l'art. 19, lett. *g,* l. n. 143 del 1949[15] – recante l'approvazione della tariffa professionale degli ingegneri ed architetti – prevede che rientri nella "*direzione ed alta sorveglianza dei lavori*" solo l'effettuazione di "*visite periodiche nel numero necessario ad esclusivo giudizio dell'ingegnere emanando le disposizioni e gli ordini per l'attuazione dell'opera progettata nelle sue varie fasi esecutive e sorvegliandone la buona riuscita*" mentre la lett. *i* prevede che rientrino nella prestazione complessiva del professionista per l'adempimento del suo mandato anche le "*operazioni di accertamento della regolare esecuzione dei lavori ed assistenza al collaudo dei lavori nelle successive fasi di avanzamento ed al loro compimento*".

La responsabilità del direttore dei lavori nel caso di specie è stata esclusa in quanto non sarebbe provato che "*l'arch. Tr. non avesse svolto la predetta funzione con diligenza, mentre risultava che le difformità riscontrate erano state prodotte da lavori eseguiti che "erano frutto di intese particolari tra impresa (appaltatrice) e committente*".

La decisione della Suprema Corte pare condivisibile e in linea con l'orientamento giurisprudenziale sopra richiamato, che rinviene nell'obbligazione del direttore dei lavori una obbligazione di mezzi.

Inoltre, va considerato che il direttore dei lavori, salvo diverso accordo contrattuale con il committente, non potrebbe fornire istruzioni esorbitanti dai suoi compiti, tra i quali non vi è il potere di impartire istruzioni in sostituzione del committente in relazione ad es. a lavorazioni aggiuntive originariamente non previste in capitolato. A maggior ragione ciò vale nel caso di lavori eseguiti che sono il frutto di intese particolari tra committente e impresa appaltatrice e per le quali, se ne desume, queste si sono assunte tutte le relative responsabilità.

MICHELE BONOMINI

---

di realizzazione, il risultato che il committente-preponente si aspetta di conseguire, onde il suo comportamento deve essere valutato non con riferimento al normale concetto di diligenza, ma alla stregua della "diligentia quam in concreto"; rientrano, pertanto, nelle obbligazioni del direttore dei lavori l'accertamento della conformità sia della progressiva realizzazione dell'opera al progetto, sia delle modalità dell'esecuzione di essa al capitolato e/o alle regole della tecnica, nonché l'adozione di tutti i necessari accorgimenti tecnici volti a garantire la realizzazione dell'opera senza difetti costruttivi".

(15) In G.U.R.I. 19 aprile 1949, n. 90, suppl. ord.

CORTE DI CASSAZIONE, Sez. III, 31 marzo 2022, n. 10475 – Di Virgilio *Presidente* – Dongiacomo *Estensore* – S. Orizzonti s.p.a. (avv. Discepolo) – K.N. (avv.ti Cirio e Garcea).

Procedimento civile – Consulenza tecnica d'ufficio – Contestazione dettagliata di una delle parti – Reiezione – Motivazione specifica – Necessità.

Appalto privato – Variante in corso di opera – Variante disposta dal committente – Mutamento del piano dei lavori – Venir meno del termine di consegna e della penale – Automatismo – Esclusione – Verifica dell'incidenza della variante sui tempi e sulla penale – Necessità.

Qualora venga disposta dal giudice consulenza tecnica per determinare le opere di cui sia stato richiesto il pagamento e il compenso spettante all'appaltatore, e il committente formuli alla relazione del consulente tecnico d'ufficio critiche dettagliate o circostanziali, il giudice non può limitarsi a ritenere la consulenza tecnica obiettiva e non smentita da tali critiche, ma ha l'obbligo di trattare tali critiche e di motivare la sua non condivisione delle stesse.

In presenza di varianti disposte dal committente in corso d'opera, con conseguente mutamento del piano originario di lavoro, il principio per cui per effetto di varianti il termine di consegna e la penale vengono meno non è assoluto, ma dipende dalla entità della variazione che potrebbe non configurare un importante mutamento del piano dell'opera.

(*Omissis*)

4.1. Con il primo motivo, la società ricorrente, lamentando la nullità della sentenza per violazione dell'art. 112 cod. proc. civ., in relazione all'art. 360 cod. proc. civ., n. 4, ha censurato la sentenza impugnata per non avere la corte d'appello pronunciato sulle eccezioni che l'appellante aveva proposto nell'atto d'appello: lì dove, in particolare, la società opponente, a fronte di una consulenza tecnica d'ufficio che aveva verificato l'esistenza di opere effettivamente eseguite per un importo complessivo di euro 138.723,43, suddividendole in quattro diverse tipologie di lavori ed esponendole in quattro tabelle, aveva dedotto nell'atto d'appello: – quanto alle opere di cui alla tabella A, e cioè le "Opere previste dall'elenco prezzi unitari", che il consulente tecnico d'ufficio aveva completamente omesso di considerare lo sconto praticato sull'importo complessivo dei lavori, attribuendo alle stesse un valore superiore a quanto contrattualmente stabilito; – quanto alle opere di cui alla tabella B, e cioè le "Opere extra non previste ma strettamente connesse" in quanto ritenute dal consulente tecnico d'ufficio necessarie, che era onere dell'esecutrice prevederne la necessità di esecuzione e che, non essendo ciò avvenuto, il

relativo importo doveva rimanere a suo carico; quanto alle opere di cui alla tabella C, e cioè le "Opere extra non previste ma ordinate dal Geom. B.", che tali opere non erano state eseguite e che non erano state ordinate dalla committente non potendo il geom. B. rappresentarla in luogo del direttore dei lavori; – quanto alle opere di cui alla tabella C, e cioè i "Lavori extra dal 3 settembre 2002 a dopo il 16 febbraio 2003", che la committente non aveva ordinato tali lavori e che gli stessi non erano stati eseguiti.

4.2. La corte d'appello, però, ha proseguito la ricorrente, su tali eccezioni non si è pronunciata in alcun modo, limitandosi ad affermare che il giudice può ben limitarsi a recepire le conclusioni del consulente tecnico d'ufficio e che la relazione appariva corretta, senza, tuttavia, considerare che le eccezioni erano di puro diritto tanto che lo stesso consulente, in seconda istanza, aveva operato il ricalcolo degli importi applicando lo sconto contrattuale invocato in appello.

5. Con il secondo motivo, la società ricorrente, lamentando la motivazione apparente e la violazione di legge costituzionalmente rilevante, in relazione all'art. 360 cod. proc. civ., nn. 3 e 4, ha censurato la sentenza impugnata nella parte in cui la corte d'appello, a fronte delle censure dell'appellante in ordine al mancato accoglimento della domanda riconvenzionale proposta dalla stessa per la condanna dell'opposta al pagamento della penale contrattualmente prevista per il ritardo, si è limitata ad enunciare il principio per cui, nell'appalto privato, qualora il committente, nel corso dell'esecuzione del contratto, richieda all'appaltatore importanti variazioni del progetto, vengono meno, per effetto del mutamento dell'originario piano dei lavori, il termine di consegna e la penale per il ritardo, pattuiti nel contratto, senza, tuttavia, svolgere alcuna valutazione in merito all'entità delle variazioni che, come dedotto nell'atto d'appello, non potevano ritenersi di consistenza tale da configurare un importante mutamento del piano dell'opera affidata.

6.1. I motivi, da esaminare congiuntamente, sono fondati.

6.2. Risulta, invero, dall'atto d'appello presentato a suo tempo dalla S. Orizzonti S.p.a. (p. 10 ss. e p. 20 ss.), direttamente esaminato dalla Corte in ragione della natura processuale dei vizi lamentati, che la società appellante aveva: – innanzitutto, sollevato censure, alcune sul piano fattuale, altre sul piano giuridico, in merito alla quantificazione, così come operata dal consulente tecnico d'ufficio e recepita dalla sentenza di primo grado, delle opere eseguite dall'opposta; – in secondo luogo, contestato il mancato accoglimento della domanda che la stessa, quale committente, aveva proposto per il pagamento della penale contrattualmente prevista per il ritardo, sul rilievo che la presenza di varianti in corso d'opera e di opere extra preventivo non era sufficiente a ritenere superato il termine di consegna originariamente previsto e la relativa clausola penale poiché, da un lato, alcuni lavori contrattualmente previsti non erano stati eseguiti mentre, dall'altro, non vi sono state variazioni di consistenza tale da configurare un importante mutamento del piano dell'opera affidata.

6.3. La corte d'appello, però, a fronte di tali censure, si è limitata ad affermare, per un verso, che l'operato del consulente risultava "improntato a criteri obiettivi ed esatti dal punto di vista tecnico che non sono contraddetti né smentiti dai rilievi fatti dalle avverse difese" e che il giudice, quando aderisce alle conclusioni del consulente tecnico d'ufficio, non è tenuto ad esporre in modo specifico le ragioni del suo convincimento, e, per altro verso, che nell'appalto privato, qualora il committente nel corso dell'esecuzione del contratto richieda all'appaltatore importanti variazioni del progetto, vengono meno, per effetto del mutamento dell'originario piano dei lavori, il termine di consegna e la penale per il ritardo, pattuiti nel contratto.

6.4. Così facendo, tuttavia, la corte d'appello: – con la prima statuizione, non si è attenuta al principio, ripetutamente affermato in sede di legittimità, secondo cui, ove le risultanze della consulenza tecnica d'ufficio siano state oggetto di critiche specifiche e circostanziate, il giudice del merito, per non incorrere nel vizio previsto dall'art. 360 cod. proc. civ., n. 5 è tenuto a spiegare in maniera puntuale e dettagliata le ragioni della propria adesione (cfr. Cass. n. 15147 del 2018; Cass. n. 11917 del 2021); – con la seconda statuizione, non ha valutato se, alla luce delle originarie previsioni contrattuali e delle opere effettivamente eseguite, le variazioni apportate erano di consistenza e rilevanza tali da aver effettivamente comportato, in ragione del mutamento dell'originario piano dei lavori così apportato, il venir meno del termine di consegna e della penale per il ritardo originariamente pattuiti nel contratto (cfr. Cass. n. 9152 del 2019; Cass. n. 8405 del 2018; Cass. n. 20484 del 2011).

(*Omissis*)

Brevi considerazioni in tema di consulenza tecnica e varianti

1. La decisione annotata viene esaminata anzitutto quanto all'adesione del giudice alle conclusioni del consulente tecnico d'ufficio, senza motivare sulle critiche ad esse rivolte da uno dei contendenti.

La consulenza tecnica in effetti viene non di rado fatta propria dal giudice in quanto la fiducia che è alla base della nomina dello stesso lo porta ad accettarne le conclusioni, e il giudice spesso non si sente in grado di valutare autonomamente il responso del consulente.

Ruolo quindi delicato quello della consulenza tecnica[1].

Le critiche che vengono quasi sempre formulate dalla parte alla quale la consulenza è sfavorevole, vengono così spesso respinte con la semplice motivazione che si condividono le conclusioni del consulente e la relativa decisione viene contestata per violazione dell'obbligo di esaminarle e di motivare ove non siano condivise.

La decisione inoltre aderisce all'orientamento del giudice di legittimità[2] che in presenza di critiche che non siano generiche, il giudice non può limitarsi a dichiarare di aderire alla consulenza, ma deve valutare ciascuna di tali critiche e – ove le disattenda – motivare al riguardo.

Più specificamente la Corte regolatrice ha censurato[3] la decisione della Corte territoriale secondo la quale sarebbe "consentito al giudicante, laddove aderisca al portato della CTU, non esporre le ragioni del suo convincimento".

Se il giudice può ben basare il proprio convincimento su alcune anziché su altre prove[4], l'omesso esame e motivazione su criti-

(1) C.M. Barone, *Consulente tecnico*, in *Enc. giur.*, Roma, 1998; Molfese, *Il consulente tecnico in materia civile*, Padova, 2003; Denti, *Scientificità della prova e libera valutazione del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 1972, p. 414.

(2) Cass., 24 marzo 2022, n. 9691; Cass., 21 febbraio 2022, n. 3624 e Cass., 5 maggio 2020, n. 8460.

(3) Cass., 5 maggio 2020, n. 8460.

(4) Cass., Sez. un., 5 agosto 2016, n. 16598.

che specifiche e circostanziali alla consulenza tecnica d'ufficio costituisce vizio della decisione di cui all'art. 360, n. 5 cod. proc. civ. (e non un omesso esame di fatto decisivo)[5].

La parte cui venga applicata una penale per sottrarsi all'obbligo di corrisponderla ha l'onere della prova che il suo ritardo è dovuto a causa oggettivamente ad essa non imputabile[6].

Sul piano sistematico, le critiche ad una consulenza tecnica sono eccezioni, soggette quindi ai termini di preclusione di cui all'art. 157, comma 2, cod. proc. civ. e vanno pertanto dedotte – a pena di decadenza – nella prima istanza o difesa successiva al deposito della consulenza tecnica[7].

Comunque, in mancanza di consulenza tecnica d'ufficio o in caso di suo mancato deposito, argomentazioni possono essere effettuate durante il processo generalmente in base ad argomenti di consulenti tecnici di tale parte, purché non vengano tramite esse allegati fatti costitutivi, modificativi od estintivi e rispettando il contraddittorio.

2. La decisione in esame è conforme all'orientamento della Corte[8] anche in tema di effetti di varianti dell'opera sul termine di consegna e sulla penale.

Conseguenza normale sul piano logico, la cui applicazione peraltro al caso concreto dovrà dipendere dalla portata della specifica variante, che deve essere accertata dal giudice in quanto potrebbe anche non incidere sulla durata e svolgimento dei lavori, e non spostare quindi il termine di consegna.

Vedasi in particolare, la decisione n. 9152 del 2019.

"Costituisce principio consolidato che, quando, nel corso dell'esecuzione del contratto d'appalto, il committente abbia richiesto all'appaltatore notevoli ed importanti variazioni del progetto – che importino "notevoli modificazioni della natura dell'opera", che determina una sostituzione consensuale del regolamento contrattuale già in essere[9] – il termine di consegna e la penale per il ritardo, pattuiti nel contratto, vengono meno per effetto del mutamento dell'originario piano dei lavori; perché la penale conservi efficacia, occorre che le parti di comune accordo fissino un nuovo termine. In mancanza, incombe al committente, che persegua il risarcimento del danno da ritardata consegna dell'opera, l'onere di fornire la prova della colpa dell'appaltatore[10]."

MAURO RUBINO-SAMMARTANO

---

(5) Cass., Sez. un., 7 aprile 2014, n. 8053.

(6) Cass., 25 maggio 2017, n. 13142 e Cass., 30 aprile 2012, n. 65941.

(7) Cfr. Cass., 25 febbraio 2014, n. 4449 e Cass., 6 settembre 2006, n. 19121.

(8) Cass., 23 febbraio 2022, n. 5901; Cass., 8 ottobre 1981, n. 5300; Cass., 2 febbraio 2022, n. 3260;Cass., 31 marzo 2022, n. 10475, Cass; 2 aprile 2019, n. 9152.

(9) Cass. n. 10201 del 2012; Cass. n. 19099 del 2011; Cass. n. 9796 del 2011.

(10) Cass. n. 20484 del 2011; conf. Cass. n. 7242 del 2001; Cass. n. 2290 del 1995; Cass. n. 2394 del 1986.

Osservatorio di Diritto comunitario e nazionale sugli appalti pubblici, i servizi e la concorrenza

a cura di **Michele Cozzio**

La rubrica è redatta in collaborazione con l'Osservatorio di Diritto Comunitario e Nazionale sugli Appalti Pubblici presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento. L'Osservatorio opera con finalità di aggiornamento e analisi sull'evoluzione del quadro normativo e giurisprudenziale dei contratti pubblici.

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA, Sez IV, 28 aprile 2022, causa 642/20, – LYCOURGOS *Presidente*, RODIN *Estensore* – Caruter s.r.l. c. Regione Siciliana et altri

Raggruppamento temporaneo di imprese – Impresa mandataria – Requisiti e prestazioni – Normativa nazionale – Necessità del possesso in misura maggioritaria di requisiti e prestazioni – Non conformità al diritto UE.

L'articolo 63, Direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici deve essere interpretato nel senso che osta ad una normativa nazionale secondo la quale l'impresa mandataria di un raggruppamento di operatori economici partecipante a una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico deve possedere i requisiti previsti nel bando di gara ed eseguire le prestazioni di tale appalto in misura maggioritaria.

Sui vincoli nazionali non conformi al diritto UE in tema di qualificazione (ed esecuzione) delle imprese mandatarie

1. La sentenza della Corte di giustizia (C-642/20) incide la disciplina nazionale sul tema dei vincoli imposti alle imprese mandatarie di raggruppamenti di operatori economici nell'ambito delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici. La regola italiana che richiede all'impresa mandataria (o capogruppo) di possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria (art. 83, comma 8, codice dei contratti pubblici) è in contrasto con la Direttive 2014/24/UE, in particolare con l'art. 63. Quest'ultimo, infatti, non pone limitazioni generali e aprioristiche alla possibilità per le imprese di un raggruppamento di fare affidamento sulle capacità di altri soggetti (fatta salva la necessità di dare dimostrazione della disponibilità), né stabilisce vincoli specifici, quantitativi, in capo alla mandataria. La medesima norma, inoltre, permette alle amministrazioni di richiedere che determinate prestazioni siano eseguite da "una" impresa partecipante al raggruppamento, sulla base delle specificità dell'appalto.

Il legislatore italiano ha seguito un approccio diverso definendo normativamente un limite di tipo quantitativo applicabile in modo

orizzontale a tutti gli appalti pubblici, soluzione che i giudici europei stabiliscono andare al di là di quanto consentito dalle regole europee (segnatamente l'art. 63, Direttiva 2014/24/UE).

La decisione della Corte di giustizia impone la ridefinizione della regola nazionale e della sua interpretazione consolidata, secondo la quale nei raggruppamenti di imprese la mandataria doveva assumere, oltre al ruolo di rappresentanza, anche la quota maggioritaria di requisiti e prestazioni.

Della sentenza dei giudici europei dovrà quindi tenere conto il Governo al quale la l. 21 giugno 2022, n. 78 demanda di riformare la disciplina nazionale dei contratti pubblici al fine – tra l'altro – di adeguarla al diritto europeo e ai principi espressi dalla giurisprudenza delle Corti interne e sovranazionali (art. 1).

2. La vicenda da cui origina la pronuncia della Corte di giustizia riguarda la procedura per l'affidamento del servizio di spazzamento, raccolta, trasporto e smaltimento dei rifiuti solidi urbani differenziati e indifferenziati ed altri servizi di igiene pubblica in 33 comuni siciliani.

La gara è stata indetta nel 2019 con procedura aperta, con modalità telematiche, basata sul criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. L'appalto, suddiviso in tre lotti, aveva un valore complessivo di oltre 42 mln di euro per la durata di sette anni. Nell'ambito dell'aggiudicazione del secondo lotto (con valore poco superiore a 19 mln di euro) emergeva una vertenza giurisprudenziale articolata su più punti tra i raggruppamenti calassificatisi rispettivamente primo (ATI Pippo Pizzo) e secondo (ATI Caruter s.r.l.).

Va subito evidenziato che la vicenda giudiziale tocca molteplici temi di interesse, rispetto ai quali i giudici svolgono sia in primo grado (TAR Sicilia, Catania, Sez. IV, 30 dicembre 2019 n. 3150) sia in secondo grado (cfr. sentenza non definitiva del Corte giust. amm. Sic., Sez. giurisd., 24 novembre 2020, n. 1103 e l'ordinanza di rinvio pregiudiziale Corte giust. amm. Sic., Sez. giurisd., 24 novembre 2020, n. 1106) approfondite ricostruzioni, che meriterebbero di per sé attenzione. Nello specifico sono affrontati i temi:

(1) del rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale nel giudizio amministrativo[(1)];

(2) della riapertura dei termini per la presentazione delle offerte (dopo la scadenza) a causa di un presunto malfunzionamento della

(1) Sul punto la scelta del giudice di primo grado, confermata in sede di appello, è stata quella di esaminare entrambi i ricorsi, principale e incidentale, non essendo possibile prevedere se il loro eventuale accoglimento indurrà la stazione appaltante ad annullare in autotutela la procedura per poi rinnovarla con un nuovo bando, oppure ad aggiudicarla tramite scorrimento della graduatoria.

piattaforma elettronica. Viene confermata l'illegittimità della scelta del RUP di riaprire i termini una volta che questi siano scaduti. Tale facoltà non è ricompresa tra quelle riconosciute dall'ordinamento che legittima l'adozione di provvedimenti di sospensione o di proroga del termine originario (prima del suo decorso) (così per l'art. 79, comma 5 *bis*, c odice dei contratti pubblici);

(3) del decorso dei termini per la presentazione del ricorso. Sul punto viene confermato l'orientamento, consolidatosi anche in sede europea, secondo il quale il termine per l'impugnazione decorre dal momento in cui si realizza la conoscenza effettiva delle ragioni del provvedimento da impugnare e dei documenti utili a consentire il pieno esercizio del diritto di difesa. Tale conoscenza non viene ravvisata nella comunicazione dell'aggiudicazione svolta dall'amministrazione;

(4) dei contenuti che devono caratterizzare il contratto di avvalimento.

Diverso dai temi sopra elencati è l'argomento oggetto del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia.

La questione, posta dall'ATI Caruter s.r.l. (classificatasi seconda), riguarda il fatto che l'impresa mandataria del raggruppamento vicente ha dimostrato il possesso dei requisiti previsti nel bando integralmente ed esclusivamente mediante avvalimento, in palese violazione dell'art. 83, comma 8, codice dei contratti pubblici nonché della legge speciale di gara.

In primo grado il giudice amministrativo riconosce che la doglianza è fondata.

La decisione viene ancorata al dato letterale dell'art. 83, comma 8, terzo periodo, a mente del quale "la mandataria deve in ogni caso possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria". Al riguardo vengono richiamate le decisioni conformi del Consiglio di giustizia amministrativa della Regione Siciliana (in particolare sentenza 18 febbraio 2019, n. 147) e del Consiglio di Stato. La scelta del legislatore italiano – come ricorda il giudice amministrativo – esprime un'attenzione mirata al ruolo della mandataria, che deve disporre dei requisiti in misura maggioritaria perché maggioritarie sono le prestazioni che deve eseguire. Inoltre, tale soluzione non sarebbe in contraddizione con la regola che permette alle imprese di fare ampio utilizzo dell'avvalimento. L'equilibrio tra le due regole (vincoli imposti alla mandataria art. 83, comma 8 e ammissibilità dell'avvalimento art. 89, comma 1) va ricercato, avvertono i giudici, per un verso ammettendo l'avvalimento e, per l'altro verso, condizionandolo al rispetto della regola per la quale la mandataria deve "in ogni caso" possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria.

Tanto nel ricorso quanto nella sentenza di primo grado non

emergono dubbi di conformità della regola nazionale con il diritto europeo.

La richiesta di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia viene presentata nel procedimento d'appello. L'istanza è posta dall'ATI Pippo Pizzo, del resto la Ditta individuale Pippo Pizzo mandataria di questo raggruppamento aveva dimostrato i requisiti ricorrendo integralmente all'avvalimento. La scelta, processualmente parlando, è coraggiosa in quanto l'istanza di rinvio pregiudiziale viene presentata non nella fase introduttiva dell'appello ma con memoria di replica, col rischio di risultare inammissibile perché ultronea al *thema decidendum* del giudizio.

Il giudice di secondo grado l'ha ritenuta meritevole di accoglimento perché non estranea al *thema decidendum*, perché rilevante per la risoluzione della controversia ("con conseguenze circa l'aggiudicazione di una gara rilevante socialmente ed economicamente") e, più in generale, perché utile per l'ordinato svolgersi dei rapporti tra fonti europee e diritto interno.

Il rinvio alla Corte è oggetto di specifica ordinanza del Consiglio della giustizia amministrativa (24 novembre 2020 n. 1160).

3. La sentenza della Corte di giustizia è breve, ai giudici europei sono sufficienti pochi punti per stabilire la non conformita della norma nazionale con la regola europea: "imponendo all'impresa mandataria di eseguire le prestazioni contemplate dall'appalto in misura maggioritaria rispetto a tutte altre imprese del raggruppamento, l'art. 83, comma 8, codice dei contratti pubblici fissa una condizione più rigorosa di quella prevista dalla Direttiva 2014/24/UE, la quale si limita ad autorizzare l'amministrazione aggiudicatrice a prevedere, nel bando di gara, che taluni compiti essenziali siano svolti direttamente da un partecipante al raggruppamento di operatori economici" (punto 37).

Il legislatore nazionale impone, in modo orizzontale, per tutti gli appalti che il mandatario del raggruppamento esegua la maggior parte delle prestazioni. Questa norma – precisa la Corte – non si limita a indicare il modo in cui un raggruppamento deve garantire di possedere i requisiti per eseguire l'appalto, ma riguarda l'esecuzione dell'appalto in misura maggioritaria da parte della mandataria, con esclusione di tutte le altre imprese che partecipano al raggruppamento. La soluzione non è conforme alla *ratio* della Direttiva 2014/24/UE ravvisabile nel limitare il più possibile vincoli e imposizioni riguardanti i singoli operatori dei raggruppamenti, nell'incoraggiare la partecipazione di piccole e medie imprese alle gare d'appalto anche mediante raggruppamenti, nell'aprire il mercato degli appalti alla concorrenza facilitando l'accesso delle piccole e medie imprese.

4. Ci si può chiedere se l'esito del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia fosse prevedibile.

In certa misura la risposta è affermativa.

La dottrina più attenta da tempo aveva segnalato non solo perplessità sulla compatibilità euronitaria delle norme nazionali ma già la superfluità dell'art. 83, comma 8, codice dei contratti pubblici, evidente nel caso di raggruppamenti di tipo verticale(2). Essi sono caratterizzati dalla individuazione nel bando di gara delle prestazioni principali/maggioritarie (anche in termini economici), per le quali la mandataria – cui spetta eseguirle – deve necessariamente possedere requisiti conformi.

Più in generale, è stato osservato che il dato letterale delle disposizioni europee (art. 63, Direttiva 2014/24/UE) "rafforza il principio della frazionalibilità dei requisiti e la conseguente applicazionione del principio del loro cumulo ai fini della partecipazione in forma aggregata alle procedure di gara". Sempre stando al dato letterale della norma europea, inoltre, è stato osservato come la stessa apparisse "refrattaria alla predeterminazione generalizzata della esecuzione di specifiche prestazion iin capo ad un solo soggetto del raggruppamento".

In tal senso, la sentenza della Corte di giustizia non sorprende. L'idea che la norma nazionale imponendo alla mandataria di possedere in ogni caso i requisiti e di eseguire le prestazioni in misura maggioritaria si ponesse in contraddizione, comunque non in piena corrispondenza con le norme della Direttiva, era presente nei commentatori.

Più cauto è stato finora l'orientamento della giurisprudenza interna e la prassi dell'AVCP/ANAC, a mente del quale il rafforzamento dei requisiti della mandataria è giustificato dallo scopo di assicurare che la stessa, per il ruolo che detiene all'interno del raggruppamento e la posizione di responsabilità che riveste nei confronti della stazione appaltante, assuma una funzione di garanzia della corretta esecuzione dell'appalto, circostanza che – veniva detto – il legislatore ha ritenuto che possa riposare solo sul concorso principale (della mandataria) alla dimostrazione dei requisiti di partecipazione ed alla esecuzione della prestazione richiesta dalla stazione appaltante(3).

Questo orientamento preferenziale per il ruolo dell'impresa singola si scontra con le finalità delle regole europee portatrici di una visione che vuole rafforzare la partecipazione delle imprese di pic-

---

(2) Cfr. part. F. Cardarelli, *Raggruppamenti temporanei e consorzi ordinari di operatori economici*, in *Tratatto sui contratti pubblici,* diretto da M.A. Sandulli, R. De Nictolis, vol. II, 2019, Milano, p. 623 ss. e ivi l'ampia bibliografia riportata.

(3) V., da ultimo, Cons. St., Sez. III, 1° luglio 2020, n. 4206.

cole e medie dimensioni, le quali molte volte preferiscono la flessibilità degli accordi all'ampliamento delle proprie strutture (e dei relativi maggiori costi gestionali).

Vero è, come stabilisce ora la sentenza della Corte di giustizia, che non è la legge a stabilire in termini generali chi deve eseguire una prestazione, ma la stazione appaltante con riferimento a prestazioni essenziali che tengono conto della natura delle prestazioni richieste ed in base al principio di proporzionalità[4]. Questo punto fermo rimanda quindi alla discrezionalità delle stazioni appaltanti (e implicitamente alla necessaria professionalizzazione dei RUP e dei funzionati pubblici) cui spetta definire, in mancanza di predeterminazione (normativa o regolamentare) i requisiti di idoneità che devono essere posseduti dalle imprese del raggruppamento, nel rispetto dei limiti derivanti dai principi di proprozionalità, ragionevolezza, adeguatezza (o non eccedenza) rispetto all'oggetto dell'appalto e al contenuto delle prestazioni. Del resto, spinge in questa direzione l'applicazione sempre più estesa dell'avvalimento che, secondo la giurisprudenza europea, non ammette limiti se non in forza delle limitazioni derivanti dalla natura e dallo scopo dell'appalto del quale è richiesta l'esecuzione[5].

MICHELE COZZIO

(4) F. CARDARELLI, *Raggruppamenti temporanei e consorzi ordinari di operatori economici*, cit. p. 661-662.

(5) Sul tema v. Corte giust. UE, Sez. I, 7 aprile 2016, C 324/14, «Partner Apelski Dariusz», pt. 58, a mente della quale l'amministrazione aggiudicatrice può, in circostanze particolari, ai fini della corretta esecuzione dell'appalto, indicare espressamente nel bando di gara o nel capitolato d'oneri regole precise (nonché limitazioni) secondo cui un operatore economico può fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, purché tali regole siano attinenti e proporzionate all'oggetto e alle finalità dell'appalto.

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA, Sez. VIII, 16 giugno 2022, causa 376/21 – Jääskinen *Presidente*, Gavalec *Estensore* – Zamestnik-ministar na regionalnoto razvitie i blagoustroystvoto *c.* Obshtina Razlog.

Opere pubbliche – Finanziamento – Programmi co-finanziati da Fondi SIE – Disciplina – Diritto europeo – Applicabilità – Esclusione.

Appalto di opere pubbliche – Affidamento – Procedure – Procedura negoziata senza previa pubblicazione di bando – Applicabilità – Condizioni – Fattispecie.

Le regole finanziarie applicabili al bilancio generale dell'Unione non si applicano alle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici organizzate dalle amministrazioni aggiudicatrici degli Stati membri, anche quando tali appalti sono finanziati con risorse provenienti dai fondi strutturali e di investimento europei.

La disciplina della procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando – di cui all'art. 32, § 2, lett. a, Direttiva 2014/24/UE – deve essere interpretato nel senso che un'amministrazione aggiudicatrice può rivolgersi ad un unico operatore economico nel caso in cui tale procedura riprenda, senza modifiche sostanziali, le condizioni iniziali dell'appalto menzionate in una precedente procedura aperta che è stata chiusa con la motivazione che l'unica offerta presentata era inappropriata, quand'anche l'oggetto dell'appalto in questione non presenti obiettivamente alcuna specificità che giustifichi l'affidamento della sua esecuzione in via esclusiva ad un operatore.

Precisazioni della Corte di giustizia sugli appalti finanziati con risorse UE e sulla procedura negoziata senza previa pubblicazione

1. Nella causa C-376/21, avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale presentata dalla Corte suprema amministrativa della Bulgaria, la Corte di giustizia si occupa della disciplina applicabile agli appalti pubblici finanziati con risorse europee e aggiudicati dalle amministrazioni degli Stati membri. Per i giudici

bulgari non è chiaro se l'aggiudicazione di tali appalti deve seguire le regole del bilancio dell'Unione[1], secondo le quali tutti i contratti finanziati interamente o parzialmente dal bilancio europeo: (i) rispettano i principi di trasparenza, proporzionalità, parità di trattamento e non discriminazione e (ii) sono messi a gara assicurando la più ampia concorrenza. Nella sentenza, la Corte di giustizia stabilisce che i regolamenti finanziari dell'UE non si applicano alle procedure di aggiudicazione bandite dalle amministrazioni degli Stati membri.

I giudici europei, inoltre, chiariscono alcuni elementi della disciplina delle procedure negoziate senza previa pubblicazione del bando di gara, di cui all'art. 32, Direttiva 2014/24/UE. La Corte ribadisce in quali casi le amministrazioni possono ricorrere a questa soluzione, precisando altresì quando esse possono rivolgersi/invitare un unico operatore economico per l'affidamento del contratto.

Si tratta di precisazioni di significativo interesse anche per l'impatto che deriva sulla disciplina italiana. Il nostro legislatore, infatti, recependo l'art. 32, Direttiva 2014/24/UE ha introdotto una serie di adempimenti ulteriori a quelli minimi richiesti dalla Direttiva, specie per quanto riguarda l'individuazione degli operatori economici (cfr. l'art. 63, comma 6, codice dei contratti pubblici). Le amministrazioni che applicano tale procedura, infatti, devono: (*a*) valutare le informazioni riguardanti le caratteristiche di qualificazione economica e finanziaria, tecniche e professionali; (*b*) applicare i principi di trasparenza, concorrenza e rotazione; (*c*) selezionare almeno cinque operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti idonei.

Proprio tale ultimo vincolo procedurale, presente nella legislazione italiana, sembra superato dalla decisione della Corte di giustizia che permette all'amministrazione aggiudicatrice – nell'ambito di una procedura senza previa pubblicazione attivata a seguito di una infruttuosa procedura aperta o ristretta – di rivolgersi ad un unico operatore economico anche se non ricorrono condizioni di esclusività che impongono di rivolgersi ad esso.

Della sentenza dei giudici europei potrà tenere conto il Governo italiano al quale la l. 21 giugno 2022, n. 78 demanda di riformare la disciplina nazionale dei contratti pubblici perseguendo, tra gli altri, obiettivi di stretta aderenza alle Direttive europee e di semplificazione delle procedure di aggiudicazione.

---

(1) Segnatamente gli artt. 102 e 104 Regolamento (UE, Euratom) n. 966 del 2012 come modificato dal regolamento (UE, Euratom) 2015/1929, nonché gli artt. 160 e 164 del Regolamento (UE, Euratom) 2018/1046 sulle regole finanziarie applicabili al bilancio generale dell'Unione.

2. La vertenza da cui trae origine la decisione della Corte di giustizia riguarda la procedura avviata dal comune bulgaro di Razlog che ha beneficiato di fondi europei per il miglioramento della struttura e dell'insegnamento del locale liceo professionale per la meccanizzazione dell'agricoltura. Il comune, in qualità di amministrazione aggiudicatrice, ha indetto una procedura aperta per l'aggiudicazione dell'appalto suddiviso in quattro lotti. L'unica offerta presentata, riguardante il lotto n. 2, è stata ritenuta non conforme, in quanto l'importo presentato risultava superiore al valore stimato posto a base di gara. L'amministrazione, dopo aver accertato l'infruttuosità della procedura aperta, ha avviato una procedura negoziata senza previa pubblicazione di gara per l'aggiudicazione del medesimo lotto n. 2, del valore di circa 17mila euro, invitando un unico operatore economico, poi risultato aggiudicatario. La procedura veniva segnalata al Ministero – che provvedeva alla riduzione del finanziamento europeo concesso al comune – sulla base dell'assunto che l'amministrazione aveva avvantaggiato senza giustificazione l'operatore economico invitato, violando i regolamenti finanziari dell'UE che impongono il rispetto del principio di libera concorrenza.

Il contenzioso tra l'amministrazione comunale e il Ministero è quindi approdato alla Corte di giustizia, alla quale viene richiesto di chiarire se i principi di trasparenza, proporzionalità, parità di trattamento e non discriminazione impediscono all'amministrazione di rivolgersi ad un solo operatore mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione, quando l'oggetto dell'appalto pubblico non abbia specificità tali da rendere necessaria l'esecuzione da parte di quell'operatore.

3. I giudici europei chiariscono innanzitutto che l'obbligo per le stazioni appaltanti degli Stati membri di rispettare i principi fondamentali degli appalti pubblici (parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza e proporzionalità) non discende dai regolamenti finanziari dell'UE, neppure nell'ipotesi in cui l'appalto sia finanziato con risorse dei fondi strutturali e di investimento europei.

I regolamenti europei, infatti, si applicano agli appalti pubblici conclusi per iscritto tra uno o più operatori economici e una o più amministrazioni aggiudicatrici, nozione che comprende solo le istituzioni dell'Unione, le agenzie esecutive e gli organi dell'Unione. In tal senso, avvertono i giudici, i regolamenti finanziari dell'UE non si applicano alle procedure delle amministrazioni aggiudicatrici degli Stati membri. Del resto, gli stessi regolamenti stabiliscono che gli Stati membri, "quando svolgono compiti di esecuzione del bilancio tramite appalti pubblici, finanziati con le risorse dei fondi strutturali e di investimento europei, non applicano i regolamenti

finanziari europei bensì la legislazione nazionale, comprese le disposizioni che recepiscono le Direttive europee sull'aggiudicazione degli appalti pubblici".

L'obbligo di rispettare i principi fondamentali degli appalti va desunto – proseguono i giudici – non dai regolamenti finanziari dell'UE, ma dalla Direttiva 2014/24/UE che lo enuncia espressamente nell'art. 18. A questi principi deve quindi conformarsi anche l'amministrazione comunale bulgara, senza che sia dirimente la circostanza che la Direttiva si applica unicamente agli appalti sopra soglia. La Bulgaria, infatti, ha recepito fedelmente nel proprio ordinamento giuridico la Direttiva 2014/24/UE estendone il campo di applicazione a tutte le procedure di aggiudicazione, indipendentemente dal valore/soglia di riferimento. Di conseguenza, l'obbligo di applicazione dei principi sopra richiamati discende dalla scelta del legislatore bulgaro di conformarsi, in modo diretto e incondizionato, alle regole della Direttiva europea anche per gli appalti sotto soglia, per i quali la disciplina della Direttiva europea normalmente non troverebbe applicazione.

Questo passaggio argomentativo serve alla Corte anche per giustificare l'azione interpretativa che sviluppa nel proseguo della sentenza, sul tema della procedura negoziata senza previa pubblicazione che il giudice del rinvio non aveva preso in considerazione. "La circostanza che il giudice bulgaro abbia formulato una questione pregiudiziale facendo riferimento soltanto a talune disposizioni del diritto dell'Unione non osta a che la Corte fornisca a detto giudice tutti gli elementi di interpretazione che possano essere utili alla decisione del giudizio di cui è investito, indipendentemente dal fatto che esso vi abbia fatto riferimento o meno nella formulazione delle sue questioni" (punto 51 della sentenza).

4. La parte della decisione vertente sulle condizioni di ammissibilità e sulle modalità di applicazione della procedura negoziata senza previa pubblicazione è di particolare interesse, anche per il possibile impatto sul sistema italiano.

Giova ricordare che la procedura senza previa pubblicazione è pensata dal legislatore europeo come derogatoria delle generali garanzie di pubblicità e trasparenza, dunque assume natura eccezionale e necessita di attenta valutazione delle condizioni di ammissibilità (cfr. considerando n. 50, Direttiva 2014/24/UE). La Corte ricorda che la sua disciplina è stabilita dall'art. 32, Direttiva 2014/24/UE il quale definisce un elenco dei presupposti di ammissibilità. L'elenco, precisano i giudici, è tassativo e gli Stati membri non devono autorizzare l'applicazione della procedura al di fuori delle ipotesi indicate, che fanno riferimento a circostanze caratterizzate da:

– eccezionalità, dovuta a eventi imprevedibili non imputabili alle amministrazioni aggiudicatrici; tale eccezionalità, ad esempio, ha giustificato l'utilizzo della procedura senza previa pubblicazione nel periodo dell'emergenza Covid (cfr. gli *Orientamenti della Commissione europea sull'utilizzo del quadro in materia di appalti pubblici nella situazione di emergenza connessa alla crisi della Covid-19* pubblicati il primo aprile 2020); oppure

– esclusività, allorché risulti tecnicamente impossibile che un altro operatore economico sia in grado di fornire i risultati richiesti ovvero risulti necessario utilizzare conoscenze, strumenti o mezzi di cui dispone un unico operatore economico; oppure

– efficienza, laddove risulti evidente che la pubblicazione del bando non genererebbe maggiore competitività o migliori risultati, ad esempio per il fatto che non è stata presentata nessuna offerta o nessuna offerta appropriata nell'ambito di procedure (aperte o rostrette) per l'aggiudicazione dell'appalto con le medesime caratteristiche e condizioni di quelle oggetto della procedure senza previa pubblicazione.

Quest'ultima ipotesi caratterizza la fattispecie alla base del rinvio pregiudiziale presentato dal giudice bulgaro. Con riferimento ad essa, la Corte ribadisce le condizioni cumulative che giustificano l'uso della procedura senza previa pubblicazione:

(*i*) l'amministrazione aggiudicatrice non ha ricevuto alcuna offerta o, quantomeno, alcuna offerta "appropriata"(2) nell'ambito di una precedente procedura aperta o ristretta;

(*ii*) i contenuti della procedura negoziata sono i medesimi della procedura aperta o ristretta;

(*iii*) l'amministrazione è in grado di documentare i presupposti giustificativi della procedura negoziata. Sul punto, giudici europei indicano che l'amministrazione deve essere in grado di provare che il prezzo concordato con l'aggiudicatario corrisponde al prezzo di mercato e che non è superiore al valore stimato dell'appalto (punto 69, della sentenza).

A fromte di queste precisazioni, riguardanti le condizioni di ammissibilità della procedura negoziata senza previa pubblicazione, la parte più innovativa della sentenza emerge nei paragrafi finali (in particolare 67 e 68) che trattano delle modalità di svolgimento

(2) Il concetto di non appropriatezza, per come definito dal legislatore europeo nell'art. 32, § 2, lett. *a*, comma 2, Direttiva 2014/24/UE, indica l'offerta che non presenta alcuna pertinenza con l'appalto ed è quindi manifestamente inadeguata, salvo modifiche sostanziali, a rispondere alle esigenze dell'amministrazione aggiudicatrice e ai requisiti specificati nei documenti di gara. L'offerta è da ritenersi innappropriata anche nell'ipotesi in cui sia inaccettabile, in particolare quando il prezzo supera l'importo posto a base di gara, stabilito e documentato prima dell'avvio della procedura di appalto (pt. 62, sentenza Corte giust. UE, C-376/21).

di tale procedura. I giudici europei, infatti, si interessano del *come* si svolge la procedura, elemento finora poco considerato.

La Corte conferma che i principi fondamentali degli appalti pubblici (espressi dall'art. 18, § 1, Direttiva 2014/24/UE) non vengono violati nell'ambito di una procedura negoziata senza previa pubblicazione dall'amministrazione che si rivolge ad un unico operatore economico, anche se l'appalto non ha caratteristiche di esclusività tali da imporre la necessità di rivolgersi a tale operatore.

Per certo devono sussistere i presupposti che legittimano l'uso di questa procedura (v. *supra,* punti *i*, *ii* e *iii*) ma, ed è questo l'elemento più innovativo (anche) per il sistema italiano[3], la stazione appaltante può invitare a negoziare un solo operatore economico (indipendentemente dall'esclusività dell'oggetto dell'appalto).

La circostanza che gli operatori economici potenzialmente interessati all'appalto non abbiano colto l'occasione di rivolgersi all'amministrazione e attivare la concorrenza nell'ambito di una precedente procedura aperta o ristretta non può imporre all'amministrazione, nell'ambito della successiva procedura negoziata, di avviare negoziazioni con i medesimi. "Essi", chiarisce la Corte, "ben potevano presentare un'offerta nell'ambito della precedente procedura e in tale contesto beneficiare pienamente dei principi di uguaglianza, di non discriminazione, di trasparenza e di proporzionalità".

La condotta dell'amministrazione non determina quindi illegittime compressioni della concorrenza ed è conforme ai principi fondamentali degli appalti pubblici enunciati dalla Direttiva 2014/24/UE.

MICHELE COZZIO

(3) Con riferimento agli orientamenti della giurisprudenza e della prassi amministrativa italiana è consolidato l'orientamento secondo il quale nell'ambito della procedura negoziata senza previa pubblicazione sussiste l'obbligo per la stazione appaltante della consultazione di più operatori economici "non essendosi in presenza di un affidamento diretto ... ma pur sempre di una procedura negoziata". Così anche ANAC, Linee guida n. 8 *sulle procedure negoziate senza previa pubblicazione di bando in caso di forniture e servizi ritenuti infungibili*, deliberazione del 13 settembre 2017, n. 950, punto 6.

Diego Mantovani

LA FORNITURA DI STRUMENTAZIONE SPECIALISTICA E IL RISCHIO DI *LOCK-IN* NEI CONFRONTI DEGLI OPERATORI ECONOMICI*

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Inquadramento della problematica e definizioni. – 2.1. L'effetto *lock-in*. – 2.2. Strategie per la fuoriuscita da una situazione di *lock-in*. – 3. Analisi di un caso concreto: acquisto, gestione e manutenzione del parco strumenti di misura. – 4. Conclusioni.

1. *Introduzione.* – L'ambito degli appalti pubblici abbraccia una moltitudine di tematiche con diversi gradi di complessità in relazione principalmente agli importi e agli oggetti messi a bando. Una delle prime distinzioni di base tra le varie procedure di appalto riguarda la tipologia degli stessi: gli affidamenti possono riguardare lavori oppure forniture e servizi. In questo scritto vengono affrontate alcune problematiche inerenti alla fornitura di strumentazione tecnica specialistica utilizzata per effettuare rilievi in campo topografico. Spesso le procedure di acquisto di tale tipologia di beni avvengono in condizioni limite per quanto attiene il principio dell'evidenza pubblica. L'obiettivo del lavoro è di mettere in risalto le peculiarità di questi affidamenti che si caratterizzano per un elevato rischio di vincolo nei confronti di un operatore economico specifico. Tale vincolo è dovuto in parte alla particolarità/specificità dei prodotti in sé e per sé ma anche a fattori esterni quali l'abitudine/familiarità al loro utilizzo da parte della stazione appaltante. Dopo aver descritto brevemente la problematica ed individuato le possibili cause, nella parte conclusiva del lavoro si propongono delle strategie per ridurre il più possibile il rischio di essere eccessivamente vincolati ad un singolo operatore economico nelle procedure di acquisto di tali strumenti di misura.

2. *Inquadramento della problematica e definizioni.* – Alcuni setto-

* Il presente lavoro costituisce stralcio della tesi presentata nel giugno 2022 dall'autore a conclusione del corso universitario sul *Diritto degli appalti pubblici nella Provincia autonoma di Bolzano*, IV ed.

ri della pubblica amministrazione (PA) godono di particolari competenze nella realizzazione dei lavori in amministrazione diretta.

Un esempio di tali PA sono quelle che si occupano di difesa del suolo dove i vari interventi sistematori per la prevenzione del rischio idrogeologico vengono eseguiti direttamente dagli uffici preposti (lavori eseguiti in amministrazione diretta) senza avvalersi di operatori economici terzi se non per la fornitura di beni e servizi. Porto ad esempio l'Agenzia per la protezione civile della Provincia autonoma di Bolzano, al cui interno è operativa un'Area funzionale bacini montani deputata, tra le altre attività, alla realizzazione di interventi sistematori principalmente lungo i corsi d'acqua del territorio altoatesino. Per la realizzazione degli interventi tale unità si avvale di propri tecnici e di proprie maestranze che nelle varie fasi di lavoro (progettazione, esecuzione, collaudo ecc.) abbisognano di macchinari e strumentazione tecnica specialistica. Nonostante il ricorso frequente, soprattutto per macchinari costosi come escavatori, trivelle ecc, al nolo a caldo, alcune attività quali le misure topografiche ed idrometriche necessitano di strumenti tecnici di misura da utilizzarsi nelle varie fasi dei lavori.

Nell'acquisto di tale strumentazione la pubblica amministrazione si trova spesse volte in difficoltà a conciliare la parte normativa che disciplina gli acquisti pubblici con altri fattori esterni quali la presenza in casa di un "parco strumenti" di una certa tipologia, le pregresse attività di formazione eseguite sul parco strumenti esistente e non da ultimo una certa reticenza da parte del personale tecnico a cambiare le proprie modalità di lavoro.

Soprattutto nel campo dell'Information & Communication Technology (noto anche con l'acronimo ICT) ma anche in altri settori tecnico-specialistici l'individuazione del contraente rappresenta spesso un problema per le pubblica amministrazione. In tale contesto le stazioni appaltanti procedono frequentemente ad affidamenti diretti allo stesso operatore economico, mediante continui rinnovi non rispettando in primis il principio di rotazione, oppure ricorrono a procedure negoziate senza previa pubblicazione del bando di gara, adducendo una presunta infungibilità per motivi tecnici del servizio o della fornitura oggetto dell'appalto.

Il concetto di infungibilità è strettamente legato a quello di sostituibilità: un bene o un servizio è infungibile se risulta essere l'unico in grado di soddisfare un dato bisogno e quindi per tale ragione diviene insostituibile. Beni o servizi infungibili sono generalmente contraddistinti da caratteristiche fisiche-tecniche uniche e quindi possiedono una loro individualità che li rende insostituibili con altri della stessa tipologia (per esempio, un quadro d'autore).

L'infungibilità potrebbe anche essere "indotta" ossia dettata da altre cause come decisioni passate assunte dalla stazione appal-

tante che, per scarsa visione e lungimiranza, inerzia amministrativa o cattiva prassi, ne hanno condizionato i comportamenti futuri oppure per un comportamento strategico adottato dall'operatore economico; in particolare questi due ultimi fenomeni vengono definiti in letteratura economica e antitrust come *"lock-in"* (in pratica un circolo vizioso).

Sul tema l'ANAC ha pubblicato specifiche Linee guida[1] che forniscono indicazioni alle pubblica amministrazione per evitare che cadano in queste trappole, specificando che il bene non è da considerarsi infungibile solo perché non vi sono altri operatori sul mercato in grado di fornire beni altrettanto idonei a soddisfare le sue esigenze. L'infungibilità deriva piuttosto dalla percezione della pubblica amministrazione di un carico economico maggiore rispetto all'accollamento dei costi relativi al passaggio ad un altro operatore.

L'infungibilità di un bene o servizio negli appalti pubblici può consentire alle stazioni appaltanti di ricorrere alla procedura negoziata senza bando in base all'art. 63, comma 2, lett. *b,* codice dei contratti pubblici, sul punto relativo all'assenza di concorrenza "per motivi tecnici". Tale ipotesi è da considerarsi una deroga alla regola generale dell'evidenza pubblica e per tale motivo soggetta ad interpretazione restrittiva.

Appare quindi evidente che, solo qualora una fornitura od un servizio siano infungibili, svolgere una procedura ad evidenza pubblica sarebbe del tutto superfluo (spreco di tempo e di risorse) dato che l'esito di un'eventuale gara risulterebbe scontato, esistendo un unico operatore economico in grado di aggiudicarsela. Ma l'infungibilità deve essere debitamente accertata e motivata nella determina a contrarre da parte della stazione appaltante.

L'applicazione dell'art. 63 scatta quindi a seguito della consultazione preliminare del mercato che ha dato esito negativo rispetto alla presenza di concorrenti da far gareggiare per l'offerta migliore di un bene o un servizio. Fra i casi certi in cui non è necessario pubblicare alcun bando figura l'ipotesi nella quale "i lavori, le forniture o i servizi possono essere forniti unicamente da un determinato operatore economico per assenza di reale concorrenza o quando non esistono altri operatori economici o soluzioni alternative ragionevoli e non limitate dalle caratteristiche tecniche dell'appalto".

Molte volte, a fronte di tali ipotesi, le amministrazioni procedono con l'affidamento diretto, considerando la gara aperta contrastante con il principio di efficienza ed economicità dell'azione amministrativa.

---

(1) Autorità nazionale anticorruzione, Linee guida n. 8, *Procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando nel caso di forniture e servizi ritenuti infungibili*, adottate con deliberazione del 13 settembre 2017, n. 950.

Il fatto che un solo operatore economico sia in grado di fornire un determinato bene o servizio, per complessità tecnica o mancanza di concorrenza, non significa necessariamente che un bene possa essere definito infungibile. Questo perché quella che si andrebbe a verificare in caso di presenza di un'unica opzione presente fra i fornitori è una condizione di *lock-in*, contraria al principio di concorrenza. Questa condizione di *lock-in* è destinata a perpetrarsi nel tempo laddove il vincolo indotto non venga superato dalla ricerca di un nuovo fornitore, scelta che però risulterebbe apparentemente antieconomica. A forza di acquistare un bene o un servizio da un unico fornitore fra la pubblica amministrazione e l'operatore economico in questione si crea quindi un rapporto di dipendenza che non è possibile sciogliere se non sopportando costi ulteriori per transitare ad altro fornitore. A ciò si aggiunge l'impossibilità di recuperare i costi iniziali sostenuti nei lunghi e laboriosi processi di apprendimento propedeutici all'uso ottimale del bene.

2.1. *L'effetto* "lock-in". – Sul mercato esistono un elevato numero di tecnologie e servizi, tra le quali i clienti (in questo caso le pubbliche amministrazioni) possono scegliere. Variano i prezzi, le condizioni, i dettagli tecnologici e ogni rapporto tra cliente e fornitore ha diversi vantaggi e svantaggi specifici. Dover scegliere tra diversi o alcuni fornitori di uno stesso servizio è in genere complicato.

Inoltre, da un punto di vista amministrativo, ha senso lavorare con un numero ridotto di fornitori. I processi diventano più omogenei e perciò meno complessi. Unicamente in casi estremi è possibile che tutti i prodotti e i servizi di cui una pubblica amministrazione ha bisogno vengano forniti da un unico fornitore. In questo caso si verifica una situazione di completa dipendenza. La pubblica amministrazione si trova in una posizione di svantaggio con una capacità di negoziazione minore.

In linea generale, l'effetto *lock-in* indica la dipendenza di un cliente da un prodotto, un servizio o una tecnologia. La dipendenza è dovuta al verificarsi di una o più condizioni nelle quali un cambiamento determinerebbe uno sforzo elevato e perciò diviene poco attrattivo per la stazione appaltante. Se la tecnologia (sia dal punto di vista *software* che dal lato tecnico/elettronico) appartiene a un solo fornitore o venditore, il cliente è di fatto legato a lui e ha così luogo il *vendor lock-in*.

Nella letteratura conomica, il *vendor lock-in* si manifesta quando un cliente dipende da un determinato fornitore di prodotti e servizi, costringendolo a non essere in grado di utilizzare un altro fornitore, senza essere costretto a sopportare elevati costi di cambiamento.

In passato l'esempio classico di *vendor lock-in* nell'ambito *software* era il legame con Microsoft come fornitore di tecnologie e ser-

vizi. In molti ambiti professionali circolavano quasi esclusivamente i *software* della multinazionale: il sistema operativo (*Windows*), i programmi di lavoro (*Office*) e così via. In questo modo tutti i *software*, dai programmi, passando per le licenze e la definizione dei prezzi, fino ad arrivare all'assistenza erano controllati da un singolo fornitore. In questi casi il *vendor lock-in* è totale. Con l'andare del tempo tale situazione di *lock-in* si è allentata con l'avvento dei software open source compatibili con i prodotti Microsoft.

La pubblica amministrazione può quindi rimanere "incastrata" in un rapporto contrattuale con un unico fornitore che le ha fornito per esempio un particolare strumento/componente su cui possono essere montati ed installati solo determinati aggiornamenti od estensioni forniti esclusivamente dal fornitore originario. In questi casi l'operatore economico in questione riesce a conquistare il committente con la prima fornitura di macchinari/strumenti (magari offrendoli a prezzi molto vantaggiosi) per poi "rifarsi" magari in termini di guadagno con i successivi incarichi.

I rischi derivanti da una situazione di *lock-in* per una pubblica amministrazione consistono da un lato nel pagare un prezzo molto elevato per l'acquisto di un bene o di un servizio, dall'altro nel fatto di usufruire di un servizio o di un bene in termini qualitativi al di sotto della media rispetto a quelli offerti da altri operatori sul mercato, data l'assenza di concorrenza, rispetto al bene o servizio acquistato.

Da quanto brevemente esposto emerge chiaramente che, accanto al più comprensibile rischio di acquistare un bene od un servizio ad un prezzo maggiore a causa dell'assenza di concorrenza, ci dobbiamo confrontare anche con un rischio di non adeguatezza dal lato tecnico dei prodotti o servizi acquistati, in seguito magari ad un mancato sviluppo o adeguamento delle tecnologie.

Ciò è tanto più vero per quegli operatori economici ad "ampio spettro" dove il parco prodotti offerto spazia in vari campi di applicazione, dalla strumentazione ospedaliera ai lettori ottici per supermercati, dagli strumenti di misura per l'edilizia a quelli per i componenti meccanici. Proprio in queste aziende multisettoriali le politiche di sviluppo e di investimento definite a livello aziendale non è detto che vadano ad interessare sempre tutti i settori, ma può accadere che qualche settore rimanga indietro in quanto produce per es. meno utili.

Ecco quindi che la pubblica amministrazione è costretta a operare oltre che in un regime vincolato anche con prodotti o servizi non "*up to date*".

La dipendenza da un fornitore può derivare da diversi fattori: economici, organizzativi e tecnici.

Nel primo caso la dipendenza da un fornitore risulta dall'im-

possibilità di cambiarlo dato l'enorme sforzo economico richiesto. Ad esempio, nel caso della strumentazione topografica per i rilievi ciò è riconducbile ai costi legati alla sostituzione di tutta la strumentazione di misura unitamente ai prodotti/accessori correlati.

Per altro, spesso l'impossibilità di cambiare operatore è riconducibile a motivazioni legate alla stazione appaltante che, per motivi anche di carattere organizzativo interno, si pone in maniera rigida nei confronti di un possibile cambiamento: il personale dovrà essere nuovamente istruito e magari integrato mediante nuove assunzioni, sarà necessaria inoltre una riorganizzazione delle competenze interne, bisognerà imbastire da zero una nuova procedura concorsuale, ecc. Oltre alle problematiche organizzative descritte, alcuni ostacoli contrattuali e organizzativi rendono il passaggio complicato. Da un lato ci sono le condizioni di licenza e gli accordi contrattuali del caso a legare il cliente a un fornitore. Dall'altro sono già stati fatti investimenti nel formare e addestrare il singolo lavoratore all'utilizzo di un dato servizio. Se tale investimento è specifico per una tecnologia e non è applicabile altrove, la dipendenza si cementifica.

Infine, sono certamente da menzionare anche le difficoltà strettamente afferenti all'ambito tecnico: la migrazione verso il nuovo sistema dei lavori e dei dati fino a quel punto acquisiti, la necessità di ulteriori tecnologie/software per ottenere gli stessi risultati, l'esigenza di una ri-specializzazione dei gestori del parco strumenti ed in parte anche dei tecnici che li utilizzano.

Tutti questi fattori contribuiscono all'insorgenza e soprattutto alla permanenza di in una situazione di *lock-in*, il più delle volte per rigidità da ricondursi internamente alla stazione appaltante più che a caratteristiche vere e proprie di infungibilità del bene o servizio richiesto/offerto.

Possiamo individuare due tipologie di costi nel momento in cui ci troviamo in una condizione di *lock-in*: una riconducibile alla minor economicità dei prodotti acquistati in regime di *lock-in* ed un'altra più legata alle spese nel caso di fuoriuscita da una situazione di *lock-in*.

È sempre da tenere in considerazione che anche il permanere in una condizione di *lock-in* comporta dei costi per l'amministrazione, non solo uscirne. Il vincolarsi al medesimo operatore economico per un certo numero di anni, a causa di una scelta iniziale non sufficientemente ponderata oppure per inerzia, comporta il generarsi di una situazione di monopolio in cui probabilmente lo stesso fornitore non avrà più interesse a garantire all'amministrazione le migliori condizioni possibili, non esistendo una situazione di reale concorrenza. Va da sé quindi che tutti gli acquisti suc-

cessivi all'aggiudicazione iniziale, magari risultata conveniente per la stazione appaltante, sono soggetti ad un elevato rischio di essere offerti ad un prezzo gonfiato, diverso da quello ottenibile mediante le normali procedure di evidenza pubblica.

Più comprensibili e calcolabili sono invece gli elevati costi che la stazione appaltante dovrebbe sostenere nel caso di passaggio ad altro operatore economico, ivi comprese tutte quelle attività propedeutiche legate alla progettazione ed allo svolgimento di una nuova procedura di affidamento. In termini generali tali spese sono riconducibili alla necessaria formazione che i nuovi sistemi/apparecchi eventualmente richiedono, alla sostituzione anche di tutti gli accessori o prodotti correlati alla vecchia strumentazione (caricabatteria, cavi, supporti, ecc.), alla migrazione dei dati e dei lavori già eseguiti unitamente alla conversione degli stessi nel nuovo ambiente, alla sostituzione dell'intero parco macchine/strumenti e non solo all'integrazione di quello esistente.

Da queste considerazioni si evince quanto sia importante prendere in esame tali costi già in fase di prima aggiudicazione in modo da realizzare un confronto economico tra i vari operatori non solo legato al mero costo di acquisto (breve termine) ma allargato a tutte le esternalità dirette ed indirette nel medio e lungo periodo.

2.2. *Strategie per la fuoriuscita da una situazione di* lock-in. – Qual è dunque una possibile via d'uscita? Prevenire la situazione di *lock-in*, evitando di affidarsi ad operatori dai quali è poi difficile sottrarsi per gli alti costi legati al cambio della fornitura. L'operatore unico infatti tenderà a comportarsi come un monopolista, determinando il prezzo con maggiore forza contrattuale e di fatto impedendo la libera concorrenza per ragioni prettamente economiche e inibendo così la ricerca all'innovazione.

Nella pratica può ben succedere che le motivazioni addotte dalle stazioni appaltanti per giustificare l'avvio di una procedura negoziata (art. 63, comma 2, lett. *b* non siano del tutto stringenti e giustificate, nel senso che l'infungibilità del bene o del servizio da acquisire non presenti caratteristiche oggettive ma sussistano, sia per ragioni di opportunità e di urgenza che per timore di un aggravio dei costi, condizioni che spingano la stazione appaltante a voler ri-affidare al fornitore originario il bene od il servizio richiesto. Pur essendo tale condotta non corretta, appare più ragionevole in ogni caso avviare una procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando tentando di giustificare nel modo più credibile l'infungibilità concreta del bene o servizio piuttosto che, come purtroppo di frequente accade, procedere ad un rinnovo quasi automatico del servizio o della fornitura con lo stesso operatore con affidamento diretto.

Affinché il ricorso alla procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando sia legittima e non viziata da eccesso di potere, l'infungibilità del bene o del servizio da acquisire deve essere debitamente accertata dalla stazione appaltante e adeguatamente motivata nella determina a contrarre.

In ogni caso la miglior strategia per evitare di cadere nella "trappola" del *lock-in* consiste nel prevenire fin dal principio l'insorgenza di quelle situazioni che, come abbiamo visto, accompagnano la stazione appaltante, più o meno consciamente, verso rapporti di vincolo nei confronti di un determinato operatore economico.

Le linee guida di ANAC individuano chiaramente nelle fasi della *programmazione dei fabbisogni* e della *progettazione delle procedure di affidamento* le armi preventive di cui la stazione appaltante deve dotarsi per limitare al minimo il pericolo di *lock-in*.

Il primo passo fondamentale è un'attenta attività di *programmazione* dei propri fabbisogni adottando fin da subito gli accorgimenti necessari per evitare il rischio di *lock-in*. Definendo nel medio periodo le proprie esigenze, una determinata stazione appaltante da un lato riduce la necessità futura di intervenire acquistando di volta in volta beni e servizi nuovi con procedure di affidamento diretto ad integrazione di aggiudicazioni iniziali frutto di una programmazione miope, dall'altro può allineare l'arco temporale della programmazione al ciclo di vita dei beni e servizi da acquistare.

La programmazione consente inoltre l'effettivo rispetto dei principi di buon andamento, economicità ed efficienza dell'azione amministrativa in quanto la stessa, come sottolinea ANAC nelle Linee guida n. 8, "da un lato, consente di prevenire situazioni di urgenza, che spesso costituiscono lo strumento utilizzato dall'amministrazione per giustificare il ricorso a procedure negoziate senza pubblicazione del bando, e, dall'altro, permette l'ottimizzazione delle risorse, il controllo delle diverse fasi gestionali nonché la verifica della corretta esecuzione dell'affidamento".

Mediante un'adeguata programmazione quindi le stazioni appaltanti definiscono a monte le proprie esigenze, individuano le conseguenti migliori soluzioni idonee a soddisfarle, evidenziando quali, tra le soluzioni percorribili, possono comportare rischi di *lock-in* e cercando di evitarle.

In merito a ciò, l'ANAC suggerisce di procedere secondo i seguenti passaggi:

a) individuare gli effettivi fabbisogni, sulla base dell'analisi dei processi interni e degli obiettivi da perseguire con un adeguato orizzonte temporale;

b) identificare la soluzione che appare preferibile, valutandone la fattibilità, dal punto di vista tecnico, economico, dei benefici attesi, dei rischi e dei vincoli tecnologici, temporali e normativi.

La scelta della soluzione migliore o preferibile deve avvenire sulla base di una comparazione tra diverse opzioni disponibili, prediligendo soluzioni il più possibile intercambiabili/interoperabili e meno vincolanti[2].

In un certo senso si potrebbero mutuare i concetti riportati dall'AGID (Agenzia per l'Italia Digitale) nelle linee guida sull'acquisizione e riuso del software[3], dove viene descritto con chiarezza l'*iter* logico che una stazione appaltante deve compiere quando pianifica l'acquisizione di software. Più che la parte sul riuso, di difficile applicazione nel caso della strumentazione tecnica, molto interessanti in ottica interscambio dei dati, interoperabilità tra sistemi e facilità di passaggio da un sistema ad un altro, è il concetto di *open source* che, allargato al di fuori dell'ambito dello sviluppo software, ben si addice anche alla necessità di avere dati e lavori prodotti con un determinato tipo di strumentazione utilizzabili senza particolari operazioni di conversione su altra strumentazione di altro operatore economico.

Ecco quindi come ancora una volta si evidenzia l'importanza della fase di programmazione in termini di previsione sia della "quantità" di risorse necessarie (per esempio, numero e tipo di strumentazione necessaria sulla base della programmazione triennale dei lavori) che di specifiche tecniche richieste, sempre nell'ottica di evitare di cadere in situazioni di *lock-in*.

Dopo un'attenta e ponderata programmazione dei fabbisogni e la conseguente individuazione delle soluzioni da percorrere, le stazioni appaltanti devono procedere ad una corretta *progettazione degli appalti* per l'acquisizione di beni e dei servizi.

Anche tale fase, strettamente connessa alla prima, è di fondamentale importanza per prevenire i rischi di *lock-in*. Infatti, il progetto di un appalto di beni o servizi non può limitarsi a considerare solo l'immediata utilizzabilità del prodotto/servizio, ma deve prendere necessariamente in considerazione anche i costi che l'amministrazione dovrà sopportare in futuro, soprattutto nei casi di con-

---

(2) Sul tema v. l'art. 68, comma 1, d.lgs. n. 82 del 2005, a mente del quale: "Le pubbliche amministrazioni acquisiscono programmi informatici o parti di essi nel rispetto dei princìpi di economicità e di efficienza, tutela degli investimenti, riuso e neutralità tecnologica, a seguito di una valutazione comparativa di tipo tecnico ed economico tra le seguenti soluzioni disponibili sul mercato: *a)* software sviluppato per conto della pubblica amministrazione; *b)* riutilizzo di software o parti di esso sviluppati per conto della pubblica amministrazione; c) software libero o a codice sorgente aperto; *d)* software fruibile in modalità cloud computing; *e)* software di tipo proprietario mediante ricorso a licenza d'uso; f) software combinazione delle precedenti soluzioni.

(3) Linee guida AGID sull'acquisizione e riuso di *software* per le pubbliche amministrazioni del 9 maggio 2019, cap. 2.

tratti durevoli. Con riferimento ai rischi di infungibilità, i costi futuri da considerare sono ad esempio quelli connessi ai materiali di consumo, alla manutenzione, ai pezzi di ricambio e alla difficoltà concreta di sostituire il fornitore (conversione dei dati, nuova formazione ecc.).

Una progettazione che tenga conto dei costi presenti e futuri di un prodotto o di un servizio è una progettazione che prende in considerazione l'intero *ciclo di vita* del bene e lo pone ad oggetto del confronto competitivo, così come raccomandato dallo stesso legislatore che definisce il ciclo di vita come comprensivo di tutte le fasi consecutive o interconnesse, compresi la ricerca e lo sviluppo da realizzare, la produzione, gli scambi e le relative condizioni, il trasporto, l'utilizzazione e la manutenzione, della vita del prodotto o del lavoro o della prestazione del servizio, dall'acquisizione della materia prima o dalla generazione delle risorse fino allo smaltimento, smantellamento e fine del servizio [4].

Progettare un appalto basandosi sull'intero ciclo di vita di un prodotto o di un servizio ha il pregio, da un lato, di prevenire strategie aggressive da parte dei fornitori, che potrebbero abbassare notevolmente il prezzo dei prodotti da offrire, contando su elevati guadagni connessi ai servizi successivi all'aggiudicazione (*aftermarket*); dall'altro, tale analisi preventiva consente alle stazioni appaltanti di prevenire fenomeni di *lock-in* programmando per tempo la sostituzione del bene o servizio mediante una nuova procedura concorrenziale.

Laddove però tale situazione "patologica" si sia in concreto verificata, talvolta anche in modo inconsapevole da parte della stessa stazione appaltante, che, nella predisposizione degli atti di una prima gara, può non aver valutato con attenzione i rischi che, a seguito del primo affidamento, venga di fatto individuato il nomina-

---

(4) Secondo l'ANAC, per quanto concerne, in particolare, gli appalti nel settore ICT, le stazioni appaltanti devono considerare il ciclo di vita del prodotto o del servizio da acquisire avendo presente che, in tale ambito, l'evoluzione tecnologica è molto rapida e, pertanto, prodotti inizialmente caratterizzati da un certo grado di infungibilità potrebbero a distanza di poco tempo diventare pienamente fungibili. Occorre valutare anche i cosiddetto *switching cost*, cioè i costi da sostenere per affrontare la sostituzione del fornitore. L'Autorità sostiene che "la fase di progettazione del servizio o del bene diviene allora fondamentale per verificare l'eventuale rilevanza dell'*aftermarket* sull'economia generale del contratto e la conseguente opportunità di stimolare la presentazione di offerte sull'intero ciclo di vita del prodotto o servizio. Laddove, invece, gli *aftermarket* e gli eventuali *switching cost* presentano un valore trascurabile nell'economia complessiva del contratto o non esistono vincoli tecnologici, economici o giuridici che impediscano all'amministrazione di rivolgersi ai fornitori universali di ricambi o servizi di manutenzione, potrebbe essere riconosciuta la possibilità di ricorrere ad affidamenti non integrati", ovvero progettati senza dover tenere necessariamente conto del costo dei servizi accessori alla fornitura.

tivo del vincitore dei successivi, occorre trovare una soluzione per uscire gradatamente dalla situazione di œ venutasi a creare.

Una delle possibili soluzioni suggerite dall'ANAC nelle Linee guida consiste nel prevedere *gare multi-sourcing*, nelle quali un singolo affidamento può essere assegnato a due o più fornitori. In tali casi, è possibile prevedere più aggiudicatari per la singola gara (o per il singolo lotto), con l'assegnazione al primo classificato di una quota predefinita del quantitativo massimo previsto e, a scalare, per i concorrenti classificatisi dopo il primo; in alternativa, si può dividere la gara in due o più lotti, imponendo restrizioni sul numero massimo di lotti aggiudicabili.

Tale soluzione ha il vantaggio di far sì che la stazione appaltante possa contare sull'esistenza di più imprese che abbiano acquisito una conoscenza sulle caratteristiche e sulle necessità dell'amministrazione, ciò che renderà più semplice il ricorso al confronto concorrenziale per gli affidamenti successivi. D'altro canto, tale sistema presenta alcuni rischi: vi è una inevitabile duplicazione dei costi amministrativi oltre a possibili diseconomie di scala.

L'altra soluzione proposta dall'ANAC – in linea con le Direttive comunitarie sul tema e le previsioni del codice dell'amministrazione digitale (CAD)[(5)] – è quella di agire sulle specifiche tecniche, bandendo gare su standard e non su sistemi proprietari. Tale scelta presuppone che la valutazione comparativa di cui parla l'art. 68 del CAD si sia conclusa nel senso che, in assenza di adeguate soluzioni a riuso di proprietà pubblica, sia stata valutato come percorribile il ricorso a soluzioni open source.

Espletare gare basate su standard permette infatti, specialmente nel lungo periodo, rilevanti risparmi di spesa, favorisce l'interoperabilità tra i sistemi ed il riutilizzo delle informazioni ed una maggiore concorrenza.

Vale la pena infine ricordare un altro strumento citato dalle linee guida ANAC: prima dell'avvio di una procedura di appalto, le stazioni appaltanti possono svolgere *consultazioni del mercato* propedeutiche alla preparazione della gara, con lo scopo sia di informare gli operatori economici degli appalti programmati e dei requisiti richiesti, sia di consentire agli stessi operatori di suggerire soluzioni alternative a quelle che farebbero propendere per l'esistenza di un unico fornitore.

---

(5) Il codice dell'amministrazione digitale (CAD) è un testo unico che riunisce e organizza le norme riguardanti l'informatizzazione della pubblica amministrazione nei rapporti con i cittadini e le imprese. Istituito con il d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82, è stato successivamente modificato e integrato prima con il d.lgs. 22 agosto 2016, n. 179 e poi con il d.lgs. 13 dicembre 2017, n. 217, per promuovere e rendere effettivi i diritti di cittadinanza digitale.

Nella fase di progettazione dei servizi da acquisire e di scelta della procedura da porre in essere riveste quindi un ruolo importante lo strumento della consultazione preliminare di mercato, da svolgersi ai sensi dell'art. 66, d.lgs. n. 50 del 2016. In tale fase, la stazione appaltante potrà accertare quali siano le soluzioni effettivamente disponibili sul mercato per soddisfare il suo peculiare interesse pubblico e valutare di conseguenza se procedere ad una procedura negoziata, in quanto si è in presenza di una effettiva situazione di infungibilità, ovvero avviare una procedura ad evidenza pubblica.

L'istituto delle consultazioni preliminari di mercato è una semplice pre-fase di gara, non finalizzata all'aggiudicazione di alcun contratto, essendo unicamente uno strumento a disposizione della stazione appaltante con cui è possibile avviare un dialogo informale con gli operatori economici e/o con soggetti comunque esperti dello specifico settore di mercato onde acquisire quelle informazioni di cui è carente per giungere ad una migliore consapevolezza relativamente alle disponibilità e conoscenze degli operatori economici rispetto a determinati beni o servizi.

In tale ottica, le consultazioni preliminari ben possono costituire lo strumento attraverso il quale accertare l'eventuale infungibilità di beni, prestazioni, servizi, che costituisce la premessa necessaria per derogare al principio della massima concorrenzialità nell'affidamento dei contratti pubblici

L'art. 66 citato prevede che, prima dell'avvio di una procedura di appalto, le stazioni appaltanti possano svolgere consultazioni di mercato – da effettuarsi nel rispetto dei principi di pubblicità, trasparenza e par condicio e massima partecipazione – propedeutiche alla preparazione della documentazione di gara e allo svolgimento della relativa procedura, nonché per informare gli operatori economici degli appalti programmati e dei requisiti richiesti, così da consentire agli stessi operatori di suggerire e dimostrare la praticabilità di soluzioni alternative a quelle che farebbero propendere per l'esistenza di un unico fornitore.

Secondo l'Autorità, ciò consentirebbe alla stazione appaltante "di delineare un quadro chiaro e completo del mercato di riferimento e di ridurre proprio quelle asimmetrie informative che creano ostacoli allo sviluppo della concorrenza".

La consultazione potrebbe infatti svelare che il passaggio ad un altro produttore o ad una tecnologia interoperabile risulti percorribile ed anche economicamente più vantaggioso rispetto al proseguimento del contratto in essere. Un tale risultato potrebbe indurre la stazione appaltante a bandire una procedura ad evidenza pubblica, dissuadendola dall'iniziale intenzione di ri-affidare al fornitore originario.

3. *Analisi di un caso concreto: acquisto, gestione e manutenzione del parco strumenti di misura.* – In questa seconda parte del lavoro cercheremo di calare nella realtà di un caso concreto le considerazioni svolte, assumendo la prospettiva della stazione appaltante. Nello specifico si analizzerà la problematica relativa all'acquisto di strumenti di misura di precisione (GPS topografici) per il rilievo del territorio. La stazione appaltante più di 10 anni fa ha deciso di dotarsi di una serie di strumenti topografici moderni a supporto delle attività interne di progettazione e di esecuzione dei lavori di sistemazione idraulico-forestale nel territorio altoatesino, con l'evidente finalità di velocizzare i tempi di rilievo, di migliorarne la qualità in termini di precisione ed accuratezza e di dare uno slancio ai necessari processi di modernizzazione dei lavori.

Dopo il riscontro positivo da parte dei tecnici rilevatori successivo al primo acquisto di uno strumento GPS topografico, ci si è trovati davanti alla necessità di ampliare la disponibilità della strumentazione a fronte di una sempre maggiore richiesta. Ecco quindi che sono stati acquistati ulteriori 2 GPS topografici, con affidamenti diretti, e sempre della stessa tipologia e marca rispetto al primo acquisto. Ad oggi l'amministrazione dispone di 6 GPS topografici acquistati con le medesime modalità,

La stazione appaltante ha sicuramente raggiunto l'obiettivo di modernizzare il metodo di lavoro dato che circa 20 tecnici sono in grado in autonomia di svolgere tutte le parti del rilievo con la strumentazione GPS (preparazione dello strumento, rilievo in campo, restituzione dei dati ecc.). Sicuramente però essa si trova vincolata a proseguire con lo stesso operatore anche per gli acquisti futuri dato che ha investito nella formazione dei tecnici, nei software specifici e negli accessori dedicati (carica batterie, paline, adattatori per auto, ecc.); inoltre non è da sottovalutare anche la volontà dei tecnici utilizzatori che, dato l'elevato livello di soddisfazione e di efficacia nell'utilizzo dell'apparecchiatura, sarebbero maldisposti a riiniziare quasi da zero un cammino di formazione con altri apparecchi.

La stazione appaltante si trova quindi dopo 10 anni tra l'incudine della normativa ed il martello dei tecnici e delle procedure funzionanti in essere.

L'analisi preventiva dei fabbisogni (fase di programmazione) è, come detto, uno strumento utile per uscire da una situazione di *lock-in*. È indubbio che negli ultimi anni la stazione appaltante ha maturato una certa esperienza che le permette di individuare con maggior precisione, rispetto all'anno zero iniziale, le effettive necessità in termini di numero e di caratteristiche tecniche che la strumentazione GPS deve possedere per soddisfare le esigenze dei tec-

nici rilevatori. A ciò si aggiungano anche le nuove competenze che la stazione appaltante ha acquisito che determinano ancora una maggior richiesta di strumenti.

Si può inoltre presupporre che l'attuale parco strumenti diverrà obsoleto nel corso del prossimo decennio, chiaramente ciò accadrà in maniera scaglionata sulla base dei diversi tempi di acquisto.

In ogni caso già solo queste due indicazioni consentono di poter fare una programmazione per i futuri acquisti:

– nei prossimi 10 anni l'intero parco strumenti dovrà essere sostituito;

– i 6 GPS attuali non saranno più sufficienti; si dovrà arrivare ad un numero complessivo di 8.

Partendo da queste esigenze maturate nella fase di programmazione si scongiurano fin da subito continui acquisti annuali integrativi (affidamenti diretti sotto soglia) e l'orizzonte temporale (10 anni) scelto risulta paragonabile al ciclo di vita della strumentazione. Inoltre, una simile programmazione a medio-lungo termine previene tutte quelle situazioni di urgenza che più o meno colpevolmente si vengono a creare e che determinano la necessità di rinnovare il contratto con il fornitore originario in quanto si è giunti a ridosso della scadenza senza aver affrontato compiutamente il problema.

Un altro strumento utile per sfuggire alal situazione di *lock-in* è l'impostazione di procedure di selezione e aggiudicazione basate sul ciclo di vita dei prodotti/servizi.

La stazione appaltante, per poter determinare a priori un importo indicativo da mettere in preventivo e per valutare la disponibilità di nuove tecnologie e di nuovi metodi di rilievo, dovrà sicuramente svolgere una consultazione preliminare di mercato tra i vari operatori del settore con lo scopo da un lato di conoscere ed indagare le diverse tecnologie presenti sul mercato, dall'altro di individuare i costi accessori legati all'acquisto del bene.

Nel caso della strumentazione GPS i costi da prevedere nell'indagine di mercato sono quelli che si presentano durante tutto il ciclo di vita della strumentazione e non unicamente quelli di acquisto dell'attrezzatura. Nella tabella vengono riportati e schematizzati in modo tale da permettere un confronto tra più operatori economici.

Voci di costo			
	Op. economico A	**Op. economico B**	**Op. economico C**
Acquisto 8 GPS (a parità di caratteristiche tecniche)	138.000€	150.000€	160.000€
Manutenzione annuale e totale	5.000€	2.000€	4.000€
Formazione	4.000€ (48h)	1.000€ (8h)	2.000€ (12h)
Conversione dati	2.500€	500€	0
Accessori (paline, batterie, caricabatterie, ecc)	5.000€	6.000€	4.000€
Migrazione (switching cost)	3.000€	500€	2.000€
TOTALI	172.500€	159.000€	172.000€

Caratteristiche tecniche			
Rilievo in RTK (doppia frequenza)	X	X	X
Scarico dati da strumento senza utilizzo di software	-	X	X
Export dei dati in formati standard	-	X	X

Da tale analisi che l'amministrazione dovrebbe eseguire in fase di progettazione si riescono a determinare gli importi da considerare nel bando e di conseguenza anche la corretta tipologia di procedura da utilizzare.

Facendo inoltre riferimento alle risposte ricevute in fase preliminare risulta agevolata anche la stesura del disciplinare tecnico (catalogo delle prestazioni): qui infatti la stazione appaltante dovrà spingere i vari operatori economici a fornire dati e prodotti secondo standard e formati riconosciuti.

Ecco quindi che tale strategia solca le linee tracciate da ANAC per evitare il rischio di *lock-in*: abbiamo infatti la possibilità di incaricare più operatori per la fornitura della strumentazione, magari con quote differenti, garantendoci anche per il futuro una certa concorrenza. Il richiamo perentorio inoltre all'utilizzo di standard per quanto attiene la registrazione e la produzione di dati è anche una strategia che tende ad allontanare il rischio di lock-in soprattutto in fase di possibile cambiamento dell'operatore economico verso la fine del ciclo di vita della strumentazione.

4. *Conclusioni.* – L'acquisto di beni e servizi tecnologici in seno ad una pubblica amministrazione comporta sempre operazioni di compromesso: da un lato abbiamo uno stringente obbligo di rispettare la normativa, dall'altro le necessità tecniche legate all'esecuzione di lavori. Spesso accade che il carattere di urgenza con

cui abitualmente si muovono alcuni comparti dell'amministrazione non aiuta a trovare soluzioni concilianti i due aspetti, la correttezza amministrativa delle procedure poste in essere e le esigenze quasi sempre emergenziali delle imminenti scadenze contrattuali.

Abbiamo però avuto modo di notare anche in questo breve lavoro come un'oculata e preventiva programmazione dei fabbisogni ed una corretta progettazione degli affidamenti consenta, il più delle volte, di scongiurare il rischio di *lock-in*, soprattutto quando questo è derivante più da problematiche legate ad inerzia o poca efficienza della stazione appaltante piuttosto che da reali caratteristiche di infungibilità di un bene o servizio.

È altresì vero che spesso, l'acquisto di strumentazione di misura avviene perlopiù sfruttando residui di bilancio di fine anno più che in seguito ad una pianificazione mirata, per cui le procedure utilizzate (affidamento diretto sottosoglia) erano l'unico strumento che rispondeva al carattere d'urgenza degli affidamenti. Ciò ha sì reso possibile la modernizzazione delle attività lavorative (rilievi, progetti, collaudi, ecc.) dell'amministrazione ma ha anche inconsciamente vincolato la stessa ad una determinata azienda produttrice di strumenti visto che si andava ad integrare il parco esistente di volta in volta con uno o due unità all'anno.

A partire invece dall'anno 2021 si è cercato di introdurre una certa programmazione per tale tipologia di acquisti, anche se la disponibilità di fondi da investire annualmente non sempre risulta essere sufficiente.

In ogni caso l'esempio trattato evidenzia a chiare linee come una programmazione ed una progettazione lungimirante allontana dalla stazione appaltante tutte quelle situazioni di rischio non solo legate al *lock-in* ma anche a tutte quelle prassi di aggiudicazione ai limiti dei regolamenti, prassi perlopiù guidate da un'urgenza autoprodotta dalla stessa stazione appaltante con comportamenti dettati da cattiva prassi od inerzia amministrativa.

Massimo Ricchi, Laura Martiniello, David Vicario,
Alberto Paradisi

PPP E UTILIZZO DEI FONDI PNRR*

Sommario: 1. La questione cruciale: usare il PPP per intercettare i fondi PNRR. – 2. L'obbligo dell'utilizzo del PPP nell'attuale contesto normativo. – 3. La sostanza di un contratto di PPP: il trasferimento dei rischi o il vincolo quantitativo al contributo pubblico? – 4. Alcuni precedenti sulla natura esclusivamente contabile del vincolo del 49% al contributo pubblico. – 5. La nostra posizione interpretativa e operativa.

Le Public Private Partnership (PPP) hanno il fine ultimo di realizzare progetti di rilevanza pubblica contemperando gli interessi delle parti e generando una corretta allocazione dei rischi. Benché l'appalto sia tradizionalmente stato la prima scelta nei rapporti tra Operatore Economico "OE" e Pubblica Amministrazione "PA", nell'odierno contesto economico, per l'attuazione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR), le PPP rappresentano senza dubbio un ottimo strumento per la realizzazione e gestione di progetti d'interesse pubblico e privato. Il punto cruciale per l'utilizzo delle PPP è la capacità dell'OE di creare valore ed essere in grado di accollarsi i rischi operativi del progetto mentre appaiono di scarso rilievo le modalità di finanziamento dell'opera.
L'utilizzo del PPP per la realizzazione di progetti legati ai fondi PNRR, non è un tema semplicemente auspicabile per i reciproci vantaggi, ma è un obbligo previsto dalla legge già in fase di programmazione (d.m. 16 gennaio 2018, n.14), che impone l'uso di contratti di PPP o di concessione (IV e III parte, d.lgs. n. 50 del 2026, codice dei contratti) quando sia possibile lo sfruttamento economico nelle operazioni di durata pluriennale. Ne consegue che i fondi del PNRR dovrebbero essere erogati anche per progetti in PPP e concessioni.
Un contratto di PPP deve essere preferito a un contratto di appalto, quando c'è la possibilità di creare valore e trasferire il rischio operativo del progetto all'OE. Il *trade-off* di scelta della PA basato, invece, sugli elementi di natura finanziaria – finanziamento 49% (PA) – 51% (OE) – è distorsivo per il mercato. L'eliminazione di tale vincolo, e soprattutto le soluzioni interpretative e operative prospettate in questo Position Paper, a legislazione vigente, permetterebbe di aumentare la diffusione dello strumento del PPP per la realizzazione di opere pubbliche a valere sui fondi PNRR. Si ricorda infine, che l'utilizzo di fondi europei esula già dal vincolo 49-51% e che nel contesto Europeo questo vincolo ha rilievo solo come uno degli elementi per la valutazione della contabilizzazione *on-off* balance dell'investimento. Per investimenti prioritari per il nostro paese, la sospensione del vincolo del 49% e l'utilizzo

* Il presente lavoro si basa sulla Relazione presentata a maggio 2022 dagli autori come *position paper* di Cantierabili (*www.cantierabili.it)*.

anche integrale di risorse pubbliche, non comprometterebbe in alcun modo la naturale struttura e funzionamento dei PPP, comportando al più la (consapevole) contabilizzazione *on-balance* dell'investimento.

1. *La questione cruciale: usare il PPP per intercettare i fondi PNRR.* – La Public Private Partnership (PPP) è un rapporto di collaborazione tra due soggetti che vogliono realizzare dei progetti d'interesse pubblico con intenti "comuni" e, comunque, complementari tra di loro.

Pubblico e Privato hanno obiettivi complementari perché:

i) la pubblica amministrazione (PA) ha bisogno di realizzare "opere d'interesse pubblico" con tempi di esecuzione e spesa certi e con la garanzia di una loro gestione efficiente ed efficace;

ii) l'operatore economico (OE) ha interesse a progettare ed eseguire l'investimento, in cambio di un'equa remunerazione del lavoro svolto, sia in relazione all'attività costruttiva, sia alla successiva attività gestionale.

Il PPP è uno strumento valido quando queste rispettive esigenze si contemperano e si traducono in quello che la letteratura economica e la normativa chiamano "corretta allocazione dei rischi tra le Parti", secondo la regola aurea di intestarli a chi li sa gestire al meglio, ed è per questo motivo il costo complessivo dell'operazione è contenuto ed ottimizzato.

Quando si parla di fondi PNRR per la realizzazione d'investimenti pubblici, il primo strumento a cui ci si riferisce è l'appalto, probabilmente perché il "tiraggio" dei fondi è stato pensato, in quanto a modalità e tempistica di affidamento, esclusivamente su quel contratto pubblico. Ma il contratto di appalto non è sufficiente a rispondere al fabbisogno di produzione realizzativa della PA e, inoltre, rischia di dilatare eccessivamente i tempi di affidamento anche a causa della necessità, lato pubblico, di disporre della progettazione a sua volta "divoratrice" di tempo anche per il potenziale contenzioso che si riverbera a valle sull'esecuzione.

Il rapporto 2018 dell'Agenzia della coesione "tempi medi di attuazione delle opere pubbliche" certifica che il tempo di attuazione delle opere infrastrutturali è pari a 4,4 anni e cresce progressivamente all'aumento del valore economico dei progetti e, inoltre, che la crescita riguarda indifferentemente le tre fasi procedurali considerate (progettazione, costruzione e gestione). Inoltre la fase di progettazione assorbe mediamente anche più di 2,5 anni senza mai scendere, neppure per opere più piccole (<0,1 mln.) sotto i 18 mesi.

I contratti di PPP e i procedimenti di affidamento sono in linea con la normativa sull'uso di fondi PNRR e possono garantire una rapida, efficiente ed efficace spesa dei fondi PNRR, costituendo

una valida alternativa all'appalto, soprattutto per opere che abbiano un'elevata componente gestionale o tecnica/tecnologica.

Le condizioni di contesto "culturale" per assicurare un efficace uso del PPP sono da ricercarsi in:

i) bandi con contenuti chiari e coerenti con il ricorso a schemi di PPP;

ii) standardizzazione delle procedure per settore/tipologia d'intervento con accordi interministeriali/inter-enti oppure per gruppi di committenti;

iii) assistenza mirata ai progetti da parte delle istituzioni (MEF, PCDM, CdP ecc.);

iv) corretta allocazione dei rischi al soggetto pubblico o privato che li sappia gestire al meglio.

Con oltre 191 miliardi di euro da spendere entro il 2026 (di cui 68,9 a fondo perduto) le sole procedure per aggiudicare i contratti di appalto non sono sufficienti in considerazione della limitata produttività e la possibilità di sforare i tempi di esecuzione. Lo strumento del contratto di PPP è stato "discriminato" fino ad ora perché non avrebbe consentito l'utilizzo integrale dei fondi pubblici, che coprono il 100% degli investimenti, fatto che, secondo alcuni, rende il PPP inadatto allo scopo.

È, invece, necessario sfruttare al meglio l'arsenale contrattuale disponibile per un'efficiente spesa delle risorse PNRR, che faccia ripartire la nostra economia e faccia crescere il prodotto interno lordo (PIL) del Paese.

In merito è opportuno ricordare come la letteratura anglosassone chiarisce che l'utilizzazione di un contratto di PPP non deve avere come esclusiva motivazione la carenza di risorse pubbliche, ma che la scelta dipenda principalmente dalla capacità del privato di creare *Value For Money*, in altre parole di accollarsi i rischi operativi (il VfM è, infatti, misurabile attraverso il PSC, ovvero i flussi di cassa dell'iniziativa aggiustati per il fattore rischio). La finanza dell'operazione è una componente addizionale da valutare caso per caso solo ai fini di un corretto equilibrio economico del progetto e dell'ottenimento di un rendimento equo per il partner privato.

Non si deve tralasciare che, per alcune tipologie di progetti, la presenza di una componente di capitali privati può generare un effetto moltiplicativo delle risorse pubbliche già disponibili, avviando positivi meccanismi di leva finanziaria, volano ulteriore di crescita degli investimenti, in questo momento prospettiva desiderabile.

È essenziale, perciò, immaginare "strade nuove" ma allo stesso tempo robuste, ovvero procedure standardizzate e snelle di operazioni di PPP che mettano insieme le competenze private e le esigenze pubbliche in un sistema efficiente che riesca a contrarre i tempi di progettazione e acceleri la partenza dei cantieri. A tal fine il PPP

costituisce una valida alternativa all'appalto soprattutto per le per opere con elevata componente gestionale o consistente contenuto tecnologico e d'innovazione. Il valore del PPP è, in questi casi, da ricercare nelle competenze del soggetto privato capace di formulare proposte corredate dalle progettazioni necessarie ad avviare rapidamente i cantieri, e nella capacità di realizzare e gestire in modo efficiente le opere progettate.

In un contesto di urgente impegno e spesa per investimenti dei fondi PNRR da parte della PA in molteplici settori della nostra economia (digitalizzazione, innovazione, competitività, cultura e turismo, rivoluzione verde e transizione ecologica, infrastrutture per una mobilità sostenibile, istruzione e ricerca, ecc.), con questo Position Paper, Cantierabili (*www.cantierabili.it*) non solo riflette sull'opportunità di utilizzo di schemi di PPP, quale strumento in grado di garantire progettazioni rapide e di qualità, la tempestiva esecuzione degli investimenti e la gestione degli stessi con la collocazione dei rischi opportuni a carico del *partner* privato ma, soprattutto, indica come ci siano – a legislazione vigente e senza modifiche normative – soluzioni interpretative ed operative per rimuovere gli apparenti "colli di bottiglia" che hanno impedito fin ora di utilizzare i fondi PNRR con i contratti di PPP.

2. *L'obbligo dell'utilizzo del PPP nell'attuale contesto normativo.* – Il codice dei contratti pubblici regola in due Parti (parte III e IV) rispettivamente il contratto di concessione e il contratto di PPP, mentre riserva la Parte III al contratto di appalto.

In tale contesto appare meritevole di evidenza il fatto che in fase di programmazione il legislatore "prema" sulla pubblica amministrazione nella direzione di adottare obbligatoriamente i due succitati contratti che hanno una medesima struttura. Infatti, l'art. 21, comma 4, del codice, rubricato (Programma delle acquisizioni delle stazioni appaltanti) prescrive "*Nell'ambito del programma di cui al comma 3* (triennale e annuale *NdR*)*, le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori individuano anche i lavori complessi e gli interventi suscettibili di essere realizzati attraverso contratti di concessione o di partenariato pubblico privato*". L'intimazione ad individuare interventi da realizzare con i due contratti di concessione e di PPP non ammette comportamenti facoltizzanti, è un evidente obbligo per la pubblica amministrazione.

La Direttiva dell'obbligo di individuazione nella programmazione dei bisogni che possono essere soddisfatti con capitali privati è ripresa nel d.m. 16 gennaio 2018, n. 14, "Regolamento recante procedure e schemi-tipo per la redazione e la pubblicazione del programma triennale dei lavori pubblici, del programma biennale per l'acquisizione di forniture e servizi e dei relativi elenchi annuali e

aggiornamenti annuali" (Regolamento). Tuttavia, all'interno del Regolamento c'è un'indicazione ancor più stringente e denotativa degli obiettivi sottesi del Legislatore, che impatta sulle scelte ordinarie di programmazione della pubblica amministrazione: quella sulle priorità di destinazione dei fondi disponibili dell'amministrazione all'interno dell'elenco in programmazione. Infatti, l'art. 3, comma 11, del Regolamento prescrive "*Nell'ambito della definizione degli ordini di priorità le amministrazioni individuano come prioritari* [...] *i lavori per i quali ricorra la possibilità di finanziamento con capitale privato maggioritario*".

La pubblica amministrazione non solo è spinta nella programmazione a individuare le opere realizzabili con contratti di concessione e di PPP, ma inoltre il criterio di "appostamento" delle risorse pubbliche disponibili nella programmazione, impone di destinarle a quei lavori che coinvolgono capitali privati.

È in questo contesto che i fondi PNRR devono e possono essere utilizzati con priorità con ricorso a contratti di PPP e di concessione.

Il contratto di PPP è ampio e vi rientrano molteplici tipologie contrattuali (locazione finanziaria, concessione di lavori, concessione di servizi, contratto di disponibilità, ecc.) con le seguenti caratteristiche rilevanti:

– la presenza di un contratto di durata relativamente lungo;

– il ruolo strategico del privato, in ogni fase del progetto, ma soprattutto in quella gestionale;

– ripartizione del rischio dell'attività tra soggetto pubblico e privato, con trasferimento del rischio operativo a carico del soggetto privato.

I contratti di PPP possono consentire, inoltre, l'opportunità di deconsolidare la spesa privata dal bilancio pubblico, quando ricorrano le condizioni indicate dalla Direttiva Eurostat per la sua contabilizzazione *off-balance*, e cioè quando siano stati trasferiti i principali rischi di progetto, di cui uno è sempre quello di progettazione/costruzione (*rectius* d'investimento), e l'altro potrà essere di disponibilità e/o di domanda.

A livello europeo il parametro di Maastricht "Debito/PIL" è al momento sospeso ed è sicuramente prioritario eseguire gli investimenti concordati con l'Europa (che porteranno auspicabilmente ad un incremento del PIL) piuttosto che mettere in campo strategie di contrazione del debito che restringano gli investimenti come quello di limitare l'uso dei contratti di PPP o di concessione rispetto a quelli di appalto.

Pertanto, l'attuale impostazione normativa già prevede l'utilizzo del PPP per la spesa dei fondi PNRR, è quindi necessario guidare le amministrazioni nella scelta dello strumento più adatto rispetto ai loro fabbisogni d'investimento e nella redazione di bandi

semplici e chiari che aprano alla possibilità di ricorso al PPP, agevolando la partecipazione degli operatori privati. Questo ruolo di guida è e dovrà essere ricoperto delle Istituzioni competenti (MEF, PCDM, CdP ecc.), che, attraverso un'assistenza mirata, crei veri e propri corridoi progettuali che suggeriscano alle pubblica amministrazione quando il PPP sia lo strumento più adatto, risolvendo tempestivamente le spesso bloccanti incertezze procedurali.

3. *La sostanza di un contratto di PPP: il trasferimento dei rischi o il vincolo quantitativo al contributo pubblico?* – La disciplina del codice ha trasformato il vincolo di contabilizzazione *off balance* europeo dei contratti di PPP in una prescrizione normativa, che sembra condizionare l'esistenza degli stessi contratti e, questo, ha generato un'autolimitazione, tutta nazionale, alla piena utilizzabilità dei contratti di PPP rispetto ai contratti di appalto.

I contratti di appalto consentono l'utilizzo integrale dei fondi PNRR per ogni progetto, mentre per i contratti di PPP, potrebbe essere solo utilizzato il 49 % del finanziamento pubblico, mentre il residuo 51 %, corrisposto a canone periodico, dovrebbe trovare copertura nel bilancio degli enti locali titolari dei progetti.

Prima di tutto si sottolinea come, in un contratto di PPP, l'aspetto sostanziale di validità è il trasferimento del rischio operativo in capo all'operatore economico, in particolare attraverso:

a) il trasferimento del rischio di costruzione al concessionario, inteso, ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. *aaa*, d.lgs. n. 50 del 2016 (codice), come il ritardo imputabile nei tempi di consegna, il mancato rispetto degli standard qualitativi del progetto, l'aumento dei costi dovuti ad inconvenienti di tipo tecnico negli Interventi e al loro mancato completamento, ecc.;

b) il trasferimento del rischio disponibilità al concessionario, inteso, ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. *bbb*, codice, quale rischio legato alla capacità di erogare le prestazioni contrattuali pattuite, sia per volume che per standard di qualità previsti e tutto quanto si renderà necessario per l'erogazione dei servizi;

c) l'ingegnerizzazione di un sistema automatico di rilevamento degli inadempimenti e di applicazione delle penali a scomputo del canone, predeterminate in adeguate previsioni contrattuali in caso di mancato raggiungimento di specifici *Service Level Agreement* (SLA) dopo la determinazione della metrica dei *Key Performance Indicator* (KPI);

d) Ia strutturazione di una piattaforma collaborativa di gestione delle informazioni digitalizzate nella piena disponibilità della pubblica amministrazione concedente che consenta il controllo h/24 in ogni fase dell'investimento e della fase gestionale, che ha la funzione di verificare l'effettivo trasferimento dei rischi nei contratti di PPP

di nuova generazione in attuazione delle disposizioni del codice in materia di controllo e di *governance* del contratto (artt. 181, comma 4 e 182, comma 2, del codice, Linee guida, ANAC 9 del 2019, e i decreti sulla modellizzazione informativa degli investimenti, d.m. n. 560 del 2017 e d.m. 312 del 2021).

Tuttavia, nel contratto di appalto i fondi PNRR coprono l'intero valore del progetto, l'appalto ordinario consente l'integrale assorbimento della somma stanziata dai fondi, mentre nel contratto di PPP emerge il vincolo di "tiraggio" del solo 49%, come investimento in conto capitale – limite inserito per il contratto di PPP all'art. 180, comma 6, codice – fatto che costringe l'ente locale a far fronte al restante 51%, tramite l'erogazione di risorse proprie in conto gestione, sotto forma di canoni di disponibilità per la durata della concessione: risorse economiche proprie che, tra l'altro, ingessano il bilancio dell'amministrazione locale.

Il dilemma dell'ente locale si esaurisce in questa semplice alternativa: attivo il contratto di appalto che mi consente di utilizzare integralmente i fondi del PNRR oppure attivo il contratto di PPP, che, però mi costringe a metter mano al bilancio dell'amministrazione per la copertura finanziaria del 51 % dell'investimento?

L'evidente effetto distorsivo disincentiva l'ente locale all'utilizzo del contratto di PPP, nonostante il legislatore gli imponga nella programmazione sia l'uso di tali contratti, come di utilizzare le risorse pubbliche disponibili con priorità su queste operazioni e, nonostante lo stesso abbia verificato – a seguito dell'uso di tecniche di valutazione (il *Public Sector Comparator*, abbreviato PSC), mediante strumenti di comparazione obbligatoriamente prescritti dall'art. 181, comma 3, codice – la convenienza del ricorso a forme di PPP rispetto alla realizzazione diretta tramite le normali procedure di appalto.

In Italia si è creato un evidente *misunderstanding* tra:

i) la possibilità di ricorso al PPP anche a valere integralmente su fondi pubblici a causa della presenza nel codice del limite quantitativo di contribuzione pubblica sull'investimento;

ii) i problemi di contabilizzazione *on-off balance* degli investimenti in PPP ai fini del calcolo del parametro "Debito/PIL" quando i fondi pubblici erogati *ex ante* superano il 49%.

I due aspetti che la nostra normativa ha fuso (inserendo nel codice la previsione di finanziamento massimo del 49% per le PPP) sono invece da considerare separati. Laddove non ci sia l'interesse (o non sia prioritaria) alla contabilizzazione *off-balance* dell'opera, dovrebbe essere possibile utilizzare schemi di PPP senza alcun vincolo 49-51%.

Eliminare (anche in via interpretativa) il vincolo del 49-51 %, permetterebbe di mandare avanti opere prioritarie per il paese sia

in appalto che in PPP secondo di valutazioni di sostanza (componente gestionale e trasferimento dei rischi), piuttosto che concentrate sulle modalità di finanziamento. Darebbe inoltre maggior certezza alla contabilità pubblica che saprebbe fin dall'inizio cosa è da classificare *on-balance* mentre si trova oggi a dover riclassificare anche il 100% degli interventi inizialmente appostati *off-balance*.

Per arrivare a quest'approdo dirimente, soprattutto in via interpretativa e a legislazione vigente, è utile fare dei passi di guado, di avvicinamento per comprendere come questo scenario sia (già) molto più attuato di quanto si possa pensare. Ad esempio molteplici operazioni di PPP non avendo raggiunto un sufficiente trasferimento del rischio o non avendo rispettato il parametro 49-51 sono state *ex post* valutate da Eurostat come operazioni *on-balance* riclassificate nel debito pubblico italiano. Come già detto è accaduto di recente per il 100% delle operazioni di efficientamento energetico (Contratti EPC-PPP) ma anche a molte strutture ospedaliere. L'effetto finale è che tali operazioni non cessano di essere contratti di PPP validi ma il relativo investimento è considerato spesa pubblica *on balance*.

4. *Alcuni precedenti sulla natura esclusivamente contabile del vincolo del 49% al contributo pubblico.* – A questo punto è opportuno procedere per gradi per comprendere come la prescrizione 49 -51%, presente nel codice, non possa essere considerata una prescrizione sostanziale di validità del contratto di PPP, se ci sono o ci sono state eccezioni, significa che la prescrizione limitativa è recessiva rispetto alla validità del contratto ed incide solo ai fini della contabilizzazione:

Il primo riferimento utile è l'ammissibilità del superamento del vincolo 49-51% in termini assoluti quando si attinge a fondi UE. È decisivo a questo riguardo pensare che l'utilizzo di fondi PNRR, qualora siano fondi europei, permetta di superare la previsione normativa sulla ripartizione di fondi 49-51% in termini assoluti pur richiedendo sempre il trasferimento del rischio operativo con i metodi efficaci descritti nel capitolo 3, punti da *a* a *c*.

In altre parole i fondi europei non concorrono a determinare la soglia del 49% e per tale ragione può provvedersi al pagamento in SAL di erogazioni superiori al 49% e la conseguente riduzione del canone di disponibilità che grava sul bilancio dell'ente locale.

Infatti, la non computabilità dei fondi di derivazione europea nel suddetto limite del contributo pubblico al 49% del costo dell'investimento, è confermata dal combinato disposto delle seguenti prescrizioni:

a) Art. 3, lett. *eee*, codice, contenente la definizione di «Contrat-

to di partenariato pubblico privato», il quale prevede che, fatti salvi gli obblighi di comunicazione previsti dall'art. 44, comma 1 *bis*, d.l. 31 dicembre 2007, n. 248, convertito, con modificazioni, dalla l. 28 febbraio 2008, n. 31, *si applicano, per i soli profili di tutela della finanza pubblica, i contenuti delle decisioni Eurostat*;

b) I contenuti delle decisioni Eurostat sono previsti nel *Manual on Government Deficit and Debt – Implementation of ESA 2010 – 2016 edition* (MGDM 2016 SEC 2010), vincolante per gli Stati in merito alla contabilizzazione del *deficit* e del debito, il quale, nel Paragrafo IV.4, rubricato "*Public – Private Partnerships* (PPP's)", a pag. 343, sub paragrafo 56, prevede che: "*This would apply only to cases of financing from national government units, therefore excluding any financing from international entities resulting from intergovernmental agreements, such as from EU funds (ESIFs, Cohesion Fund) that are granted to non-government units*.

Dunque, la lettura in combinato disposto della predetta normativa – la prima, sulla definizione del contratto di PPP, rimanda per la sua strutturazione espressamente ai principi comunitari di contabilizzazione e la seconda, relativa al principio di contabilizzazione dei contratti di PPP – indica con molta chiarezza che i fondi comunitari erogati nell'operazione di PPP non devono computarsi al fine del rispetto del limite del 49% dell'investimento quale contribuzione pubblica.

A maggior conforto del quadro interpretativo prospettato si rinvia al Documento EPEC 2016 "*Guidance Note Blending EU Structural and Investment Funds and PPP's in the 2014-2020 Programming Period*" dove, a pag. 22, al § 3.1, si indica per l'appunto che l'utilizzo dei fondi comunitari permette alle amministrazioni pubbliche di ridurre il canone di disponibilità, ma soprattutto a pag. 31, § 4.4, si chiarisce che l'utilizzo dei fondi europei, secondo EUROSTAT, non viene computato ai fini della determinazione del valore del contributo pubblico che deve posizionarsi al di sotto del 49% del costo dell'investimento. In sostanza i fondi UE vengono sterilizzati ai fini della computazione del limite del 49%. La prevalenza relativa della partecipazione privata deve, comunque, rimanere rispetto al contributo pubblico residuo.

Il secondo riferimento utile è il superamento del vincolo 49-51 per uso della deroga di cui al d.l. n. 76 del 2020, art. 2, comma 4, per affidamenti fino al 31 dicembre 2021. L'essenza non strutturale del limite di finanziamento pubblico del 49% (prevista dal Codice), emerge anche applicando a molti settori, ricadenti nel PNRR, la deroga al codice stesso, disposta dal decreto semplificazioni, il d.l. 76 del 2020, all'art. 2, comma 4, fino al 31 dicembre 2021.

In altre parole la sospensione del vincolo del 49% al contributo pubblico (in linea teorica ci si poteva anche spingere ad utilizza-

re il 100 %) è stata riconosciuta possibile dalla legge e questo non ha "compromesso" la struttura del contratto di PPP, sempre che si fossero mantenuti i requisiti di trasferimento del rischio operativo elencati al precedente paragrafo 3, da *a* a *d*.

Infatti, "*Nei casi di cui al comma 3 e nei settori dell'edilizia scolastica, universitaria, sanitaria, giudiziaria e penitenziaria, delle infrastrutture per attività di ricerca scientifica e per la sicurezza pubblica, dei trasporti e delle infrastrutture stradali, ferroviarie, portuali, aeroportuali, lacuali e idriche, ivi compresi gli interventi inseriti nei contratti di programma ANAS-Mit 2016-2020 e RFI-Mit 2017 – 2021 e relativi aggiornamenti, nonché per gli interventi funzionali alla realizzazione del Piano nazionale integrato per l'energia e il clima (PNIEC), e per i contratti relativi o collegati ad essi, per quanto non espressamente disciplinato dal presente articolo, di affidamenti di interventi funzionali alla realizzazione della transizione energetica, e per i contratti relativi o collegati ad essi, le stazioni appaltanti, per l'affidamento delle attività di esecuzione di lavori, servizi e forniture nonché dei servizi di ingegneria e architettura, inclusa l'attività di progettazione, e per l'esecuzione dei relativi contratti, operano in deroga ad ogni disposizione di legge diversa da quella penale, fatto salvo il rispetto delle disposizioni del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, nonché dei vincoli inderogabili derivanti dall'apparte-nenza all'Unione europea, ivi inclusi quelli derivanti dalle Direttive 2014/24/UE e 2014/25/UE, dei principi di cui agli articoli 30, 34 e 42 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 e delle disposizioni in materia di subappalto*".

Giova ricordare, pertanto, che se temporaneamente è stato consentito di sospendere il vincolo del codice all'utilizzo del contributo pubblico inferiore al 49%, si sarebbero applicati solo i vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione europea, i cui principi avrebbero comportato esclusivamente la contabilizzazione *on balance* dell'eventuale residuo finanziamento privato, ben al di sotto del 51%.

5. *La nostra posizione interpretativa e operativa.* – Le riflessioni e gli esempi riportati sono utili a delimitare la portata prescrittiva del limite del 49% previsto per il contratto di PPP all'art. 180, comma 6, codice, che ha come esito molto di più che una mera richiesta di modifica legislativa volta ad eliminare il vincolo, si tratta di individuare, invece, gli effetti a legislazione vigente della violazione del limite del 49% del contributo pubblico, se siano essi "demolitori" o invalidanti il contratto di PPP o se, invece, producano esclusivamente effetti contabili sul debito pubblico.

Appare fuor di dubbio, dagli esempi sopra riportati, che il contratto di PPP è valido indipendentemente dall'erogazione di con-

tributo pubblico superiore al 49%, inoltre se ci fosse stato un limite strutturale dovrebbero ritenersi invalidi tutti i contratti stipulati prima del suo inserimento, ricordiamo che i quattro ospedali toscani realizzati con un contratto di PPP, prevedevano in bando il finanziamento degli investimenti all'80%, ma nessuno mette in dubbio la vigenza di quei contratti in considerazione del fatto che i rischi sono stati distribuiti tra le parti in modo appropriato.

Detto questo allora è necessario identificare nel codice la norma che consente di ricondurre, nel prorpio alveo, l'interpretazione del superamento del vincolo del 49% e gli effetti sul contratto di PPP.

Infatti, è già stata commentata la definizione del contratto di PPP, di cui all'art. 3, lett. *eee*, codice, laddove prescrive *"fatti salvi gli obblighi di comunicazione previsti dall'articolo 44, comma 1* bis*, del decreto-legge 31 dicembre 2007, n. 248, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 febbraio 2008, n. 31, si applicano, per i soli profili di tutela della finanza pubblica, i contenuti delle decisioni Eurostat"*.

In altre parole il riferimento alle decisioni Eurostat (in materia d'indebitamento *on* e *off balance*), commentate al paragrafo 3.A, irrobustite dai profili costituzionali di tutela della finanza pubblica, orienta l'interpretazione degli effetti del superamento del vincolo del 49% degli investimenti come contributo pubblico in un contratto di PPP: sono di natura esclusivamente contabile.

Si aggiunga un'altra considerazione, il divieto di «*gold plating*» inteso come cattiva pratica ovvero quella tecnica che va al di là di quanto richiesto dalla normativa europea pur mantenendosi entro la legalità, è stato inserito nella l. n. 246 del 2005 ad opera della l. n. 183 del 2011. In pratica, dunque, esso è presente nel nostro ordinamento da oltre dieci anni. Oltre a ciò, si evidenzia come grazie al richiamo contenuto all'art. 32, l. n. 234 del 2012, il divieto di «*gold plating*» sia diventato un criterio di delega generalizzato nel recepimento del diritto UE e come tale principio abbia vincolato il Governo nell'emanazione di ben 152 decreti legislativi adottati dal 2013 ad oggi. Infine, il divieto di introdurre livelli di regolazione superiori a quelli previsti dal diritto UE costituisce un criterio di delega anche nella l. 11 del 2016 di riforma del codice.

In particolare se s'interpreta il vincolo del 49% in modo strutturale (ad esempio, o si rispetta il limite o il contratto è invalido), questo impone un livello di regolazione superiore a quello imposto dalla Direttiva 23 del 2014 UE sulle concessioni, da cui è derivato il codice e ciò non è consentito. Infatti, la limitazione del contributo pubblico comporta:

1) una forte limitazione alla partecipazione delle imprese a causa della difficoltà di reperire nel mercato la finanza sostitutiva residuale;

2) una deviazione dall'obbligo sancito a carico della pubblica amministrazione di agevolare la bancabilità dell'iniziativa, ai sensi dell'art. 165, comma 3, codice (richiamato espressamente anche dall'art. 180, comma 7 riferito ai contratti di PPP), laddove prescrive "*Al fine di agevolare l'ottenimento del finanziamento dell'opera, i bandi e i relativi allegati, ivi compresi, a seconda dei casi, lo schema di contratto e il piano economico finanziario sono definiti in modo da assicurare adeguati livelli di bancabilità, intendendosi per tali la reperibilità sul mercato finanziario di risorse proporzionate ai fabbisogni, la sostenibilità di tali fonti e la congrua redditività del capitale investito*".

L'interpretazione degli effetti esclusivamente contabili del superamento del vincolo del 49% per evitare il «*gold plating*», supportata dalla norma sulla definizione del contratto di PPP, in positivo consente alla pubblica amministrazione di contemperare molti interessi:

– quelli propri di tutela della finanza pubblica assicurata con idonei meccanismi di trasferimento dei rischi;

– quella degli operatori economici a una maggiore partecipazione ai procedimenti di affidamento di PPP favorendo la concorrenzialità;

– quella della pubblica amministrazione stabilendo la neutralità nell'uso dei contratti di PPP con quelli di appalto, eliminando il deterrente nella scelta del contratto di PPP, che l'avrebbe costretta ad impegnare risorse proprie per remunerare il residuo dell'investimento con canoni in fase gestionale;

– quella della politica economica nazionale che, come oggi, ritiene sia prioritario dare esecuzione in tempi e costi certi agli investimenti attingendo ai fondi PNRR e PNC messi a disposizione con contratti pubblici idonei e fortemente imposti dal legislatore in fase di programmazione e di priorità di appostamento delle risorse disponibili.

Infine, si prospetta, qualora si volesse salvaguardare comunque il vincolo del 49%, un meccanismo di disarticolazione dei fondi PNRR destinati alla copertura integrale del progetto:

1) una parte, ad esempio il 35% dell'investimento, destinarli come contributo pubblico in conto costruzione al Comune che provvederà ad erogarli a SAL al concessionario;

2) una parte, il complementare 65% dell'investimento, destinarli al Comune per la costituzione di un fondo quando siano stati completati e collaudati i lavori eseguiti dal concessionario. Il Comune provvederà ad erogare il canone di disponibilità al concessionario, attingendo al fondo costituito presso di lui e applicando i consueti meccanismi di trasferimento dei rischi su cui ci si è soffermati *supra*, § 3, punti da *a* a *d*.

Le obiezioni e le possibili repliche a questa disarticolazione possono essere due:

a) i fondi comunitari sono erogati a valle della spesa e non possono essere cumulati.

In questo caso, i fondi PNRR verrebbero erogati a valle della spesa (dell'investimento) da parte dell'operatore economico, solo che il 35 % sarebbe destinato a SAL al concessionario, mentre il 65% al fondo costituito presso il Comune;

b) i canoni rientrano nella categoria dei consumi intermedi quindi della spesa corrente, non hanno la natura d'investimento.

In questo caso per superare l'obiezione si dovrebbe approdare ad una visione sostanzialistica: i canoni di disponibilità consentono di ripagare il valore residuo dell'investimento in modo efficiente, applicandosi un idoneo trasferimento del rischio in fase gestionale, ineriscono all'investimento, sono commisurati ad esso ma vengono somministrati in fase gestionale per mantenere una idonea tensione operativa sul concessionario per tutto il tempo contrattuale.

Anche in questo modo verrebbe annullata la distorsione nella scelta tra contratti di appalto e di PPP per attingere ai fondi PNRR: con questo modello operativo non si porrebbe la questione di legittimità del travalicamento della soglia 49% e 51%.

Il modello della creazione del Fondo, destinatario della parte residua delle risorse PNRR non erogate in fase di costruzione e somministrate a canone in fase gestionale è adattabile anche nel caso in cui si voglia centralizzare l'erogazione a livello statale o regionale, sottraendola all'ente locale: sarà sufficiente individuare un ente destinatario dei fondi residui che poi erogherà a canone in fase gestionale per ripagare l'investimento.

Stefano D'Ancona

LA FASE DI PROGETTAZIONE NEI CONTRATTI D'APPALTO E CONCESSIONE DI LAVORI. PROBLEMATICHE DECISIONALI – COMPORTAMENTALI E STRUMENTI DI PERSUASIONE*

Sommario: 1. La fase di progettazione nei contratti pubblici come processo decisionale complesso. – 2. L'inadeguatezza o cattiva progettazione nei contratti pubblici come effetto di sottostime. Ipotesi. – 3. Bias dell'ottimismo come causa di inadeguatezza o cattiva progettazione. – 4. Condotta opportunistica come causa di stime errate e sottovalutazione delle criticità. – 5. Conclusioni: strumenti di persuasione e incentivi.

1. *La fase di progettazione nei contratti pubblici come processo decisionale complesso.* – La fase antecedente alle procedure di selezione dei contraenti negli appalti e concessioni ha certo una rilevanza spesso trascurata dagli studiosi del diritto amministrativo. Di recente, anche in virtù di una rinnovata attenzione verso le esigenze di razionalizzare le spese riferite ai contratti pubblici(1), la linea di tendenza sembra per certi versi mutata.

Specie nel settore degli appalti e concessioni di lavori i dati raccolti anche dalle amministrazioni cui è affidata la vigilanza del settore dimostrano l'importanza che la progettazione sia condotta in maniera corretta al fine di evitare sprechi di denaro pubblico.

Prima di passare all'analisi di questi dati e all'esame delle possibili ricadute delle norme sui comportamenti dei soggetti coinvolti nella progettazione, occorre inquadrare la progettazione da un punto di vista giuridico e generale.

In maniera seppure sintetica, va osservato che il progetto può essere trattato secondo due prospettazioni che si integrano tra loro.

La prima prospettazione fa riferimento al fatto che il progetto – o meglio il provvedimento che lo approva in tutti i suoi elementi

---

* Il presente lavoro si basa sull'adattamento del contributo pubblicato dall'autore nel volume a cura di M. Cafagno, E. Boscolo, C. Leone, M. Barbera, M. Fazio, G. Cavalieri, *Dalle regole ai comportamenti. Conversazioni in tema di amministrazione e persuasione*, ciclo di seminari presso l'Università degli Studi dell'Insubria, 2020/2021, Milano, 2022.

(1) A. Crismani, *Le modifiche oggettive nei contratti pubblici e il diritto potestativo nel quinto d'obbligo*, in *Riv. giur. edil.*, 1, ed. 2019, p. 17.

finanziari e computazionali (art. 27 codice dei contratti) – è espressione di potestà amministrativa o volontà amministrativa.

Esso esprime, in altri termini, la volontà dell'amministrazione di perseguire un determinato interesse pubblico che va a contemperarsi con altri eventuali interessi che, soprattutto nel caso di lavori pubblici, interferiscono con esso. Si prenda il caso di un'opera realizzata in un'area di pregio ambientale o paesaggistico ove l'interesse alla realizzazione dell'opera va ponderato con gli altri interessi pubblici che esprimono il valore del territorio[2].

La seconda prospettazione vede il progetto come espressione di volontà "negoziale", considerato che esso va a definire l'oggetto del contratto e anche elementi accessori come, ad esempio, il termine di realizzazione del contratto stesso che, nel diritto amministrativo, assumo carattere tutt'altro che accessorio.

A questo proposito, partendo dal presupposto che l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore sono titolari, come i privati, di capacità giuridica[3], si è osservato che in sede progettuale il contratto viene definito «nel suo oggetto principale e nelle sue modalità particolari, sicché all'altro contraente non è lasciata nessuna facoltà riguardo a tale contenuto, salvo quanto concerne la determinazione del prezzo»[4].

La concezione unilaterale è poi stata superata da una nozione più aperta di progetto[5] a cui partecipano anche soggetti ester-

---

(2) F. Zeviani Pallotta, *La progettazione dell'opera pubblica*, Milano, Giuffrè, 1998, p. 3. S. Abrate, *L'affidamento degli incarichi di progettazione: gare e concorsi*, in *Manuale dei contratti pubblici*, a cura di F. Caringella, M. Giustiniani, Roma, 2015, p. 1127. Nel settore dei lavori si è osservato che il progetto viene approvato sul presupposto di un «accertamento di compatibilità dell'individuato manufatto con la disciplina dell'assetto degli interessi localizzati sul territorio» (M. Rotondi, *op. cit.*, p. 259-260).

(3) Sul punto G. Pericu, *L'attività consensuale della pubblica amministrazione*, in *Diritto Amministrativo*, a cura di L. Mazzarolli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca, II, Bologna, 1993, p.1293, cfr. G. Pericu, *Note in tema di attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza di Genova*, Milano, 1966, p. 163 ss. È stato affermato di recente che «l'attività di diritto privato dell'amministrazione al pari della sua attività provvedimentale è diretta al soddisfacimento di interessi pubblici» J. Bercelli, *I principi sull'assetto organizzativo delle stazioni appaltanti. Il principio di trasparenza e il diritto di accesso*, in *Diritto dei contratti pubblici* a cura di F. Mastragostino, Torino, 2019, p. 213, nt. 20.

(4) G. Zanobini, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1958, p. 468. La configurazione del progetto quale atto amministrativo non contrasta, ma anzi rafforza, l'assunto secondo cui esso corrisponde ad un «atto di volontà dell'amministrazione, che deve precedere il contratto».

(5) Sulla nozione di progetto sommario e aperto si richiama M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, I, Milano, 1993, p. 375. In termini analoghi P. Virga secondo cui il progetto di contratto deve essere elaborato non solo per i contratti da stipularsi ad asta ma anche per quelli da stipularsi a trattativa considerato che

ni all'amministrazione con propri contribuiti, di diversa natura (si pensi all'ipotesi di progettazione esterna o di appalto integrato o concessione ove il progetto è elaborato da terzi), e comunque di portata conoscitiva e decisionale(6).

Oltre alle due prospettazioni sopra evocate per sommi capi, ve ne sarebbe una terza che, senza negare la correttezza delle due precedenti, presuppone il superamento dell'approccio "volontaristico" e l'approdo alla nozione di "decisione".

Già un'autorevole giurista, in tempi non recenti, aveva notato infatti che «il processo decisionale vero e proprio viene quasi ignorato dal legislatore»(7). Questa osservazione apre la via ad un approccio all'atto amministrativo che presti attenzione alle scienze cognitive e comportamentali. E allora, in questo senso, il progetto (sia esso di fattibilità, definitivo o esecutivo), si presenterebbe, non già come espressione di volontà dell'organo che lo approva, ma come il risultato di un processo decisionale inteso in senso cognitivo(8).

A tale processo cognitivo – e qui viene in rilievo un secondo aspetto – partecipano più soggetti che assumono il ruolo di "decisori" che con il loro apporto creativo nel contesto procedimentale determinano i contenuti della decisione finale(9). Nel procedimento di progettazione assumono tale ruolo, anche in virtù del preci-

---

anch'essi presuppongono la precisazione dell'oggetto del contratto e la determinazione preventiva delle clausole fondamentali (P. VIRGA, *I contratti della pubblica amministrazione*, Palermo, 1971, p. 15).

(6) Sul termine di "decisione" si tornerà nel prosieguo. Solamente ove il progettista sarà colui che andrà ad eseguire la prestazione principale, gli atti che vanno a comporre il progetto sono espressione di volontà negoziale. In altri casi, il progetto rappresenta semplicemente le scelte che il progettista compie sulla base di un'attività conoscitiva autonoma. Si pensi al caso in cui il progettista sia un soggetto esterno che non entrerà nel rapporto contrattuale: si verifica in questo caso un fenomeno analogo al cosiddetto arbitraggio di cui all'art. 1349, cod. civ., ove il terzo viene incaricato dalle parti di determinare l'oggetto dello stesso.

(7) F. LEDDA, *La concezione dell'atto amministrativo e dei suoi caratteri,* in *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, a cura di U. ALLEGRETTI, A. ORSI BATTAGLINI, D. SORACE, Rimini, 1987, p. 784.

(8) La decisione è il «processo cosciente e predeterminato» attraverso il quale «per un determinato corso di azione che l'individuo segua, esistano comunque altri corsi di azione cui il medesimo individuo ha rinunciato» (H. SIMON, *Il comportamento amministrativo*, trad. it., Bologna, p. 46).

(9) Ledda osserva che gli uffici amministrativi contribuiscono con «un'attività creativa per lo studio della quale potrebbero utilmente essere impiegati anche i metodi propri della logica operazionale» (F. LEDDA, *La concezione*, cit., p. 784). D'altra parte nell'analisi della funzione già un'autorevole dottrina aveva posto in rilievo che nella determinazione finale del procedimento «la volontà è normalmente procedimentale [questo in quanto il provvedimento] è il risultato di sequenze di atti di più uffici od organi ciascuno dei quali apporta propri giudizi, valutazioni, opinioni; se il provvedimento, una volta adottato, si dice atto di una certa figura soggettiva, ciò avviene ai fini dell'imputazione formale, richiesta dal principio generale di certezza giuridica» M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., p. 241.

so quadro normativo, il progettista, il verificatore e il responsabile del procedimento[10].

Tenendo conto di questo punto di partenza e al netto della complessità del sistema[11] il fine della ricerca è andare a esaminare quelle criticità comportamentali e cognitive che, si ipotizza, potrebbero interferire sulla sfera dei suddetti decisori e conseguentemente sulla legittimità e congruità del provvedimento finale di approvazione delle scelte progettuali.

D'altra parte l'eccesso di potere, dal punto di vista generale, deriverebbe, anche secondo una certa impostazione dottrinale, da problemi cognitivi e comportamentali di coloro che nel contesto procedimentale ricoprono un ruolo "creativo", riprendendo l'espressione leddiana, di rilievo[12].

E dunque anche nel contesto della progettazione era auspicabile una ricerca di quelli che potessero essere gli errori e i comportamenti dei cosiddetti "decisori" che incidessero negativamente sulla decisione finale.

2. *L'inadeguatezza o cattiva progettazione nei contratti pubblici come effetto di sottostime. Ipotesi.* – Non potendosi estendere il presente contributo ad un'area troppo ampia di indagine, si è scelto di analizzare una tipologia di criticità progettuale, ossia la sottovalutazione dei costi e dei tempi di realizzazione di lavori pubblici, co-

---

Recentemente, L. Torchia, *Teoria e prassi delle decisioni amministrative,* in *Diritto amministrativo*, 2017, fasc. 1, p. 33.

(10) Sui ruoli delle tre figure non ci si può soffermare in tale sede di rinvia per il responsabile del procedimento Linee guida ANAC, *Ruolo e compiti del responsabile unico del procedimento per l'affidamento di appalti e concessioni*, n. 3, approvate con Deliberazione n. 1096 del 26 ottobre 2016 aggiornate con deliberazione n. 1007/2017, p. 1, Cons. St., Sez. IV, 9 luglio 2020, n. 440, con riferimento agli altri soggetti, tra gli altri, S. Villamena, *Commento all'art. 23*, in *Codice dei contratti pubblici commentato*, a cura di L.R. Perfetti, Milano, 2017, p. 172 nonché i contributi in generale sulla progettazione e in particolare, F. Pellizzer, *La programmazione e la progettazione*, in *Diritto dei contratti pubblici*, cit., p. 239 ss.

(11) Si utilizza, non a caso, la connotazione "complesso", nel senso indicato da H. Simon, per significare che al processo decisionale partecipano più soggetti e che i comportamenti dei singoli sono, come in tutti i sistemi, tra loro correlati e interdipendenti. Secondo l'illustre pensatore, si rammenta, è sistema complesso «un sistema composto da un gran numero di parti che interagiscono in modo non semplice. In tali sistemi l'insieme è qualcosa di più che la somma delle parti...ma nell'importante senso pragmatico per il quale, date le proprietà delle parti e le leggi delle loro interazioni non è semplice inferirne le proprietà del tutto... la complessità assume frequentemente la forma di una gerarchia» (H. Simon, *Le scienze dell'artificiale,* trad. it. di *The Sciences of the artificial*, 1969, MIT Boston, Il Mulino, Bologna, 1988, p. 208).

(12) Sul collegamento tra eccesso di potere dei provvedimenti e problemi cognitivi e comportamentali dei soggetti che prendono parte alle decisioni, vedasi P. Gasparri, *Eccesso di potere (diritto amministrativo)*, in *Enc. d.*, XIV, 1965, § 13-14.

me conseguenza di specifiche problematiche cognitive e comportamentali riferibili ad uno solo dei i cosiddetti decisori sopra evocati e cioè il progettista.

La scelta di quest'ultimo, seppure semplificata vista l'esigenza di dare un mero contributo in questa sede, è dettata dalla notazione che, nel quadro normativo, il progettista è indubbiamente il soggetto che determina i contenuti dell'elaborato progettuale e ciò nonostante il suo operato sia soggetto al controllo e scrutinio del verificatore e in un certo senso del responsabile del procedimento(13).

Svolta questa premessa metodologica, occorre dar conto del fatto che, al netto dei differenti schemi organizzativi della progettazione(14), i dati riscontrano che spesso i progetti sono affetti da sottostime in ordine ai costi e al tempo di realizzazione dei contratti.

Tali problematiche si riflettono inevitabilmente sull'esecuzione dei contratti che è spesso caratterizzata dalla necessità di approvare varianti in corso d'opera. In altri casi più gravi, l'inadeguatez-

---

(13) Riguardo al progetto di fattibilità, ad esempio, il codice prevede che il progettista «individua, tra più soluzioni, quella che presenta il miglior rapporto tra costi e benefici per la collettività, in relazione alle specifiche esigenze da soddisfare e prestazioni da fornire» (art. 23, comma 5, d.lgs. n. 50 del 2016). E ancora, il progetto di fattibilità è preceduto da «un documento di fattibilità delle alternative progettuali» (art. 23, comma 5, cit.). Le disposizioni dunque evocano un vero e proprio processo decisionale in capo al progettista.

Ancora, nell'ambito del progetto definitivo, dove il progettista «individua compiutamente i lavori da realizzare, nel rispetto delle esigenze, dei criteri, dei vincoli, degli indirizzi e delle indicazioni stabiliti dalla stazione appaltante e, ove presente, dal progetto di fattibilità» (art. 23, comma 7). Ed infine, nel progetto esecutivo, il progettista «determina in ogni dettaglio i lavori da realizzare, il relativo costo previsto, il cronoprogramma coerente con quello del progetto definitivo, e deve essere sviluppato ad un livello di definizione tale che ogni elemento sia identificato in forma, tipologia, qualità, dimensione e prezzo. Il progetto esecutivo deve essere, altresì, corredato da apposito piano di manutenzione dell'opera e delle sue parti in relazione al ciclo di vita» (art. 23, comma 8, d.lgs. n. 50 del 2016). Per un'analisi più ampia delle problematiche cognitive e comportamentali in relazione alla progettazione si rinvia a S. D'Ancona, *Contributo allo studio della progettazione in materia di appalti e concessioni. Una prospettiva dalle scienze comportamentali e cognitive*, Torino, 2021.

(14) Come noto la progettazione può essere interna, affidata ad un soggetto esterno mediante procedure di gara oppure affidata al soggetto terzo che eseguirà il contratto. È questo il caso dell'appalto integrato e della concessione. Sulle differenze e le discipline, non potendocisi soffermare nel presente contributo si rinvia alle trattazioni specifiche, tra gli altri, M.A. Carnevale Venchi, *Opere pubbliche*, in *Enc. d.*, XXX, 1980, G. Roehrssen, *Lavori pubblici* (Voce), in *Enc. giur.*, 1990, M. Rotondi, *La progettazione*, in R. Villata (a cura di) *L'appalto di opere pubbliche*, Padova, 2001, p. 257 ss., G. Mastrodonato, *La progettazione delle opere pubbliche a seguito delle modifiche e integrazioni apportate dal correttivo al Codice degli appalti*, in *Riv. giur. ed.*, fasc. 4, 2017, p. 255 ss. F. Pellizzer, *La programmazione e la progettazione*, in *Diritto dei contratti pubblici*, cit., p. 239 ss.

za progettuale impedisce *tout court* l'esecuzione e allora si parla di opere incompiute[15].

Già da un documento di consultazione dell'Autorità di vigilanza per i contratti pubblici (ora ANAC) non troppo recente emergeva che circa due terzi dei lavori pubblici completati subivano un innalzamento dei costi rispetto alle previsioni progettuali ed un quarto di tutti i lavori aveva subito innalzamenti di oltre il 10%[16]. Più di recente, la stessa Autorità ha riscontrato che, su 186 appalti pubblici di importo superiore a 1 milione di euro, in numerosi casi le varianti al progetto originario hanno assorbito il ribasso di aggiudicazione, in tutto o in parte. In particolare, 119 appalti (64% degli appalti monitorati) evidenziano varianti la cui percentuale sull'importo contrattuale si colloca tra il 50% ed il 150% del ribasso di aggiudicazione. In tal senso, ANAC avvalora la tesi che per il tramite delle varianti al progetto le imprese cerchino di recuperare il ribasso offerto in gara[17].

Anche in ambito concessorio, la connessione tra inadeguatezza progettuale e problematiche esecutive è confermata.

L'analisi della dottrina sull'istituto della revisione del piano finanziario permette di ipotizzare che i processi di rinegoziazione sono sovente causa di errori di progettazione[18].

3. Bias *dell'ottimismo come causa di inadeguatezza o cattiva progettazione.* – Alcuni studi empirici, svolti soprattutto oltre i confini

---

(15) Il d.l. 6 dicembre 2011, n. 211, convertito in l. 22 dicembre 2011, n. 214 all'art. 44 *bis* definisce il concetto di opera incompiuta e prevede l'adozione di un Regolamento per l'istituzione di un'anagrafe delle opere incompiute. Si intende dunque per opera incompiuta, ogni opera che risulta non completata per una o più delle seguenti cause: *a)* mancanza di fondi; *b)* cause tecniche; *c)* sopravvenute nuove norme tecniche o disposizioni di legge; *d)* fallimento, liquidazione coatta e concordato preventivo dell'impresa appaltatrice, risoluzione del contratto ai sensi degli artt. 135 e 136, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, o di recesso dal contratto ai sensi delle vigenti disposizioni in materia di antimafia; *e)* mancato interesse al completamento da parte della stazione appaltante, dell'ente aggiudicatore o di un altro soggetto aggiudicatore, di cui all'art. 3, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163. Il Rapporto del 2019 sul coordinamento della finanza pubblica della Corte dei conti, p. 378, dati Elaborazione Corte dei conti sui dai SIMOI/MIT ha rilevato come su un totale di 725 opere incompiute (per un totale di euro 4.658.824), ben 229 (euro 1.002.971,8) non sono state completate per «cause tecniche».

(16) AVCP Relazione al Parlamento per l'anno 2005.

(17) Comunicato Presidente ANAC, 1° marzo 2018. Sul punto osservava come «sembra, invece, emergere una specializzazione di alcune imprese nel contestare sistematicamente le scelte progettuali e/o le attività poste in essere dalla direzione lavori, al fine di ottenere un riconoscimento economico» (punto 6, Comunicato, cit.).

(18) Sul punto A. Giannelli, *Le modifiche oggettive del contenuto del contratto*, in *La nuova stagione dei contratti pubblici tra incertezze e responsabilità*, a cura di M. Cafagno, C. Leone, M. Barbera, M. Fazio, Milano, 2019, p. 301, G. Santi, *op. cit.*, p. 179-180.

nazionali, hanno ricollegato l'inadeguatezza progettuale sopra evocata a criticità cognitive che coinvolgono i progettisti.

Si parla in molti contributi di *optimism bias*(19).

Il pregiudizio dell'ottimismo si riferisce alla tendenza delle persone a credere che la probabilità che si abbia di affrontare un risultato negativo sia inferiore rispetto a quella reale(20).

Le persone in genere pensano che le loro possibilità di una serie di esiti negativi, dall'avere un incidente automobilistico al contrarre una particolare malattia al licenziamento da un lavoro, siano significativamente inferiori alle possibilità della persona media di subire queste disgrazie, sebbene, ancora, questo non può essere vero per tutti(21). Si tratta fondamentalmente di un errore di giudizio(22).

L'immagine tracciata da Kahneman è quella dello scontro tra la visione "interna" del decisore (da cui deriva la previsione fallace ottimistica) e una visione "esterna" che è rappresentata dall'insieme di dati che porterebbe a stime corrette. Nell'*optimism bias* il decisore (progettista, nel nostro caso) non accetta la visione esterna e compie la propria decisione sulla base di una sorta di «perseveranza irrazionale»(23) che lo porta a stime non realistiche.

Nel caso della progettazione, diversi studi dimostrano che i progettisti sono portati a sottostimare costi e tempi di esecuzione(24). Sembra di poter suddividere ulteriormente, almeno nell'ambito della progettazione, questo *bias* in due tipologie: l'uno quantitativo e l'altro qualitativo.

Con riferimento al primo, il *bias* dell'ottimismo "quantitativo", si potrebbe riscontrare nella tendenza dei progettisti a sottostimare i costi e i tempi di realizzazione del contratto(25).

---

(19) Tra i più rilevanti, B. Flyvbjerg, M. Skamris Holm, S. Buhl, *Understimating cost in public works project. Error or lie?,* in *APA Journal,* Summer 2002, Vol. 68, n. 3, p. 286. D. Lovallo, D. Kahneman, *Delusions of success: How optimism undermines executives' decisions,* in *Harvard Business Review*, 81, 2003, p. 56-63. Cfr. anche C. Guccio, G. Pignataro, I. Rizzo, *Determinants of adaptation costs in procurement: an empirical estimation on Italian public works contracts*, in *Applied Economics*, 2012, 44, p. 1894.

(20) C. Jolls, C.R. Sunstein, *Debiasing through law*, in *Journal of Legal Studies,* Vol. 35, 2006, p. 204.

(21) C. Jolls, *Behavioral Economic Analysis of Redistributive Legal Rules*, in *Vanderbilt Law Review* 51, 1998, p, 659–77.

(22) C. Jolls, C.R. Sunstein, *op. cit.,* p. 204.

(23) D. Kahneman, *Pensieri lenti cit.*, p. 332.

(24) Per uno studio riferito all'Italia, C. Guccio, G. Pignataro, I. Rizzo, *op. cit.*, p. 1891 ss.

(25) Il fenomeno non ha specificità "regionali" né di tipologia di lavori. In un'analisi empirica relative ai progetti di infrastrutture di trasporto in ambito non riferito al contesto italiano, B. Flyvbjerg delinea l'ampiezza del problema. Si osserva: «*In addition to cost data for transportation infrastructure project, we have reviewed cost data for several hundred other projects including power plants, dams,*

Esempi di fallacia ottimistica in questo senso, oltre a quanto già rilevato con riferimento all'Italia, abbondano anche nell'esperienza degli individui dei governi e delle imprese oltre confine. Tra gli altri, Kahneman richiama il progetto del nuovo palazzo del Parlamento scozzese nel luglio del 1997 che sarebbe dovuto costare al massimo 40 milioni di sterline ma che nel giugno del 1999 aveva raggiunto come budget 109 milioni di sterline[26].

Come detto, l'*optimism bias* in senso quantitativo può interessare, non solo i profili economici del progetto, ma anche le stime riferite ai tempi di realizzazione del contratto, ove può accadere che il progettista, trascurando alcune criticità, sottostimi il tempo di esecuzione[27].

L'effetto dell'*optimism bias* è che in sede esecutiva il contratto sia soggetto a «costi di adattamento», i quali, a loro volta, conducono ad un aumento dei costi del contratto di appalto[28].

In un secondo senso, come accennato, l'*optimism bias* può riguardare il profilo qualitativo del progetto e dunque consiste nella sottovalutazione di aspetti critici. Il decisore omette di valutare delle componenti della prestazione contrattuale o dell'oggetto contrattuale. Questa tipologia invero, potrebbe essere qualificata in modo diverso, e cioè come «*myopic problem representation*»[29] *bias*, «*omission of important variable*»[30], o, nel caso in cui l'omissione derivi dalla troppa fiducia del decisore, *overconfidence bias*

---

water distribution, oil and gas extraction, information technology systems, aerospace system, and weapons system. The data indicate that other types of projects are at least as, if not more, prone to cost underestimation as are transportation infrastructure projects» (B. Flyvbjerg, M. Skamris Holm, S. Buhl, *Understimating cost in public works project. Error or lie?* in *APA Journal,* Summer 2002, Vol. 68, n. 3, p. 286). Sui lavori complessi P. Bajari, S. Houghton, S. Tadelis, *Bidding for incomplete contracts: an empirical analysis*, NBER, Working Papers No. 12051, National Bureau of Economic Research, 2006, p. 2.

(26) L'ottimismo dei pianificatori non è l'unica ragione per cui si sforano i preventivi: a volte le previsioni sbagliate riflettono l'incapacità di chi commissiona l'opera «di immaginare quanto i loro desideri siano soggetti ad aumentare col passare del tempo» (B. Flyvbjerg, M. Skamris Holm, S. Buhl, *Understimating,* cit., p. 286)

(27) Lo stesso D. Kahneman per illustrare questo tipo di *bias* si rifà all'esempio dell'errore di valutazione dei tempi di realizzazione di un'opera editoriale. D. Kahneman, *Pensieri lenti,* cit., p. 332.

(28) C. Guccio, G. Pignataro, I. Rizzo, *op. cit.,* p. 1891 ss.

(29) *This bias occurs when an oversimplified problem representation is adopted based on an incomplete mental model of the decision problem* (G. Montibeller, D. von Winterfeldt, *Cognitive and Motivational Biases in Decision and Risk Analysis*, in *Risk Analysis*, Vol. 35, n. 7, 2015, p. 1233, cfr. P. Legrenzi, V. Girotto, PN. Johnson-Laird, *Focussing in reasoning and decision making*, in *Cognition*, 49(1–2), 1993, p. 37-66.

(30) *The bias occurs when an important variable is overlooked* (G. Montibeller, D. von Winterfeldt, *Cognitive and Motivational Biases in Decision and Risk Analysis*, in *Risk Analysis*, Vol. 35, n. 7, 2015, p. 1233, cfr. PA. Jargowsky, *Omitted variable bias*, in *Encyclopedia of Social Measurement*, Vol. 2., New York, Elsevier, 2005, p. 919-924).

(eccessiva sicurezza)[31] o, infine, *bias* della conferma, ove il decisore ignori le informazioni più scomode selezionando le informazione che confermino le proprie convinzioni[32].

Tuttavia, si preferisce usare la categoria dell'*optimism bias* considerato che, in tutti i casi, la semplificazione che pone in essere il decisore nel processo di scelta deriva da una visione "ottimistica" in cui vengono escluse le variabili "critiche" riferite all'oggetto contrattuale.

Si pensi, a questo proposito, alla mancata valutazione dei concreti fabbisogni dell'amministrazione o di specifiche tecniche della prestazione che avrebbero dovuto essere oggetto di analisi approfondita[33].

4. *Condotta opportunistica come causa di stime errate e sottovalutazione delle criticità.* – Su altro versante, è stato sostenuto che la sottostima dei costi del progettista derivino da "frodi" ossia comportamenti opportunistici[34], non già da *bias* o sviamenti in buona fede.

---

(31) «*This bias occurs when the decision makers provide estimates for a given parameter that are above the actual performance (overestimation) or when the range of variation they provide is too narrow (overprecision)*» (G. Montibeller, D. von Winterfeldt, *Cognitive and Motivational Biases in Decision and Risk Analysis*, in *Risk Analysis*, Vol. 35, n. 7, 2015, p. 1233. Cfr. S. Lichtenstein, B. Fischhoff, *Do those who know more also know more about how much they know?*, in *Organizational Behavior and Human Performance*, 1977, 20(2), p. 159-183).

(32) Su questa tipologia di *bias*, v. J. Klayman, *Varieties of confirmation bias*, in *Psychology of Learning and Motivation*, Vol. 32, 1995, p. 385-418.

(33) Si ritiene che la genericità dei capitolati cui fa riferimento, S. Curcio, *Un progetto per i servizi di facility management*, in *Quaderno di lavoro n. 2/2012*, *Patrimoni PA net*, p. 8, è originata da un'eccessiva fiducia dei progettisti. Può dunque rientrare nell'*optimism bias* o più genericamente nel *bias* dell'*overconfidence*.

(34) Sulle condotte opportunistiche in ambito contrattuale, fondamentale il contributo P. Milgrom, J. Roberts, *Economica, organizzazione e management*, trad. it., Bologna, 1994, p. 202 ss. Sul punto specifico dell'opportunismo in ambito progettuale, B. Flyvbjerg, M. Skamris Holm e S. Buhl. Si afferma che l'ottimismo della valutazione sarebbe una spiegazione importante e credibile dei costi sottostimati se le stime fossero prodotte da promotori e previsori inesperti, vale a dire persone che stavano stimando i costi per la prima o la seconda volta e che quindi non erano a conoscenza delle realtà della costruzione di infrastrutture e non stavano disegnando sulla conoscenza e le competenze dei colleghi più esperti. Tali situazioni possono esistere e possono spiegare singoli casi di sottostima dei costi. Ma dato che la psiche umana si distingue per una significativa capacità di apprendere dall'esperienza, sembra improbabile che i promotori e i previsori continuino a fare gli stessi errori decennio dopo decennio anziché imparare dalle loro azioni. Sembra ancora più improbabile che un'intera professione di previsori e promotori sarebbe collettivamente soggetta a tale pregiudizio e non imparerebbe nel tempo. L'apprendimento comporterebbe la riduzione, se non l'elimina-zione, dell'ottimismo della valutazione, che porterebbe quindi a una stima dei costi più accurata nel tempo. Ma i nostri dati mostrano chiaramente che ciò non è avvenuto. In aggiunta a ciò sembra quantomeno dubbio, per non pensare a comportamenti opportunistici, che l'errore sia commesso sempre in un senso (e cioè sottostima dei costi) piuttosto che nell'altro

Si è notato, che, già nella fase di fattibilità, il progettista possa accedere alla sottovalutazione dei costi perché indotto da condotte strategiche connesse alla politica[35].

In questo senso, il *bias* può essere indotto al progettista dal principale politico secondo lo schema di influenza cui si è già accennato, considerato che «l'organizzazione sottrae all'individuo una parte della sua autonomia di decisione sostituendo ad essa un procedimento di decisione proprio dell'organizzazione»[36].

Sul punto alcuni autori all'estero hanno evidenziato come spesso il principale politico sia portato a mentire sulla stima del progetto per motivi di opportunismo[37]. Evidentemente, in un contesto come quello italiano, la condotta del politico sarebbe tuttalpiù elemento di influenza sull'agente progettista o sul vertice amministrativo[38] che è ad esso superiore gerarchico[39].

Altre volte le condotte strategiche si ricollegano ai contraenti privati: il fenomeno si osserva specie nel caso di confusione tra il ruolo di progettista ed esecutore[40] ove gli offerenti ribassa-

---

(sovrastima dei costi) (traduzione mia da B. Flyvbjerg, M. Skamris Holm, S. Buhl, *Understimating cost in public works project. Error or lie?,* cit., p. 288-289).

Sulla competizione tra progetti, seppure riferendosi alle organizzazioni private, si rileva come «*Every company has only a limited amount of money and time to devote to new projects. Competition for this time and money is intense, as individuals and unit jockey to present their own proposals as being the most attractive for investment. Because forecasts are critical weapons in these battles, individuals and units have big incentives to accentuate the positive in laying out prospective outcomes*» (D. Lovallo, D. Kahneman, *Delusions of success: How optimism undermines executives' decisions,* in *Harvard Business Review*, 81, 2003, p. 56-63). Anche se sul punto mancano indagini quantitative, si è evidenziato da più parti che spesso gli errori di calcolo del budget «non sono sempre innocenti» (D. Kahneman, *Pensieri lenti,* cit., p. 336-337 ss.).

(35) B. Flyvbjerg, M. Skamris Holm, S. Buhl, *op. cit.*, p. 286.

Affinché si possa inserire un'opera nel programma le amministrazioni aggiudicatrici devono approvare preventivamente il documento di fattibilità delle alternative progettuali, di cui all'art. 23 comma 5 del codice.

(36) H. Simon, *Il comportamento,* cit., p. 51. Sui rapporti di agenzia, L. Prosperetti, A. Ghelfi, M. Merini, *op. cit.*, p. 69 ss.

(37) V. *supra,* nt. 37.

(38) Sulla nozione di influenza e in particolare casi di influenza si riporta l'acuta osservazione secondo cui «quanto maggiori siano le implicazioni distributive di una decisione economica, tanto più elevato è il rischio che si intensifichino tentativi di condizionamento potenzialmente atti a compromettere l'efficienza allocativa, o comunque a distogliere il decisore dal raggiungimento dei fini programmati» (M. Cafagno, *Lo Stato banditore*, Milano, 2001, p. 175).

(39) Nonostante la netta separazione di funzioni tra vertici politici e vertici di gestione nell'ambito dell'amministrazione italiana, non pare potersi escludere che gli agenti progettisti possano essere considerati immuni da influenze improprie che li conducano ad abbassare i costi previsti di un progetto massimamente desiderato per la necessità di coordinarlo con il vincolo del bilancio.

(40) In termini negativi verso l'appalto integrato, seppure tralasciando riferimenti ai rischi in termini comportamentali, R. De Nictolis, che afferma come

no la stima progettuale per accaparrarsi il contratto (il cosiddetto *underbidding*)[41] con l'aspettativa di recuperare il differenziale al ribasso durante l'esecuzione[42].

È interessante notare come all'origine di queste condotte opportunistiche vi sia spesso un conflitto di interessi, posto che la decisione è in capo ad un soggetto, il progettista, che va a ricoprire altre funzioni: tipicamente nell'appalto integrato, ove il progettista va a coincidere (in termini organizzativi) con l'esecutore del progetto.

Un'eventualità che potrebbe enfatizzare queste problematiche dell'appalto è il caso in cui il progettista sia una figura incardinata nell'organizzazione dell'appaltatore e dunque sia assai "vulnerabile" in termini decisori rispetto a pressioni indebite[43]. In altri ter-

---

le norme riferite all'appalto integrato siano «regole oscure e ambigue, una volta immesse nel circuito ordinamentale, rischiano di sortire risultati diversi da quelli che si proponevano». (R. De Nictolis, *La semplificazione che verrà*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2016, § 5.6.). In termini specifici auspica la separazione di ruoli tra progettista ed esecutore, C. Guccio, e altri, osservando che « the separation of the activities of project and implementation introduces a conflict of interests between the project designer and the firm implementing the work and, therefore, may limit the firm's opportunistic behaviour», C. Guccio, G. Pignataro, I. Rizzo, *op. cit.*, p. 1897.

(41) Sul fenomeno delle condotte opportunistiche di offerta sotto-stimata negli appalti di lavori in Italia, C. Guccio, G. Pignataro, I. Rizzo, che dimostrano un impatto notevole sulle problematiche esecutive: «*The opportunistic behaviour of the firm is confirmed as a very relevant determinant of adaptation costs, both in terms of the type of procurement procedure adopted and of underbidding. The results are robust and also hold when the analysis is carried out taking into account the sector effects*» (*op. cit.*, p. 1904). Anche in questo caso una progettazione più approfondita in termini di costi, appare possa prevenire tali condotte.

(42) In occasione della presentazione il 6 giugno 2019 della Relazione annuale dell'ANAC al Parlamento, il Presidente dell'Autorità ha segnalato tra le criticità del settore il fenomeno dei ribassi anomali in fase di gara, poi recuperati con il meccanismo delle varianti in fase di esecuzione. La questione è nota: l'Autorità le aveva segnalate anche in altre occasioni (Relazione annuale del 2010), evidenziando non solo la scarsa capacità e incisività nella gestione e verifica dell'esecuzione del contratto da parte del contraente pubblico ma anche la "scarsa qualificazione degli operatori economici" con conseguenti inefficienze nell'esecuzione dei contratti. Dal documento emergeva che «il più delle volte le inefficienze e le diseconomicità sono provocate dall'incapacità degli operatori economici di far fronte agli eccessivi ribassi che hanno presentato in sede di gara, al solo fine di aggiudicarsi il contratto; in tal senso, le offerte, non garantendo un'effettiva remunerativià all'offerente, determinano l'esigenza dell'operatore medesimo di integrare comportamenti opportunistici per rientrare nei propri profitti di impresa». In dottrina si osserva che: «*When a contract for a public work has been awarded, the firm can exploit the unavoidable contract incompleteness, to gain additional money over and above what has been agreed upon in the contract*» C. Guccio, G. Pignataro, I. Rizzo, *op. cit.*, p. 1895. Cfr. J.L. Guasch, *Granting and Renegotiating Infrastructure Concessions: Doing it Right*, The World Bank, Washington, DC, 2004, ha esaminato il fenomeno dal punto di vista dell'incentivo dei Governi a rinegoziare i contratti concessori.

(43) Sulla possibilità che il progettista sia interno all'organizzazione dell'appaltatore, l'orientamento è consolidato, v. Cons. St., 12 marzo 2018 n. 1539, in cui si è affermato che «trattandosi di appalto integrato, per l'affidamento, tra l'altro, della

mini, la prestazione del progettista sarà, nella maggior parte dei casi, finalizzata in maniera prioritaria alla soddisfazione dell'interesse dell'appaltatore(44).

Ad ogni modo, il verificarsi di queste tipologie di dinamiche opportunistiche sembra poter essere rafforzato da altri due fattori e cioè la consapevolezza del decisore che quasi mai i progetti a metà sono abbandonati solo perché si sono superati i costi o i tempi di realizzazione previsti(45) e, in secondo luogo, la soggezione del decisore al fenomeno della cosiddetta *escalation* ossia alla tendenza irrazionale di proseguire un progetto nonostante sia in perdita per recuperare tale perdita(46).

5. *Conclusioni: strumenti di persuasione e incentivi.* – L'analisi di alcune tra le più indagate problematiche cognitive e comportamentali porta ad un ulteriore quesito e cioè se alcuni istituti e norme possano agire come strumenti di persuasione per il superamento delle criticità evidenziate nei paragrafi precedenti e risolvere il problema dell'inadeguatezza progettuale che tanto danneggia il settore degli appalti pubblici e concessioni(47).

Alcuni studi portano a considerare che un utile strumento di superamento del *bias* dell'ottimismo potrebbe essere senz'altro l'implementazione informativa del contesto decisorio, considerato che

---

progettazione esecutiva, l'autonoma rilevanza del possesso dell'attestato SOA per la progettazione in capo alla concorrente... sarebbe coerente con la finalità perseguita dalla stazione appaltante soltanto se l'impresa concorrente avesse scelto di avvalersi ...un progettista interno, componente del proprio staff di progettazione». Cfr. Cons. St. n. 775 del 2015; n. 4715 del 2015; n. 1757 del 2013; l'orientamento risale alla legge Merloni, v. Cons. St. n. 6260 del 2005.

(44) La collaborazione tra progettista ed esecutore veniva giudicata favorevolmente da F. Titomanlio, *La collaborazione fra progettisti ed appaltatori dell'edilizia residenziale pubblica sovvenzionata ed i sistemi di contrattazione vigenti*, in *Arch. Giur. Oo. Pp.*, 1979, I, p. 21. Sul punto si rinvia a C. Linda, A. Linguiti, *op. cit.*, p. 2337.

(45) Sul punto B. Flyvbjerg, *From Nobel Prize to project Management: Getting risks right*, in *Project management Journal*, 37, 2006, p. 5-15.

(46) Si osserva che: «Facendo ricorso al concetto di avversione alle perdite tale fenomeno può essere spiegato in questo modo: trovandosi nel contesto delle perdite il decisore tende ad adottare un corso d'azione rischioso nella speranza di recuperare le perdite iniziali esponendosi però alla possibilità di subire una perdita ancora maggiore» (E. Rubaltelli, R. Rumiati, L. Savadori, *Rischio e decisione. Sistemi intelligenti*, 21(1), aprile 2009, p. 92 cfr. A. Tversky, D. Kahneman, *The framing of decisions and the psychology of choice*, in *Science*, 1981, 211, p. 453-458).

(47) Il quesito è sostanzialmente riferito alla efficacia delle norme. Sul tema fondamentali i contributi di N. Rangone, *Errori cognitivi e scelte di regolazione*, in *Analisi giuridica dell'economia,* 1, 2012, p. 1 ss., M. De Benedetto, N. Rangone, *La questione amministrativa dell'effettività: regole, decisioni e fatti*, in *Diritto Pubblico*, Bologna, 3, 2019, p. 754-755; F. Di Porto, N. Rangone, *Behavioural Science in practise: lessons for EU Rulemakers*, in A. Alemanno, A.L. Sibony, *Nudge and the law. A European perspective*, Oxford, Hart Publishing, 2015, p. 29-59

sovente i *bias* sono agevolati da una scarsa informazione del soggetto decisore.

Si è tuttavia eccepito che in alcuni casi questa dinamica potrebbe non essere sufficiente in quanto il *bias* non deriva tanto da una carenza informativa quanto piuttosto da un errore semantico o di interpretazione dei dati(48).

All'estero è stato dunque proposto per i progettisti l'utilizzo della metodologia della cosiddetta previsione in base alla classe di riferimento (*reference class forecasting*). Mediante tale metodologia il decisore, prima di svolgere la propria previsione, prende in considerazione esperienze precedenti analoghe (classe di riferimento) a quella oggetto della decisione e le utilizza quale strumento di previsione(49).

L'utilizzo dell'RCF può peraltro essere implementato dall'uso di meccanismi di AI (intelligenza artificiale) in grado di elaborare i dati a disposizione e modellizzare le esperienze in categorie omogenee(50).

Si tratta in buona sostanza di un metodo che permetterebbe decisioni più equilibrate da parte del progettista, "contro-ancorandole" a stime obiettive (sarebbe, in questo senso, uno strumento di *debias*, cioè che utilizza un *bias*, quello dell'ancoraggio, per migliorare la decisione)(51).

---

(48) In materia di sicurezza al consumo, H. Latin, *Good warnings, bad products and cognitive limitations*, in *UCLA Law Review*, 41, 1994, p. 1243-1244.

(49) Su questa metodologia il contributo di riferimento è: B. Flyvbjerg, *Curbing Optimism Bias and Strategic: Misrepresentation in Planning Reference Class Forecasting in Practice*, in *European Planning Studies*, Vol. 16, n. 1, 2005) cui rinvia anche D. Kahneman, *Pensieri lenti,* cit., *p.* 332. Per un'analisi sulle metodologie, F. Sacco, *Decisioni strategiche ed errori cognitivi*, Milano, 2001, p. 145.

(50) Tra i primi ad auspicare l'implementazione dei modelli di decisione con strumenti di AI, D.U. Galetta. Sul tema si rinvia a D.U. Galetta, J.G. Corvalán, *Intelligenza Artificiale per una pubblica amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, in *Federalismi.it (http://www.federalismi.it)*, n. 3, 2019, 6 febbraio 2019, p. 1 ss. e, più di recente, D.U. Galetta, *Algoritmi, procedimento amministrativo e garanzie: brevi riflessioni anche alla luce degli ultimi arresti giurisprudenziali in materia*, in *Riv. it. di dir. pubbl. comunit.*, fasc. 3, 2020, p. 501 ss.

In Italia l'utilizzo di sistemi di intelligenza artificiale in ambito progettuale è stato inaugurato con l'introduzione del BIM che sicuramente è un utile strumento di gestione delle opere e di raccordo tra progettazione ed esecuzione. Sul tema, G.M. Racca, *La modellazione digitale per l'integrità, l'efficienza e l'innovazione nei contratti pubblici*, in *Istituzioni del federalismo,* 3, 2019, p. 740; R. Picaro, *La modellazione informatica per l'edilizia e le infrastrutture*, in *Riv. giur. ediliz.*, fasc. 5, ed. 2018, p. 393 ss., V. Sessa, *Riforma degli appalti e Building Information Modeling*, in *giustamm.it*, 2016, 2, p. 1-9, M. Caputi, *La rivoluzione del BIM: definizione e quadro introduttivo*, in *Appalti e contratti,* 23 aprile 2018. Cfr. M. Corradino, *Considerazioni conclusive* al convegno *Il futuro dei contratti pubblici: aggregazione, analisi dati e innovazione*, Università degli Studi di Torino, 28 marzo 2019.

(51) Non sembra vi siano controindicazioni per l'utilizzo del *reference class forecasting* anche nelle fasi del procedimento di progettazione caratterizzate da

Di tali strumenti in realtà non pare esservi traccia nelle misure varate da poco dal legislatore al fine di stimolare la qualità e l'efficienza nei processi di progettazione[52]. Si avverte anzi come si ritenga di risolvere il problema dell'efficienza – non preoccupandosi dell'attendibilità delle stime progettuali – concentrando le decisioni su un unico soggetto progettista che si occupa di più livelli di progettazione.

In realtà questa impostazione sembra contraria all'assunto per cui per "pungolare" il decisore-progettista verso stime realistiche occorre che lo stesso si confronti con osservatori esterni e, ulteriormente, un suo isolamento rispetto a eventuali "influenze" negative[53].

Sembra dunque possa risultare utile creare meccanismi in grado di "segregare" la sfera decisoria del progettista da "informazioni potenzialmente pregiudizievoli"[54]. Il necessario coordinamento della progettazione con i limiti finanziari d'altra parte sarebbe assicurato dal fatto che nel caso in cui le stime (corrette) superassero un certo limite il lavoro potrebbe essere suddiviso in lotti[55].

Riguardo all'aumento della cosiddetta visione esterna sarebbe auspicabile da parte del legislatore per sconfiggere meccanismi di ottimismo dei progettisti attivare dinamiche di *devil's advocacy* o *dialectical inquiry* anche tra progettisti di diversi livelli.

Sicché la riduzione delle decisioni ad un soggetto inserita di recente dal legislatore sembra andare in un senso opposto.

È d'altra parte noto che gli individui – isolati – non sono spesso

---

discrezionalità amministrativa, considerato che le problematiche decisionali incidono su qualunque tipo di valutazione.

(52) In particolare art. 48 comma 2, d.l. 31 maggio 2021, n. 77.

(53) D. Kahneman, *Pensieri lenti,* cit., p. 332.

(54) Sembrano importanti le osservazioni che la dottrina svolge nell'ambito della disciplina della progettazione manageriale, e cioè che vi sono «*three important implications for the project management practice. First, our findings support the argument that project managers should isolate potentially biasing information such as management or customer expectations from planners*»*:* M. Lorko, M. Servatka, L. Zhang, Anchoring *in project duration estimation*, in *Journal of Economic Behavior and Organization*, (162), 2019, p. 50.

(55) I lotti indicati si suddividono in «funzionali» e «prestazionali». Per le relative definizioni v. art. 3, lett. *qq* e *ggggg* codice dei contratti pubblici del 2016 (d.lgs. n. 50 del 2016). Sul tema, in generale, S. Villamena, *Appalto pubblico e principio di suddivisione in lotti a tutela degli operatori economici di minori dimensioni*, in *Dir. amm.*, fasc. 4, 2020, p. 933. Nel recente dibattito si è rilevato da una parte della dottrina (ci si riferisce a L.R. Perfetti) che *de iure condendo*, vi sarebbe la necessita di «migliorie alla disciplina della contrattualistica pubblica. Fra queste: perfezionamento della fase di programmazione della spesa e di progettazione del bene oggetto del contratto, anche in relazione al fattore tempo» (R. Dagostino, *Oltre la Crisi. Diritto amministrativo ed economia a confronto". Università degli Studi di Catania, Dipartimento di Economia e Impresa, Aula Magna, 19-20 novembre 2018,* in *Il Processo*, fasc. 1, marzo 2019, p. 214).

consapevoli dei propri pregiudizi o dei propri ancoraggi(56) e dunque «la modifica dei processi decisionali di gruppo può essere la chiave per affrontare i pregiudizi a livello individuale»(57).

Anche in questo caso, potrebbero essere d'ausilio il potenziamento di norme e istituti già esistenti.

È il caso della verificazione che determina che dalla visione del terzo soggetto – verificatore – dipenda la conclusione positiva del procedimento.

Un ulteriore passaggio va riservato alle altre cause di sottostime progettuali.

Ci si riferisce ai meri errori, dovuti a negligenza, e alle condotte opportunistiche.

È necessario a questo proposito porre in campo incentivi ma anche misure organizzative che possano allocare la competenza delle decisioni in maniera adeguata.

Concentrandosi sulla figura del progettista gli incentivi economici(58) ma anche reputazionali(59) possono orientare in maniera determinante verso condotte desiderabili ed evitare condotte opportunistiche.

Ciò, può tuttavia avvenire solamente nel caso in cui tali incentivi vengano subordinati ad una effettiva verifica dei risultati del comportamento del decisore e incidenza positiva sul risultato(60). D'al-

---

(56) M. Simon, S. M. Houghton, K. Aquino, *Cognitive biases, risk perception, and venture formation: How individuals decide to start companies*, in *Journal of Business Venturing*, vol. 15, Issue 2, March 2000, p. 117.

(57) V. *supra,* nt. 57.

(58) Soprattutto nel caso in cui la progettazione sia interna. La letteratura economica ha infatti spiegato come, nei modelli di impresa, il prestatore di lavoro subordinato venga normalmente tenuto esente dal rischio della produzione, cui è avverso, ed usufruisca di una retribuzione fissa. Su questa distribuzione, A. Nicita, V. Scoppa, *Economia dei contratti*, Roma, 2005, p. 39, ove si nota che il datore è avverso al rischio rispetto al prestatore di lavoro.

(59) È stato affermato che «anche in epoca moderna e in comunità stabili, la necessità di mantenere la propria reputazione [sia] una motivazione più efficace delle sanzioni legali nel risolvere le dispute» (R. Ellickson, *Of Coase and Cattle: dispute resolution among neighbors in Shasta County*, in *Stanford Law Review*, 38, febbraio 1986, p. 623-687). È verosimile che tale tipologia di incentivazione funzioni soprattutto nel caso di progettazione esterna. Attualmente il modello di rating è esclusivamente riferito alla legalità. Tuttavia potrebbe estendersi anche alla reputazione.

(60) Recentemente all'art. 1, comma 1, lett. *aa,* d.l. 18 aprile 2019 n. 32, il legislatore governativo aveva modificato l'art. 113, comma 2, Codice, prevedendo l'incentivazione anche per i progettisti: tuttavia tale novità non è stata confermata in sede di conversione del decreto legge (l. 14 giugno 2019, n. 55). Sul punto si rinvia a S. D'Ancona, *L'accentramento delle funzioni e dei poteri amministrativi: il caso della progettazione delle opere pubbliche*, in *Dir. econ.,* 2021, p. 287 nt. 105. Il fallimento di questo sistema di incentivazione è riconducibile al fatto che il legislatore aveva previsto la liquidazione dell'indennità di progettazione in maniera automatica.

tra parte, nel caso di progettisti terzi occorrerebbe fornire adeguati compensi al fine di scoraggiare comportamenti in conflitto con le esigenze pubblicistiche(61).

Ugualmente, è da ritenersi che adeguate clausole di responsabilità in caso di errore progettuale incentivino il decisore-progettista a condotte efficienti o comunque a evitare condotte opportunistiche(62).

I modelli di progettazione dove vi sia una chiara delega ai privati dell'onere (e del rischio) progettuale possono dunque potenzialmente produrre progetti più rispondenti alle finalità(63). Si fa riferimento in particolare alla finanza di progetto, e in generale alla concessione, dove al progettista-esecutore siano trasferiti, con l'onere dell'elaborazione del progetto anche i correlati rischio di errore(64).

Si potrebbe notare che lo spostamento del rischio progettua-

Sulla necessaria congruità degli onorari dei progettisti esterni ai fini del vincolo di partecipazione si rinvia a quanto detto.

(61) La tematica del "compenso" adeguato al fine di creare un incentivo per i progettisti "esterni" a contrarre con l'amministrazione vale anche con riferimento alla esatta calibrazione degli importi dei premi liquidati ai progettisti nei concorsi. Il comma 8 dell'art. 23, codice prevede infatti che il Ministro della giustizia approva, con proprio decreto, le tabelle dei corrispettivi commisurati al livello qualitativo delle prestazioni e delle attività di progettazione. I predetti corrispettivi sono utilizzati dalle stazioni appaltanti quale criterio o base di riferimento ai fini dell'individuazione dell'importo da porre a base di gara dell'affidamento (per l'affidamento della progettazione, naturalmente). Anche se, nella prassi si è avuto modo di riscontrare che i bandi di progettazione denotino una particolare disattenzione delle stazioni appaltanti nella determinazione delle poste economiche a base delle gare.

(62) È noto che «gli istituti risarcitori si prestano ad essere indagati vuoi come strumenti di ripartizione del rischio vuoi come strumenti di ripartizione del danno. La minaccia della sanzione patrimoniale, nell'intensità determinata dai criteri di suddivisione dell'alea tra potenziali vittime e potenziali offensori, opera, *ex ante*, orientando i comportamenti dei consociati» (M. Cafagno, *Contratti pubblici, responsabilità amministrativa e "burocrazia difensiva*, in *Econ. dir.*, 3, 2018, p. 626. Sul tema, si rinvia a G. Calabresi, *Costo degli incidenti* trad. it., Milano, 2015; P. Trimarchi, *La responsabilità civile*, Milano, 2017.

(63) In senso positivo per il modello della progettazione esterna, T.L Brown, M. Potoski, D.M. van Slyke, *Contracting for complex product,* in *Journal of Public Administration Research and Theory*, January 2010, p. 56.

(64) Sul punto, E. Iossa, D. Martimort, *The simple micro-economics of public-private partnerships*, in *Research Paper Series*, CEIS, Tor Vergata, vol. 6, issue 12, n. 139, 2013, p. 16-17.

Sulla concessione e sul tratto caratterizzante del trasferimento del rischio in capo al concessionario, G.F. Cartei, *La concessione di lavori pubblici,* in *L'intervento pubblico nell'economica*, a cura di M. Cafagno, F. Manganaro, in *'A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana'* a cura di L. Ferrara, D. Sorace, Firenze University Press, 2016, p. 430 ss.

Nell'ambito dell'appalto integrato, si verifica l'opposto, in ragione di una tendenziale ambiguità con riferimento alla distribuzione della responsabilità tra progettista della stazione appaltante e progettista-esecutore. Non conforme a questa osservazione, A.L.G. Ciribini, S. Mastrolembo Ventura, M. Bolpagni, *La validazione del contenuto informativo è la chiave del successo di un processo BIM-based*, in *Territorio Italia*- Agenzia delle entrate, vol. 2, 2015, p. 12.

le sul progettista comporterebbe un effetto negativo consistente nell'ingenerare comportamenti inefficienti, scoraggiando progettazioni innovative, ma rischiose(65).

Si ritiene tuttavia che tale criticità possa essere superata dalla previsione di un sistema di assicurazione abbastanza bilanciato che possa coprire il decisore in caso di errore senza tuttavia elidere gli effetti deterrenti della responsabilità rispetto alle condotte opportunistiche(66).

Anche l'assetto organizzativo si ritiene possa giocare un ruolo importante nell'incentivazione dei progettisti a condotte virtuose o, al contrario, nel facilitare comportamenti opportunistici.

Innanzitutto è evidente che ai fini dell'ideazione di un sistema di incentivazione adeguato il legislatore debba eliminare ogni possibile conflitto di interessi che possa interferire sull'obiettività della decisione del progettista.

A questo proposito, alcune perplessità in questo senso possono essere mosse verso la figura dell'appalto integrato in cui il progettista coincida con l'esecutore e, tra l'altro, rimane poco chiara la distribuzione della responsabilità in caso di errore progettuale considerato che all'esecutore-progettista è riservata solamente la redazione del progetto esecutivo. Alcuni in dottrina hanno allora chiamato in causa modelli contrattuali alternativi quali il *leasing* o ai *performance-based contracting* o ancora al *construction management*.

Altri, hanno volto l'attenzione a sistemi diversi da quello italiano. A questo proposito si è evidenziato come modelli contrattuali "collaborativi", che affianchino il contratto principale di appalto o concessione, possano essere utili strumenti per incentivare condotte virtuose(67).

---

(65) F. Denozza, *op. cit.*, p. 93. L'autore osserva, a proposito delle clausole di responsabilità per gli amministratori di società: «è evidente che in un simile contesto l'amministratore avrà interesse a comportarsi come un cautissimo burocrate ed i soci investitori sopporteranno oltre ai costi materiali delle procedure di controllo anche i costi indiretti conseguenti alla tendenziale rinunzia da parte degli amministratori ad ogni opportunità di investimento che presenti margini pur limitati di rischio».

(66) Cfr. art. 24, comma 4, codice. In dottrina, M. Ferlini, *La responsabilità dei progettisti di opera pubblica*, in questa *Rivista*, fasc. 4, 2005, p. 1109. La garanzia, come richiesto dal punto 4.1 della parte II delle Linee guida ANAC n. 1/2019, deve coprire anche i rischi derivanti da errori o omissioni nella redazione del progetto definitivo o esecutivo che abbiano determinato a carico della stazione appaltante nuove spese di progettazione e/o maggiori costi.

(67) Gli accordi collaborativi – collegati ma indipendenti rispetto al principale contratto di appalto – «sono un congegno logico che si articola su un livello macro più generale e a spettro più ampio rispetto a quello che riguarda i singoli contratti che legano, per esempio, l'appaltatore al committente, il direttore dei lavori al committente, il subappaltatore all'appaltatore, il fornitore all'appaltatore e così via... L'accordo collaborativo può avere oggetto più o meno esteso, e può essere utilizzato per coordinare contratti già assegnati con procedure di gara o con altre modalità,

L'efficacia tali modelli sembra risiedere nel fatto che l'accordo collaborativo dovrebbe predeterminare non solo compiti e responsabilità dei soggetti che partecipano all'operazione contrattuale ma anche modalità di componimento degli interessi in gioco nel caso emergano problematiche progettuali connesse alla sfera del decisore-progettista.

È dunque evidente come una risoluzione dei problemi possa avvenire solamente attraverso una seria sperimentazione degli strumenti di incentivazione e una successiva analisi dei dati da cui poter derivare una corretta politica normativa.

---

ad imprese o a professionisti» S. Valaguzza, *Gli accordi collaborativi come elemento cruciale per una regolazione strategica nel settore delle costruzioni*, ANAC, Working Paper, 1, 5, 2019, p. 6. Ed ancora:« In linea generale, le tecniche di *collaborative contracting* o *alliancing* intendono introdurre una disciplina della collaborazione, articolata su vari livelli e che aggrega diversi rapporti contrattuali, allo scopo di affrontare imprevisti ed emergenze, per cogliere opportunità in maniera propositiva; l'alleanza che l'accordo collaborativo viene a creare ingaggia ogni componente della collaborazione nella ricerca di un valore aggiunto di cui il committente potrà beneficiare, assieme a tutti i membri della collaborazione, che godranno di un'interazione efficiente e premiante non a fronte di posizioni conflittuali che sfocino in recriminazioni economiche aggiuntive (per esempio, per costi o tempi non previsti), ma solo per via di effettivi vantaggi che la collaborazione arrecherà al programma che il committente pubblico intende realizzare. Gli accordi collaborativi, in altri termini, hanno la configurazione di una rete che rende trasparente e disciplina la relazione tra contratti con fonte giuridica e parti differenti; essi creano una mappa e una regolamentazione, chiara e condivisa, della cooperazione volta alla creazione di valore pubblico» (p. 7). Sul tema, anche Id., *Gli accordi collaborativi nel settore pubblico: dagli schemi antagonisti ai modelli dialogici*, in *Dir. econ.*, 2, 2019, p. 255 ss.

EVENTI E SEGNALAZIONI

S. D'Ancona, *Contributo allo studio della progettazione in materia di appalti e concessioni. Una prospettiva dalle scienze comportamentali e cognitive*, Hoepli, Torino, 2021.

L'interesse rivolto alla progettazione dei contratti pubblici è emerso di recente alla luce di una rinnovata attenzione alla razionalizzazione della spesa pubblica e alla comprensione dei profili critici che sovente investono l'efficacia della contrattazione pubblica. La monografia analizza la progettazione negli appalti pubblici e nelle concessioni, attraverso due direttrici. La prima è quella relativa all'analisi della progettazione nel quadro giuridico-amministrativo di riferimento: in specie, con riguardo alla sua funzione e ai suoi profili procedurali e organizzativi. La seconda direttrice declina tale quadro giuridico amministrativo nella prospettiva delle scienze comportamentali e cognitive: la progettazione si configura qui come il risultato di un processo di decisione complesso, che coinvolge il progettista, il responsabile del procedimento e il verificatore. Lo studio intende indagare e verificare la sussistenza di una relazione tra gli errori e le inadeguatezze progettuali e la razionalità limitata dei comportamenti amministrativi di questi soggetti.

* * *

Conoscere il PNRR. guida alle parole chiave per capire regole, strumenti e funzionamento a cura di M. Cozzio, Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna, 2022.

Il volume è pensato per facilitare la conoscenza delle regole, degli strumenti e del funzionamento del più imponente piano di misure mai finanziato in Europa, oltre 2mila miliardi di euro (tra strumenti straordinari e consolidati) per stimolare investimenti che spingano la ripresa e riforme che rendano sostenibili le economie nazionali. Si tratta di misure che le istituzioni dell'Unione europea e gli Stati membri hanno predisposto in tempi brevi per far fronte ad un contesto reso particolarmente problematico dalle emergenze pandemiche e climatiche. Inutile dire che non esistono formule magiche risolutive, tanto più che ancora non ve-

diamo con chiarezza quello che potrà succedere tenuto conto della virulenza della crisi avviata dalla diffusione del Covid-19 e aggravata dal conflitto in Ucraina. Ad ogni modo non mancano segnali positivi come quelli che dimostrano la capacità degli Stati di condividere soluzioni nuove per sostenere le proprie economie, con scelte non prive di rischi e complessità. Ad esempio, l'Unione europea raccoglierà attraverso lo strumento denominato *Next Generation EU* 806,9 miliardi di euro facendo ricorso per la prima volta all'emissione di debito comune sui mercati finanziari. L'operazione è gestita dalla Commissione europea e garantita in solido da tutti gli Stati membri. L'affidabilità e il *rating* finanziario dell'UE consente di effettuare questa operazione con costi meno elevati rispetto a quelli che gli Stati avrebbero negoziato singolarmente. In questo modo la Commissione europea è diventata uno dei maggiori emittenti di titoli di debito in euro, il principale a livello mondiale per quanto riguarda obbligazioni sociali e verdi (si consideri che il 30% del totale delle obbligazioni emesse dalla Commissione nell'ambito del *Next Generation EU* sono obbligazioni verdi). Questa massiccia iniezione di risorse transiterà negli Stati membri attraverso l'attuazione dei Piani nazionali per la ripresa e la resilienza (PNRR) che descrivono in modo dettagliato le azioni da intraprendere con i soldi in arrivo. Ogni Stato può presentare il proprio piano nel rispetto di condizionalità, obiettivi e modalità definite in modo uniforme a livello europeo. L'erogazione delle risorse è poi rigorosamente vincolata alla dimostrazione del raggiungimento dei risultati promessi nei tempi stabiliti. Il piano dell'Italia ha avuto accesso alla quota di risorse più importante tra tutti gli Stati membri, oltre 200 miliardi di euro, più della metà dei quali – concessi a prestito – dovranno essere restituiti. Ci troviamo quindi di fronte ad una quantità straordinaria di risorse per la realizzazione di un programma di investimenti e riforme tanto vasto quanto concentrato nel tempo (entro il 31 dicembre 2026 tutti i piani nazionali dovranno essere conclusi). Al contempo, non può sottacersi che l'impiego di queste risorse e l'effettivo raggiungimento dei risultati previsti dal piano rappresentano una sfida altrettanto straordinaria. Per la corretta attuazione del piano l'Italia dovrà essere in grado di gestire ogni anno, oltre alle attività ordinarie, più di cinquanta miliardi di euro di pagamenti realizzando investimenti e riforme. Per centrare questo obiettivo si stanno attivando misure di rafforzamento del personale e dei mezzi delle amministrazioni, si stanno discutendo importanti riforme di semplificazione delle norme e degli adempimenti procedurali nei settori più rilevanti (giustizia, concorrenza, appalti pubblici, ecc.), predisponendo al contempo un articolato sistema di controllo e monitoraggio. Si tratta di inter-

venti straordinari che meritano attenzione da parte di tutti gli attori del sistema, compresa l'intera cittadinanza.

Il volume si propone quindi come strumento di conoscenza per cittadini, operatori e funzionari dell'articolato insieme di regole e strumenti predisposti dalle Istituzioni per il rilancio delle economie nazionali. Lo scopo è perseguito individuando e descrivendo i termini che costituiscono l'alfabeto minimo per quanti sono chiamati a investire e gestire le risorse del PNRR, per quanti possono essere interessati a cogliere le opportunità offerte, per quanti nella società civile possono contribuire al buon utilizzo delle risorse presidiando in modo attivo le attività istituzionali di monitoraggio e rendicontazione.

Nella prima parte del volume, i termini sono suddivisi in cinque capitoli (I. Strumenti e regole europee, II. Struttura, III. *Governance*, IV. Funzionamento, V. Valutazione, monitoraggio e rendicontazione) e riguardano l'articolazione e il funzionamento del PNRR sulla base delle disposizioni europee e di quanto stabilito a livello nazionale. I termini selezionati sono quelli più ricorrenti e utili per disporre di una visione per quanto possibile d'insieme. Le descrizioni privilegiano la comprensione del significato dei termini, limitando a quanto necessario i tecnicismi; le descrizioni sono integrate da illustrazioni e collegamenti a filmati, siti *web*, interviste, documenti, ecc.

Nella seconda parte sono raccolti i termini che riguardano gli appalti pubblici, suddivisi in tre capitoli (VI. Organi, VII. Procedure, VIII. Istituti, strumenti e soluzioni). Quello degli appalti è un settore strategico, investito di funzioni di sostegno e rilancio dell'economia, da sempre, ma in particolare in questa contingenza, proprio in relazione alle aspettative collegate alle risorse disponibili. Non va dimenticato che gran parte di esse transita/transiterà attraverso il mercato dei contratti pubblici. I termini selezionati sono principalmente quelli oggetto di norme speciali, talvolta derogatorie, spesso con finalità di semplificazione e speditezza, introdotte dal legislatore per rispondere alla tempestiva attuazione delle misure del piano. Anche le descrizioni di questa seconda parte sono integrate con collegamenti a siti web, interviste, documenti attuativi.

La realizzazione del volume è stata possibile grazie alla collaborazione, generosa, pronta ed esperta di Andrea Bellucci, Antonino Di Giuseppe, Alessia Dini, Giovanni Lombardo, Pasquale Pantalone, Nicoletta Parisi, Maria Rovero, Federico Smerchinich, Edoardo Tozzo, Giada Turato, Daniela Vellutino, Alessandro Vetrano, Eleonora Villa, Francesco Zuffada.

* * *

Dalle regole ai comportamenti. conversazioni in tema di amministrazione e persuasione a cura di M. Cafagno, E. Boscolo, C. Leone, M. Barbera, M. Fazio, G. Cavalieri, Milano-Udine, 2022.

Il volume raccoglie le riflessioni condivise durante il ciclo di incontri promossi a cavallo del 2020 e 2021 dal gruppo di studio dell'Università dell'Insubria coordinato dal prof. Maurizio Cafagno sul tema dell'applicazione degli insegnamenti delle scienze comportamentali alle politiche pubbliche. Si tratta di argomenti sfidanti, finora poco praticati dai giuristi: basandosi sulle regolarità comportamentali degli individui, permettono di capire, e prevedere, se e quanto regole ed altre soluzioni di *policy* sono efficaci rispetto alle finalità che perseguono. Le conoscenze impegnate attingono alla psicologia (cognitiva, sociale, antropologica), alla psicometria, alle neuroscienze, si avvantaggiano della disponibilità di grandi moli di dati e di potenti capacità computazionali per la loro analisi. Ne derivano sviluppi promettenti e importantissimi, che possono contribuire, tra l'altro, al miglioramento della qualità e dell'efficacia delle regole; in alcuni settori, l'analisi comportamentale rappresenta uno strumento già ampiamente utilizzato, in altri settori invece rimane in gran parte inesplorato.

Il volume è articolato in sei parti che spaziano dal rapporto tra pubblica amministrazione e *nudge*, alle soluzioni per indurre comportamenti cooperativi nella gestione di beni comuni, al ruolo della società civile (*rectius*: della partecipazione) nella formazione delle regole, al ruolo della persuasione nella formazione e nel comportamento dei funzionari, all'analisi delle regole applicata seguendo un approccio empirico. Nel complesso 35 contributi resi da autorevoli autori appartenenti al mondo accademico e di provenienza eterogenea (dalle scienze pure a quelle umanistiche): scelta che non sorprende tenuto conto del fatto che questo del pluralismo è il primo importante insegnamento portato dalle scienze comportamentali.

TUTTI I DIRITTI RISERVATI
È vietata la riproduzione, anche parziale, del materiale pubblicato senza autorizzazione dell'Editore.
Le opinioni espresse negli articoli appartengono ai singoli autori, dei quali si rispetta la libertà di giudizio, lasciandoli responsabili dei loro scritti.
L'autore garantisce la paternità dei contenuti inviati all'Editore manlevando quest'ultimo da ogni eventuale richiesta di risarcimento danni proveniente da terzi che dovessero rivendicare diritti su tali contenuti.

Condizioni di abbonamento

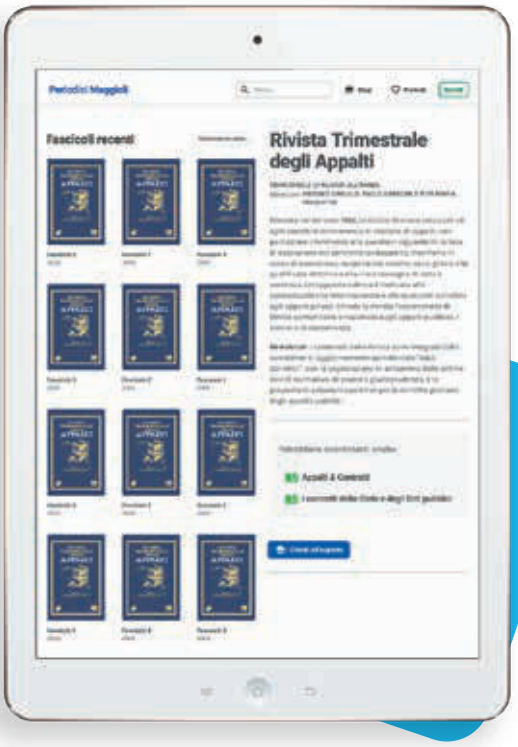
Prezzi di abbonamento ANNUALE:
• RIVISTA CARTACEA + DIGITALE
euro 240,00 (Iva inclusa).
• RIVISTA DIGITALE (pdf)
euro 159,00 (Iva inclusa al 4%).
Abbonamento TRIENNALE:
questa formula di abbonamento prevede il 10% di sconto sul prezzo di listino che rimane bloccato per tre anni.
• Il prezzo di una copia della Rivista è di euro 67,00
• Il prezzo di una copia arretrata è di euro 70,00
L'abbonamento alla Rivista dà diritto ad una serie di utili servizi on line inclusi: Archivio storico digitale, Newsletter, Esperto risponde e Videocorsi on line.
Per maggiori informazioni: www.periodicimaggioli.it
Il pagamento dell'abbonamento deve essere effettuato con bollettino di c.c.p. n. 31666589 intestato a Maggioli s.p.a. – Periodici – Via del Carpino, 8 – 47822 Santarcangelo di Romagna (RN).
La Rivista è disponibile anche nelle migliori librerie.
L'abbonamento decorre dal 1° gennaio con diritto di ricevimento dei fascicoli arretrati e avrà validità per un anno. "In mancanza di esplicita revoca, da comunicarsi in forma scritta entro il termine di 45 giorni successivi alla scadenza dell'abbonamento, la casa editrice, al fine di garantire la continuità del servizio, si riserva di inviare il periodico anche per il periodo successivo. La disdetta non sarà ritenuta valida qualora l'abbonato non sia in regola con tutti i pagamenti. Il rifiuto o la restituzione dei fascicoli della Rivista non costituiscono disdetta dell'abbonamento a nessun effetto.
I fascicoli non pervenuti possono essere richiesti dall'abbonato non oltre 20 giorni dopo la ricezione del numero successivo".
La disdetta non è comunque valida se l'abbonato non è in regola con i pagamenti.
Il rifiuto o la restituzione dei fascicoli della Rivista non costituiscono disdetta dell'abbonamento a nessun effetto. I fascicoli non pervenuti possono essere richiesti dall'abbonato non oltre 20 giorni dopo la ricezione del numero successivo.

L'abbonamento alla tua rivista include

Formazione online

È uno dei servizi inclusi nel tuo abbonamento "Unico" della Rivista Trimestrale degli Appalti che garantisce un'informazione costante e tempestiva sulle principali novità giuridico-normative che riguardano il settore.

In ogni singolo appuntamento è anche approfondito un tema specifico di particolare interesse per gli addetti ai lavori: veri e propri focus dal taglio pratico ed operativo.



Per accedere al servizio

Collegati alla pagina della rivista su periodicimaggioli.it, **effettua il login e clicca su**

Video corsi

Utilizza tutti i servizi inclusi nel tuo abbonamento su:

www.periodicimaggioli.it

MAGGIOLI EDITORE

CONOSCERE IL PNRR

150 parole chiave per capire regole, strumenti e funzionamento del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza

Luglio 2022 - Codice 88.916.5938.5
F.to 17x24 - **Pag. 376 - € 34.00**

Mai l'Unione europea ha conosciuto una stagione così intensa di programmi sorretti da risorse reali per far correre le economie nazionali verso un futuro sostenibile. Questa massiccia iniezione di risorse passa attraverso i Piani nazionali di ripresa e resilienza (PNRR), con i quali ogni Stato definisce obiettivi, azioni e tempi di realizzazione. L'Italia ha ottenuto per il proprio PNRR la quota di risorse più importante tra tutti gli Stati dell'UE, oltre 200 miliardi di euro, più della metà dei quali sono concessi a prestito e dovranno essere restituiti. L'impiego di queste risorse e il raggiungimento dei risultati previsti rappresentano una sfida che richiede il coinvolgimento di tutti, funzionari pubblici e privati, imprenditori, la cittadinanza intera.

Nel volume vengono descritte le parole che costituiscono l'alfabeto minimo del PNRR. Lo scopo è facilitare la conoscenza di regole, di strumenti e del loro funzionamento attraverso descrizioni comprensibili anche a non esperti, integrate con collegamenti a filmati, interviste e documenti per chi desidera approfondire.

Il volume è diviso in due parti; nella prima sono raccolti i termini che riguardano il PNRR, ripartiti in cinque capitoli: I. Strumenti e regole europee, II. Struttura, III. Governance, IV. Funzionamento, V. Valutazione, monitoraggio e rendicontazione. Nella seconda parte sono raccolti i termini che riguardano gli appalti pubblici, mercato strategico attraverso il quale transitano gran parte delle risorse del PNRR; essi sono ripartiti in tre capitoli: VI. Organi, VII. Procedure, VIII. Istituti, strumenti e soluzioni.

iLibro

L'acquisto dell'opera include l'accesso alla versione digitale iLibro.

MICHELE COZZIO

è professore a contratto presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento, con docenze in università italiane ed estere.

CON INTERVENTI DI:

Andrea Bellucci, Antonella Cupiccia, Antonino Di Giuseppe, Alessia Dini, Giovanni Lombardo, Pasquale Pantalone, Nicoletta Parisi, Maria Rovero, Federico Smerchinich, Edoardo Tozzo, Giada Turato, Daniela Vellutino, Alessandro Vetrano, Eleonora Villa, Francesco Zuffada

SERVIZIO CLIENTI Tel +39 0541 628200 - clienti.editore@maggioli.it

MAGGIOLI EDITORE