



FRANCESCO **BAVETTA**
DIANA ELENA **BRICI**
ILARIA **MADEO**
PIERDANILO **MELANDRO**

APPALTI PUBBLICI DI SERVIZI

La tutela delle lavoratrici
e dei lavoratori nel Codice
dei contratti pubblici

SECONDA EDIZIONE



Materiali



Centro studi

Nel 2007 nasce, quale diramazione organizzativa del Ce.Mu. Centro Multiservizi, il Centro studi sociali per il terziario, turismo e servizi Filcams CGIL, al fine di promuovere e coordinare studi e ricerche in campo sociale e del lavoro e sulle tematiche previdenziali, assistenziali e assicurative.

L'azione e l'organizzazione del Centro studi ruotano attorno a una serie di ambiziosi progetti, che puntano alla promozione, all'attuazione e al coordinamento di attività di studio e ricerca nei settori sindacale e del lavoro, della previdenza e della sicurezza sociale, del welfare contrattuale e della responsabilità sociale delle imprese.

Si tratta di progetti di ampio respiro e di grande spessore culturale, sempre con un occhio di riguardo agli scenari, alle tematiche, all'evoluzione e alle innovazioni, sia a livello nazionale sia internazionale, che caratterizzano i comparti del terziario, del turismo e dei servizi.

Particolarmente importante è il lavoro realizzato dal Centro studi per l'Osservatorio sul terziario di mercato, progetto avviato nel 2011 in collaborazione con alcuni tra i maggiori esperti nel settore e condotto continuamente, seppur con tempistiche e uscite differenti. I dati dell'Osservatorio offrono un insieme articolato e puntuale di informazioni di carattere tecnico, elementi indispensabili di conoscenza nel confronto negoziale tra le parti sociali e nella difesa delle condizioni e dei diritti dei lavoratori.

Il Centro studi cura la raccolta, conservazione e catalogazione, in un apposito archivio storico informatico, di pubblicazioni e materiale documentario relativo all'attività sindacale e alle tematiche del lavoro.

Per il conseguimento e nell'ambito di tali finalità il Centro studi si mette in relazione con organismi universitari e altri enti e gruppi di ricerca, e si avvale della consulenza di ricercatori, studiosi ed esperti nel campo delle problematiche individuate. Si occupa inoltre di promuovere e stimolare forme di incontro, scambio, comunicazione e confronto, nonché di divulgazione e di collaborazione scientifica interdisciplinare, anche attraverso l'organizzazione di convegni, seminari e ogni altra iniziativa volta a valorizzare, approfondire e diffondere il materiale culturale e informativo prodotto.



Centro Multiservizi

Il Centro Multiservizi Ce.Mu. svolge la propria attività nel settore comunicativo ed editoriale, della ricerca, della formazione e informazione, della promozione del sistema bilaterale.

In relazione a un'area così vasta e complessa, l'offerta di Ce.Mu. si concretizza in una serie di servizi che rispondono a specifiche esigenze e si sviluppano su più versanti:

- pubblicazione di studi, ricerche, materiale informativo e volumi di pregio ad alto valore culturale, propri e di terzi, anche di carattere digitale, relativi alla sfera sociale e lavorativa;
- impostazione e allestimento di campagne informative e servizi promozionali connessi alla sua attività;
- gestione di siti internet dedicati al settore del terziario e al suo sistema bilaterale, attraverso la redazione di contenuti, notizie, approfondimenti e di una newsletter periodica che rappresentano un efficace strumento di promozione e conoscenza per aziende, lavoratori, professionisti del settore;
- formazione professionale e sindacale;
- organizzazione di seminari, congressi, convegni e incontri tematici;
- attuazione di capillari campagne informative sulle tematiche previdenziali, assistenziali e assicurative e costruzione, sul territorio, di un servizio di rete al fine di far conoscere a lavoratrici e lavoratori le modalità per usufruire delle prestazioni e dei rimborsi;
- in stretto e costante collegamento con l'Ufficio Stampa Filcams CGIL, Ce.Mu. infine è di supporto a Filcams nella fornitura di servizi comunicativi.

La sede operativa è in Viale Glorioso, 11 - 00153 Roma • www.ce-mu.it • info@ce-mu.it

Francesco Bavetta, Diana Elena Brici,
Ilaria Madeo, Pierdanilo Melandro

Appalti pubblici di servizi
La tutela delle lavoratrici e dei lavoratori
nel Codice dei contratti pubblici

Seconda edizione

Il presente volume, frutto della collaborazione tra Itaca e Ce.Mu. Centro Multiservizi Srl nell'ambito del Comitato tecnico scientifico del *Centro studi sociali per il terziario, turismo e servizi Filcams Cgil*, è stato realizzato prendendo a riferimento normativa europea, nazionale e regionale, sentenze di giurisprudenza amministrativa e documenti dell'Autorità nazionale anticorruzione. I riferimenti di dottrina, molto autorevoli e utili alla migliore definizione degli argomenti, sono limitati e riportati esclusivamente in nota.

Autori: Francesco Bavetta (dirigente Uoc Gare strategiche Estar), Diana Elena Brici (contract manager PagoPa Spa), Ilaria Madeo (funzionario specialista giuridico legale finanziario della Presidenza del Consiglio dei ministri), Pierdanilo Melandro (direttore Gare, acquisti e contratti pubblici di PagoPa Spa).

Le opinioni espresse dagli autori non intendono rappresentare l'amministrazione di appartenenza.

PRIMA EDIZIONE: 2015

© Futura, 2024

Corso d'Italia, 27 - 00198 Roma

www.futura-editrice.it

Tel. 06 44870283 - 06 44870325

futura-editrice@futura.cgil.it

Stampato su carta Nautilus riciclata FSC

Indice

Premessa	11
Gli appalti pubblici in pillole	13
1) Il contratto di appalto	13
2) La procedura di gara d'appalto	13
3) Il Bando	14
4) Requisiti di partecipazione alle gare d'appalto	14
5) I criteri di aggiudicazione delle offerte	15
6) Comprova dei requisiti in capo al miglior offerente	15

Parte prima

LA DISCIPLINA DEI CONTRATTI PUBBLICI

1. Le fonti della disciplina dei contratti pubblici	19
1.1. Quale disciplina regola i contratti pubblici?	19
1.2. Le ulteriori norme applicabili ai contratti pubblici	22
1.3. La gerarchia delle fonti: le fonti primarie e fonti secondarie	24
1.4. Gli altri strumenti flessibili predisposti a cura di Anac	25
1.5. L'ulteriore normativa di riferimento: il Codice Antimafia	26
1.6. Le scelte operate con la redazione del nuovo Codice – Una legislazione per principi	27
1.7. Rapporto tra principi e il rinvio a normativa esterna	47
1.8. Prime conclusioni	47
1.9. Un nuovo motore: la digitalizzazione	48

2. Il Codice dei contratti pubblici	51
2.1. La struttura	51
2.2. L'ambito soggettivo: a quali soggetti si applica il Codice dei contratti pubblici?	51
2.3. La qualificazione delle stazioni appaltanti	55
2.4. Le centrali di committenza	66
2.5. I soggetti aggregatori	68
2.6. Gli operatori economici	71
2.7. I requisiti generali	80
2.8. I requisiti speciali	94
2.9. L'avvalimento	95
2.10. Distinzione tra appalti sopra soglia eurounitaria e sottosoglia eurounitaria	100
2.11. La disciplina dei contratti sottosoglia	101
2.12. Gli appalti sopra soglia	112
2.13. L'obbligo di suddivisione in lotti e il divieto di artificioso frazionamento	113
2.14. Le tipologie di procedure di affidamento	117
2.15. La scelta tra le procedure	122
2.16. I tempi di conclusione delle procedure (cosa cambia)	123
3. Le fasi dell'evidenza pubblica: il ciclo di vita del contratto	125
3.1. Gli atti prodromici alla procedura	126
3.2. La progettazione di servizi	132
3.3. La fase dell'affidamento: dall'adozione della decisione di contrarre alla stipula del contratto	137
3.4. La scelta del miglior offerente	141
3.5. Verso l'aggiudicazione	157
3.6. L'esecuzione del contratto	160
3.7. Ricapitoliamo: quali sono le fasi di una procedura di gara per l'affidamento di servizi?	171
Appendice n. 1. Formule per l'attribuzione del punteggio all'elemento prezzo	176

Parte seconda

LA TUTELA DEI LAVORATORI NEI CONTRATTI PUBBLICI

1. Il quadro normativo eurounitario	183
1.1. Il Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea, la Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea e la posizione della Commissione europea	183
1.2. La direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici che abroga la direttiva 2004/18/CE	187
1.3. La posizione della Corte di Giustizia dell'Unione europea in relazione alle tutele del lavoro e dei lavoratori con riferimento agli appalti pubblici e alla normativa in materia di distacco dei lavoratori	194
1.4. La direttiva (UE) 2022/2041 del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 ottobre 2022 relativa a salari minimi adeguati nell'Unione europea	201
2. La tutela del lavoro nell'ordinamento interno e le clausole sociali nel d.lgs. 50/2016	209
2.1. La tutela del lavoro nel d.lgs. 50/2016	209
2.2. Le clausole sociali nel d.lgs. 50/2016	211
2.3. Conclusioni sulla tutela del lavoro e sulle clausole sociali nel d.lgs. 50/2016 con una prospettiva verso il nuovo Codice dei contratti pubblici	221
3. La tutela dei lavoratori nel nuovo Codice dei contratti pubblici d.lgs. 36/2023	223
3.1. Introduzione	223
3.2. La legge delega	225
3.3. Il ruolo del Consiglio di Stato	227
3.4. Il nuovo Codice dei contratti pubblici	228
3.5. Conclusioni	292
Appendice n. 2. Il Subappalto	294

Appalti pubblici di servizi

Premessa

Ogni anno, nell'Ue, oltre 250.000 autorità pubbliche spendono circa 2.000 miliardi di euro (circa il 13,6% del Pil) per l'acquisto di servizi, lavori e forniture.

Per tale ragione, dato il loro volume nonché il peso finanziario, gli appalti pubblici costituiscono un'importante leva strategica oltre che per rilanciare l'economia anche per perseguire importanti obiettivi sul piano sociale. È, infatti, indubbio che l'esistenza di procedure di appalto pubblico efficienti sia essenziale per risolvere alcune fra le principali sfide strategiche dell'Unione europea. Tra queste si annoverano la crescita e l'occupazione, la disciplina di bilancio, la digitalizzazione dell'amministrazione pubblica, la lotta contro corruzione e collusione, l'accesso al mercato per le Pmi, la fiducia dei cittadini nelle autorità pubbliche e nella democrazia, nonché l'innovazione e la crescita sostenibile a livello ambientale e sociale.

Dato, dunque, il fondamentale ruolo degli appalti pubblici, la disciplina di tale materia è da sempre al centro dell'attenzione da parte del legislatore che è intervenuto con incessanti modifiche normative che, anziché semplificare, si sono rivelate foriere di ulteriori incertezze applicative.

Il nuovo Codice dei contratti pubblici, approvato con d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, in attuazione della legge delega 21 giugno 2022, n. 78, presenta profili innovativi.

Quanto ai contenuti, tra le principali novità vi è senza dubbio l'introduzione, nella prima parte del Codice, di undici principi generali, tra cui il principio di applicazione dei contratti collettivi nazionali di settore.

Quanto alla impostazione, il nuovo Codice non rinvia a ulteriori provvedimenti attuativi ed è immediatamente autoesecutivo. Fondamentale rilievo assumono gli allegati al Codice (legislativi in prima applicazione, regolamentari a regime), destinati ad assorbire in gran parte le linee guida Anac e i regolamenti ancora vigenti.

In questo rinnovato contesto, il volume *Appalti pubblici di servizi. La tutela delle lavoratrici e dei lavoratori nel Codice dei contratti pubblici* ha l'intento di fornire dei punti fermi non solo a chi opera nel settore ma, soprattutto, a tutti coloro che approcciano per la prima volta la materia dei contratti pubblici. A quasi un anno dalla pubblicazione del d.lgs. 36/2023, è necessario infatti fornire le indicazioni di contesto e gli indirizzi di base per comprendere e valutare il lavoro delle stazioni appaltanti.

Al fine di compendiare i temi di maggiore interesse e rendere di facile consultazione il presente lavoro, sono stati descritti gli istituti con diversi livelli di approfondimento.

Inoltre, tale lavoro ha l'obiettivo di fornire uno strumento con cui poter comprendere le ripercussioni che la disciplina dei contratti pubblici ha avuto e avrà nella tutela delle lavoratrici e dei lavoratori, considerato che oggi si avverte l'esigenza di rendere il funzionamento dei contratti pubblici più efficiente e trasparente possibile.

Con riguardo al metodo, il volume è suddiviso in due parti:

- nella prima viene presentata, anche attraverso l'ausilio di schemi riassuntivi e di grafici, la disciplina dei contratti pubblici di servizi nei suoi fondamenti essenziali, con un focus dedicato alla nuova codificazione per principi; ci si soffermerà, altresì, sulle principali distinzioni tra vecchio (d.lgs. n. 50/2016) e nuovo Codice (d.lgs. n. 36/2023);
- nella seconda parte, invece, vengono approfondite le tematiche afferenti alla tutela del lavoro nei contratti pubblici e al subappalto, anche mediante l'analisi delle pronunce giurisprudenziali europee e nazionali di maggior rilievo, susseguitesesi negli ultimi anni.

Il volume è, altresì, accompagnato da «box». Tra questi, alcuni coadiuvano il lettore a soffermarsi su elementi particolarmente significativi della trattazione; altri assolvono la funzione di approfondire alcune tematiche di rilevante interesse.

La trattazione del volume è anticipata da una breve parte introduttiva, *Gli appalti pubblici in pillole*, contenente i concetti indispensabili per comprendere la successiva analisi.

Gli appalti pubblici in pillole

Quando un soggetto ha la necessità di acquisire servizi con le regole dell'evidenza pubblica, deve seguire un *iter* per assicurare il rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza e meritocrazia nell'assegnazione.

La procedura adottata a garanzia di tutto ciò è la gara di appalto e, nel presente lavoro, vedremo di cosa si tratta, quali sono le sue caratteristiche e come funziona.

Partiamo da una sintesi riassuntiva dei concetti principali da tenere a mente.

1) *Il contratto di appalto*

Anzitutto, bisogna sapere che l'appalto è il contratto che mette in correlazione due soggetti o parti:

- appaltatore;
- stazione appaltante.

Il primo, l'appaltatore, si fa carico dell'obbligo di realizzare un'opera, di fornire un bene o un servizio in favore dell'appaltante o committente, a fronte del pagamento di un corrispettivo in denaro. La stazione appaltante, invece, è qualsiasi soggetto, pubblico o privato, che affida contratti di appalto di lavori, servizi e forniture e che è comunque tenuto, nella scelta del contraente, al rispetto del codice.

Partendo da questo presupposto, possiamo definire la gara di appalto come lo strumento con cui la pubblica amministrazione (o un soggetto obbligato ad applicare il Codice dei contratti pubblici) manifesta il proprio bisogno di acquisire servizi, merci o lavori pubblici.

La gara si compone di più fasi e deve basarsi su principi ben precisi, sanciti e definiti dalle normative in vigore.

2) *La procedura di gara d'appalto*

La procedura amministrativa della gara d'appalto inizia con la pubblicazione del bando di gara (o bando pubblico), nel quale viene descritta nel dettaglio l'entità del lavoro richiesto.

A rispondere a tale annuncio saranno le imprese in possesso dei requisiti richiesti, che parteciperanno alla selezione presentando le loro rispettive offerte tecniche ed economiche.

Ad aggiudicarsi il diritto di compiere il lavoro e di stipulare il relativo contratto sarà l'impresa la cui offerta risulterà maggiormente idonea in termini di requisiti, prezzo e qualità.

Anche se non li descriveremo nel dettaglio in questo paragrafo, è bene dire che esistono diversi tipi di procedura d'appalto:

- procedura aperta (art. 71);
- procedura ristretta (art. 72);
- procedura competitiva con negoziazione (art. 73);
- procedura negoziata senza pubblicazione di un bando (art. 76);
- dialogo competitivo (art. 74);
- partenariato per l'innovazione (art. 75);
- procedura negoziata semplificata per gli appalti sottosoglia eurounitaria (art. 50);
- procedura per gli acquisti in somma urgenza e di protezione civile (art. 140).

3) Il Bando

Ogni bando di gara è predisposto dalle stazioni appaltanti, le quali si basano su modelli, detti anche Bandi tipo, approvati dalle autorità competenti.

Esso può essere indetto da enti pubblici, come:

- amministrazioni centrali;
- enti locali e regioni;
- organismi di diritto pubblico;
- aziende che operano in settori speciali.

4) Requisiti di partecipazione alle gare d'appalto

I requisiti di partecipazione vengono prescritti dalla legge o richiesti dalla stazione appaltante nel bando di gara e, attraverso di essi, i concorrenti dimostrano di essere in possesso delle capacità per operare nel mercato oggetto dell'appalto.

I requisiti si dividono in:

- requisiti di ordine generale;
- requisiti di ordine speciale.

I requisiti di ordine generale riguardano l'affidabilità morale e professionale del concorrente (condanne per reati contro la pubblica amministrazione, interdittiva per la responsabilità degli enti ex 231, violazioni gravi per il mancato pagamento di imposte e contributi, ecc.).

I requisiti di ordine speciale, invece, si dividono a loro volta in:

- requisiti di idoneità: abilitazione allo svolgimento dell'attività professionale (Registro delle imprese, Fasce di classificazione per imprese di pulizie);
- requisiti di capacità economica: fatturato globale d'impresa e fatturato specifico nel settore oggetto di gara realizzati negli ultimi tre esercizi finanziari;
- requisiti di capacità tecnica: aver eseguito negli ultimi tre anni servizi analoghi a quello/i oggetto dell'appalto, possesso di specifiche attrezzature tecniche e di personale idonei ecc.

5) I criteri di aggiudicazione delle offerte

A differenza dei requisiti di partecipazione, che rappresentano l'asticella per consentire ad un'impresa di concorrere all'aggiudicazione, una procedura di gara può avere, in generale, due tipologie di criteri di aggiudicazione, il criterio del minor prezzo ed il criterio del miglior rapporto qualità/prezzo. Quando si utilizza il minor prezzo, si valuta solamente il dato economico offerto dal concorrente (che vale 100 punti su 100). Quando si utilizza il criterio del miglior rapporto qualità/prezzo, occorre valutare l'offerta tecnica sulla base dei criteri di valutazione previsti dalla stazione appaltante. I criteri di valutazione servono quindi a valutare l'offerta tecnica dei concorrenti e la qualità da questi offerta, per individuare l'aggiudicatario. Una commissione giudicatrice valuta le offerte tecniche e assegna un punteggio ai concorrenti utilizzando metodi e formule indicate dalla stazione appaltante nel disciplinare di gara.

6) Comprova dei requisiti in capo al miglior offerente

Per aggiudicare l'appalto all'operatore economico primo graduato, la stazione appaltante deve verificare il possesso dei requisiti autodichiarati in sede di gara dallo stesso. A tale verifica si procede attraverso il Fascicolo Virtuale dell'Operatore Economico presso Anac, che consente l'acquisizione delle certificazioni comprovanti il possesso dei requisiti di carattere generale e di carattere speciale per l'affidamento dei contratti pubblici.

Parte prima
La disciplina dei contratti pubblici

1.

Le fonti della disciplina dei contratti pubblici

1.1. Quale disciplina regola i contratti pubblici?

La disciplina degli appalti pubblici trova il suo fondamento nella disciplina eurounitaria oltre che in quella nazionale.

Il più recente intervento organico da parte della Commissione europea in materia si è avuto con il pacchetto delle **direttive europee del 2014**.

Più precisamente, la Commissione europea ha pubblicato tre direttive:

- la direttiva n. 2014/23/UE relativa alle concessioni;
- la direttiva n. 2014/24/UE relativa agli appalti ordinari;
- la direttiva n. 2014/25/UE relativa ai settori speciali.

Tali direttive sono state recepite all'interno di un «primo» Codice dei contratti pubblici (il decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50/2016, promulgato a sua volta in attuazione della legge delega n. 28 gennaio 2016, n. 11 che ne conteneva i principi ed i criteri direttivi) che ha riformato l'intera materia, sostituendo il previgente decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, c.d. Codice De Lise.

Tale primo recepimento ha riconosciuto agli appalti un ruolo strategico, prendendo atto che le commesse pubbliche possono essere utilizzate anche al fine di raggiungere obiettivi diversi rispetto alla economicità e qualità della spesa e alla tutela della concorrenza. Ad esempio, l'enorme potere d'acquisto di cui sono dotate le pubbliche amministrazioni che si esplica attraverso la conclusione di contratti pubblici, può essere utilizzato per attuare le politiche nazionali tra le quali la crescita sostenibile, l'innovazione, l'efficienza della spesa pubblica e, per l'appunto, il conseguimento di obiettivi condivisi a valenza sociale, ai quali le direttive eurounitarie hanno fatto più volte riferimento.

In particolare, la direttiva sugli appalti pubblici illustra le norme in materia di gare pubbliche nell'Unione europea. Le norme comprendono le tipologie di procedure, i criteri di selezione e aggiudicazione che dovrebbero rispettare i committenti pubblici («stazioni appaltanti pubbliche»).

Il quadro normativo dell'UE non disciplina i bandi concernenti i committenti privati; questi ultimi hanno facoltà di scegliere i criteri che ritengono idonei alle finalità contrattuali. Le parti sociali incoraggiano i committenti privati a ispirarsi

alla legislazione dell'Ue e a tenerla sempre presente quando preparano i bandi di gara. Come principio generale, le disposizioni dell'Ue nell'articolo 18.2 obbligano i concorrenti a rispettare gli obblighi applicabili in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dal diritto dell'Unione europea, dal diritto nazionale, da contratti collettivi di settore o da determinate disposizioni internazionali in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro. Si tratta di un requisito obbligatorio anche per i subappalti, e quindi anche nei servizi subappaltati l'offerente deve garantire che il subappaltatore rispetti la summenzionata legislazione e i contratti collettivi di settore.

La crisi pandemica da *virus* Covid-19, ha però svelato in modo dirompente l'inadeguatezza del sistema prescelto, derivante dalla dispersione normativa conseguente anche all'adozione di decreti ministeriali e Linee Guida dell'Autorità nazionale anticorruzione (avvisaglie v'erano state dal crollo del ponte Morandi a Genova nel 2018) determinando il Governo (oltre a dichiarare lo stato di emergenza con il d.p.c.m. 31 gennaio 2020) ad adottare il d.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito con modificazioni con l. 11 settembre 2020, n. 120 (c.d. **decreto semplificazioni**).

Contestualmente, le politiche eurounitarie con il relativo, imponente stanziamento di risorse economiche, canalizzate nelle diverse forme di programmazione e di investimento, hanno rappresentato un'occasione imperdibile per l'Italia di superare la stagnazione in cui era incorsa.

Il 27 maggio 2020, in risposta alla crisi senza precedenti causata dal coronavirus, la Commissione europea ha proposto uno strumento temporaneo di programmazione economica e finanziaria per la ripresa degli Stati dopo la pandemia, ossia il **Next Generation Eu** (da ora in poi anche Ngeu) dotato di 750 miliardi di euro, oltre ad un rafforzamento mirato del bilancio 2021-2027.

All'interno del Ngeu, a sua volta, si colloca il **Recovery Fund** che è il programma europeo per garantire un sostegno adeguato ai Paesi Ue, il cui obiettivo è assicurare i fondi necessari per sostenere la ripresa economica degli Stati membri. Detto in altri termini, quest'ultimo è un Fondo di Recupero attraverso il quale gli Stati membri possono reperire le risorse finanziarie necessarie a realizzare il **Recovery Plan**, ossia il Piano di Ripresa per il rilancio dell'Europa post-Covid nei settori nevralgici individuati dall'Unione, secondo i **Piani Nazionali di Ripresa e Resilienza (Pnrr) varati da ciascun Governo**.

Si sono quindi tenute varie discussioni per affinare lo strumento, cui sono seguite:

- la ratifica della decisione sulle risorse proprie da parte degli Stati membri;
- l'approvazione delle modalità di utilizzo dei vari fondi europei presenti nel Ngeu;
- la presentazione entro il 30 aprile 2021 e l'approvazione, entro tre mesi da quella data, dei Piani Nazionali di Resistenza e Resilienza dei paesi Ue.

1. LE FONTI DELLA DISCIPLINA DEI CONTRATTI PUBBLICI

In sintesi, sei sono le aree strutturali di intervento programmato, a loro volta suddivise in c.d. *cluster* di progetti omogenei: digitalizzazione, innovazione e competitività del sistema produttivo; rivoluzione verde e transizione ecologica; infrastrutture per la mobilità; istruzione, formazione, ricerca e cultura; equità sociale, di genere e territoriale e salute.

Dopo il benestare del Parlamento, il 30 aprile 2021 il Pnrr italiano è stato presentato alla Commissione europea che ne ha approvato il cronoprogramma relativo a 134 investimenti ed a 63 riforme, da attuare tra la seconda metà del 2021 e la fine del 2026, per un valore economico complessivo di € 191,5 miliardi, di cui ben 68,9 a fondo perduto, cui si aggiungono ulteriori risorse per gli investimenti complementari pari a circa € 235 miliardi. In disparte i singoli progetti e l'*iter* per la loro approvazione e monitoraggio in fase esecutiva, non oggetto di analisi in questa sede, dal Piano emerge chiaramente come gli investimenti pubblici e le riforme ivi previste siano tra loro complementari, le seconde dovendo creare il contesto istituzionale migliore per la piena attuazione dei primi.

Proprio tra le **riforme** immaginate a questo fine spicca quella del Codice dei contratti pubblici, già in parte snellito con i diversi decreti-legge dettati dall'emergenza Covid-19 e man mano convertiti in legge, prevista in più tappe:

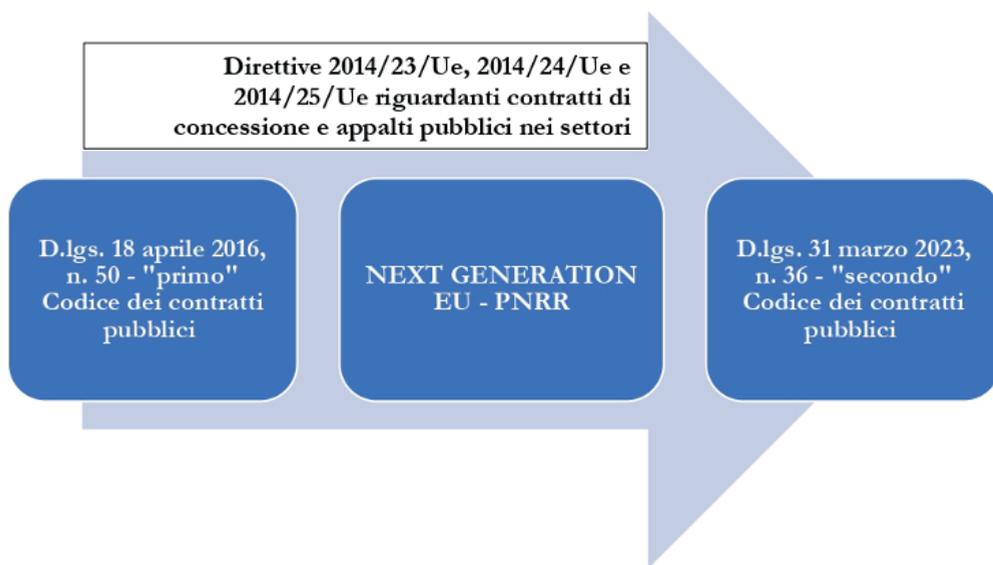
Il cronoprogramma del Pnrr in tema di contratti pubblici

Giugno 2021	Entrata in vigore di un decreto di semplificazione
Giugno 2022	Entrata in vigore della legge delega di riforma
Marzo 2023	Entrata in vigore del decreto legislativo attuativo della legge delega
Giugno 2023	Entrata in vigore di tutte le leggi, i regolamenti e provvedimenti attuativi della riforma
Dicembre 2023	Entrata a regime del sistema nazionale di <i>e-procurement</i>

Si è così arrivati all'adozione dei:

- d.l. 31 maggio 2021, n. 77 (c.d. decreto Semplificazioni bis), convertito con modificazioni in l. 29 luglio 2021, n. 108;
- legge delega n. 78 del 21 giugno 2022;
- **d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 – Codice dei contratti pubblici**, pubblicato in pari data sul Supplemento Ordinario della Gazzetta ufficiale n. 77, la cui entrata in vigore era fissata dall'art. 229 al 1° aprile 2023 nel rispetto degli impegni del Pnrr con efficacia differita al 1° luglio 2023.

Il Codice dei contratti pubblici da ultimo entrato in vigore rappresenta la terza codificazione in 17 anni, la seconda in presenza di direttive invariate.



1.2. Le ulteriori norme applicabili ai contratti pubblici

1.2.1. Disposizioni ulteriori

L'art. 224 del d.lgs. n. 36/2023, detta una sorta di **disciplina di organizzazione** per attenuare l'impatto del nuovo regime sui diversi destinatari, pubblici e privati, individuando una prima serie di disposizioni oggetto di modifica (per lo più formale) o abrogazione, nonché alcuni articoli del Codice nuovo (segnatamente quelli dal 215 al 219) di immediata applicazione per i Collegi consultivi che risultino già costituiti ed operanti. Ha previsto inoltre l'obbligo, rispettivamente, per gli organi costituzionali di adeguare i propri ordinamenti ai principi e criteri fissati dal nuovo Codice, e per le Regioni a statuto speciale e le Province autonome di Trento e di Bolzano di adeguare agli stessi i propri statuti e le relative norme di attuazione.

1.2.2. Disposizioni transitorie e di coordinamento

Onde evitare l'impasse normativa e il blocco delle procedure in corso, il recente Codice ha previsto altresì **un regime transitorio** – rimaneggiato più volte – che ha **prolungato le norme in vigore** in determinati settori.

L'art. 225 del Codice individua una serie di disposizioni del d.lgs. n. 50/2016 che fa sopravvivere fino al 31 dicembre 2023, al contempo stabilendo per alcune di esse la perdurante efficacia ai procedimenti in itinere, anche successivamente al 1° luglio.

1. LE FONTI DELLA DISCIPLINA DEI CONTRATTI PUBBLICI

Al di là delle precisazioni della permanenza in vigore degli attuali decreti ministeriali fino all'adozione dei nuovi, la novità di rilievo recata dall'articolo è quella che fa salve le procedure di appalto riguardanti gli investimenti e le opere del **Pnrr e del Piano Nazionale per gli investimenti Complementari al Pnrr – Pnc** o le infrastrutture strategiche e i grandi interventi ad alto impatto ambientale o ad esse connesse, assoggettate alla disciplina previgente, come suggerito dalle parti sociali e dalle istituzioni a vario titolo coinvolte nella riforma per salvare procedure e finanziamenti.

Sempre nell'ottica della semplificazione e della celerità, vi è poi la specifica previsione secondo cui, qualora entro 90 giorni dall'efficacia del d.lgs. n. 36/2023 intervengano regolamenti di contenuto pari a quello degli attuali Allegati, non è richiesta l'acquisizione del previo parere del Consiglio di Stato e delle Commissioni Parlamentari ovvero, se successivi, gli stessi possono essere comunque adottati ed emanati, una volta trasmessi alle Camere per i pareri delle rispettive Commissioni e in assenza di un loro intervengano entro 30 giorni.

Entrata in vigore delle norme del Codice

1° aprile 2023 *Entrata in vigore del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36 con efficacia differita delle sue disposizioni, ad eccezione di quelle relative sui Collegi consultivi che risultino già costituiti ed operanti.*

1° luglio 2023 *Le disposizioni del Codice, con i relativi allegati, acquistano efficacia nei limiti individuati dall'art. 225 – Disposizioni transitorie e di coordinamento. Le disposizioni di cui al vecchio Codice (d.lgs. 50/16) continueranno ad applicarsi esclusivamente ai procedimenti in corso, ovvero alle procedure per le quali i bandi o gli avvisi siano stati pubblicati prima della suddetta data, mentre vengono invece superate le Linee Guida e regolamenti dell'Anac, laddove non diversamente previsto dal nuovo Codice (art. 225 comma 16).*

Eccezioni:

- *le disposizioni di cui al d.l. n. 77/2021, nonché le specifiche disposizioni legislative finalizzate a semplificare e agevolare la realizzazione degli obiettivi stabiliti dal Pnrr e dal Pnc.*
-

1° gennaio 2024 *Termina l'ultrattività di alcune disposizioni del d.lgs. 50/16, in materia di pubblicità, programmazione, digitalizzazione, accesso agli atti, subappalto e verifica dei requisiti, che hanno continuato ad applicarsi fino al 31 dicembre 2023. Entra regime del sistema nazionale di e-procurement.*

N.d. *Fino all'adozione di nuovi regolamenti, continuano ad applicarsi le norme ancora in vigore con riguardo a:*

- *procedure di scelta del contraente da svolgersi all'estero e dei contratti nel settore della difesa e sicurezza;*
- *omologhe attività del Ministero della Difesa;*
- *alle garanzie definitive.*

Eventuali ulteriori modifiche seguiranno la disciplina di cui all'**art. 227**, secondo cui ogni intervento normativo incidente sulle sue disposizioni (ivi inclusi gli allegati), o sulle materie da esso disciplinate, è attuato mediante **esplicita modifica, integrazione, deroga o sospensione** delle specifiche disposizioni in essi contenute.

Tale meccanismo, che induce a qualificare il d.lgs. n. 36/2023 come legge speciale, comporta che in sede di applicazione qualora sorgano dubbi interpretativi il criterio ermeneutico risolutivo deve essere orientato ad escludere l'ammissibilità dell'abrogazione implicita.

1.3. La gerarchia delle fonti: le fonti primarie e fonti secondarie

Al fine di individuare la corretta disciplina applicabile occorre poi distinguere tra fonti primarie, rappresentate – come abbiamo visto – dalla legge ordinaria e, dunque, dal Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 36/2023 e relativi allegati), e fonti secondarie o di «dettaglio» volte a regolamentare aspetti prettamente applicativi del Codice. Queste ultime, dunque, «attuano» le norme primarie e non possono mai contrastare con la disciplina gerarchicamente sovraordinata.

Prima dell'entrata in vigore del Codice dei contratti pubblici del 2016, la disciplina attuativa o «di dettaglio» era contenuta in una massa enorme di atti attuativi presenti nella disciplina a vario titolo: 25 allegati al codice, 17 Linee Guida dell'Anac e 15 regolamenti, tra cui anche il d.p.r. 207/2010 ovvero il regolamento emanato in attuazione del «Codice De Lise» del 2006.

Oggi, il Codice è invece corredato da 35 allegati, destinati a rendere il Codice *«autoesecutivo, consentendo da subito una piena conoscenza dell'intera disciplina da attuare. Ciò è stato possibile grazie a un innovativo meccanismo di delegificazione che opera sugli allegati al Codice (legislativi in prima applicazione, regolamentari a regime)»*¹.

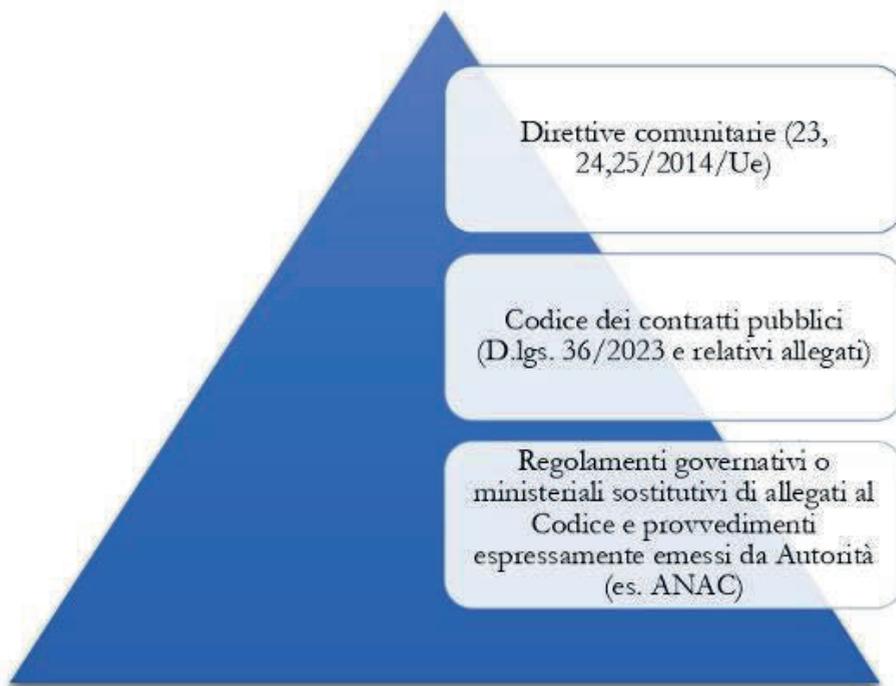
E, infatti, molteplici allegati al Codice dei contratti hanno una doppia connotazione e nello specifico:

- alcuni sono allegati legislativi e, quindi, potrebbero essere modificati con un intervento legislativo di rango primario (es. l'allegato I.1 che contiene le definizioni del Codice, di cui all'articolo 13, comma 6 è un allegato legislativo eventualmente modificabile con provvedimento legislativo);
- altri sono, invece, allegati legislativi in prima applicazione la cui abrogazione è prevista già nel d.lgs. n. 36/2023, con la contemporanea sostituzione con un allegato che assume il carattere regolamentare (es. l'allegato I.2, relativo alle «attività del Rup», citato all'articolo 15, comma 2).

¹ V. *Relazione agli articoli e agli allegati* allo Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante *«Delega al Governo in materia di contratti pubblici»*, testo trasmesso per l'avvio dell'iter parlamentare il 5 gennaio 2023, pag. 8.

1. LE FONTI DELLA DISCIPLINA DEI CONTRATTI PUBBLICI

Piramide delle fonti all'entrata in vigore del nuovo Codice dei contratti pubblici:



1.4. Gli altri strumenti flessibili predisposti a cura di Anac

Per completezza si rappresenta che permangono, anche con riguardo a questo Codice, pur nei limiti esposti nei paragrafi precedenti, ulteriori strumenti di regolazione flessibile volta a standardizzare gli atti di gara e quindi a promuovere l'efficienza dell'intero comparto.

Infatti, l'art. 222, secondo comma del Codice conferma che l'Anac possa adottare «bandi-tipo, capitolati-tipo, contratti-tipo e altri atti amministrativi generali», al fine di garantire la promozione dell'efficienza, della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti, cui fornisce supporto anche facilitando lo scambio di informazioni e l'omogeneità dei procedimenti amministrativi e favorisce lo sviluppo delle migliori pratiche.

Per l'emanazione di tali atti l'Anac provvede a svolgere delle consultazioni pubbliche, al fine di tener conto delle istanze promosse dagli *stakeholders*. Al momento della conclusione di questo lavoro, l'Anac ha già pubblicato il primo Bando-tipo che interessa i servizi «sopra soglia europea» denominato «*Procedura aperta per l'affidamento di contratti pubblici di servizi e forniture nei settori ordinari di importo*

superiore alle soglie europee con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo».

1.5. L'ulteriore normativa di riferimento: il Codice Antimafia

Attenzione! Chi opera nel settore dei contratti pubblici non deve conoscere solo la stratificata e frammentata normativa in materia. La «cassetta degli attrezzi» è infatti molto ampia.

Al Codice dei contratti pubblici occorre aggiungere tutta una serie di norme che occorre tenere presente (si pensi alle norme in materia di contenimento della spesa che obbliga a transitare attraverso Consip e gli altri soggetti aggregatori, la normativa sulla trasparenza, la normativa antimafia).

Facciamo un esempio. Il d.lgs. 36/2023 prevede – tra le cause di esclusione (art. 94, comma 2) – che l'operatore economico debba essere escluso qualora abbia una posizione «irregolare» ai sensi della normativa antimafia di cui al d.lgs. 159/2011. In tal caso, infatti, non potrà contrattare con la pubblica amministrazione (similmente a quanto disciplinato dal previgente art. 80, comma 2 del d.lgs. 50/2016). Fermo restando che il concorrente è tenuto a dichiarare la propria posizione relativamente al richiamato art. 94, comma 2, qualora lo stesso risulti aggiudicatario, la stazione appaltante sarà tenuta ad effettuare i controlli necessari sulle autodichiarazioni rese. La normativa di riferimento è rappresentata dal d.lgs. 159/2011 (il c.d. Codice Antimafia), che individua le tipologie, il soggetto competente a rilasciare la documentazione ivi prevista, gli effetti giuridici, i soggetti sottoposti a verifica.

Più precisamente, tale documentazione è costituita dalla comunicazione antimafia e dall'informazione antimafia: la prima consiste nell'attestazione della sussistenza o meno di una delle cause di decadenza, di sospensione o di divieto di contrarre con la pubblica amministrazione, ha validità di sei mesi dalla data di acquisizione e deve essere richiesta per contratti di importo inferiore alla soglia eurounitaria; la seconda contiene anche l'attestazione della sussistenza o meno di eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa, tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi delle società o imprese «raggiunte», ha validità di dodici mesi dalla data di acquisizione e deve essere richiesta per contratti di valore superiore alla soglia eurounitaria.

Per richiedere la documentazione antimafia, le stazioni appaltanti devono altresì essere in possesso di una serie di ulteriori informazioni come, ad esempio, i nominativi dei familiari conviventi dei legali rappresentanti. Il personale delle stazioni appaltanti che si occupa di contratti pubblici deve essere opportunamente qualificato anche al fine di svolgere questo tipo di verifiche e al fine di contrastare detti fenomeni.

1. LE FONTI DELLA DISCIPLINA DEI CONTRATTI PUBBLICI

1.6. Le scelte operate con la redazione del nuovo Codice – Una legislazione per principi

La codificazione nel contesto dei Codici dei contratti pubblici in Italia ha seguito diverse logiche nel corso degli anni.



Il Codice del 2006, ad esempio, ha avuto quale scopo preminente l'unificazione di lavori, servizi e forniture, che prima erano regolamentati da fonti e discipline differenti. Questo ha contribuito a semplificare e unificare il quadro normativo.

Il Codice del 2016, invece, aveva come obiettivo principale l'attuazione delle direttive europee, cercando contemporaneamente di prevenire fenomeni corruttivi attraverso disposizioni preventive e l'utilizzo delle Linee Guida dell'Autorità nazionale anticorruzione (Anac). Tuttavia, la sua operatività era condizionata a una serie di atti attuativi, il che ha comportato limiti interpretativi e una certa complessità nella sua applicazione.

Il Codice del 2023, invece, seppur ancorato alle direttive europee, rimaste invariate, attua i principi e i criteri contenuti nella legge delega n. 78/2022, sulla falsa riga degli impegni presi con il Pnrr. La relazione illustrativa del Consiglio di Stato agli articoli e agli allegati dello schema definitivo del Codice illustra chiaramente le linee guida della riforma, improntata su concetti spesso utilizzati in tema di contratti pubblici, ma a cui si è inteso dare un senso effettivo: semplificazione, accelerazione, digitalizzazione e tutela.

Come ogni prodotto legislativo complesso, il testo denota anche aspetti critici o opportunità mancate, ma rappresenta innegabilmente una codificazione costruita esplicitamente su principi, una novità nella storia legislativa.

Il Titolo I del previgente d.lgs. 50/2016, pur intitolato «*principi generali*», si limitava a delineare l'ambito di applicazione del Codice, a regolare il riparto di competenze legislative tra Stato e regioni e a introdurre un corposo elenco di definizioni. Quindi, richiamava alcuni principi generali destinati, però, ad operare sui contratti esclusi in tutto o in parte dal campo di applicazione.

Il d.lgs. n. 36/2023, invece, ha deciso di aprire il nuovo Codice con l'affermazione di principi che riguardano l'intera materia dei contratti pubblici in coerenza con la naturale vocazione di un Codice a costruire un sistema normativo organico, di espliciti singoli contenuti e funzioni. Inoltre, individua principi che, rispetto al passato, non si esauriscono in quelli tradizionalmente conosciuti – concorrenzialità, trasparenza, pubblicità, non discriminazione, imparzialità, efficacia, economicità – privilegiando la sostanza sulla forma, in una logica maggiormente attenta al raggiungimento del risultato come vedremo più avanti.

Basandosi per ora sulle rubriche degli articoli, incontriamo infatti:

Rubrica principi

Art. 1	Principio del risultato
Art. 2	Principio della fiducia
Art. 3	Principio dell'accesso al mercato
Art. 5	Principi di buona fede e di tutela dell'affidamento
Art. 6	Principi di solidarietà e di sussidiarietà orizzontale. Rapporti con gli enti del Terzo settore
Art. 7	Principio di auto-organizzazione amministrativa
Art. 8	Principio di autonomia contrattuale. Divieto di prestazioni d'opera intellettuale a titolo gratuito
Art. 9	Principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale
Art. 10	Principi di tassatività delle cause di esclusione e di massima partecipazione
Art. 11	Principio di applicazione dei contratti collettivi nazionali di settore. Inadempienze contributive e ritardo nei pagamenti

L'art. 4, non riportato in tabella, riguarda un criterio interpretativo-applicativo e non un principio, mentre il successivo art. 12 disciplina i rinvii esterni operanti in materia in assenza di un'espressa previsione contenuta nel Codice.

1.6.1. Una soluzione a tre ordini di problematiche

Innanzitutto, la disciplina dei contratti pubblici si trova al **crocevia di molteplici interessi**, economici, tecnici, industriali, finanziari e giuridici, tra loro

anche confliggenti. Soluzioni ottimali per uno o più di questi interessi spesso non riescono a soddisfare il contratto nel suo complesso.

Anche a voler concentrare l'attenzione sul perimetro del solo sistema giuridico, non è difficile replicare il ragionamento e osservare come i diversi istituti della disciplina in materia siano tra loro collegati e destinati all'influenza reciproca, spesso anche in termini negativi. Basti per comprendere un riferimento alla regola della non modificabilità del prezzo o dell'opera, destinata ad avere effetto sui sistemi di offerta, sulla competitività di quest'ultima, sui tempi ed i modi di esecuzione della prestazione, sulla garanzia della concorrenza. Si potrebbe esemplificare abbondantemente.

Solo una gerarchizzazione ben definita dei principi cui tali interessi protendono può dare strumenti necessari ad affrontare efficacemente queste questioni. In assenza, l'evocazione dei principi, molto amata dalla giurisprudenza, rischia di nascondere operazioni interpretative sostanzialmente immotivate e soggettive².

In secondo luogo, è noto come la disciplina italiana dei contratti pubblici sia storicamente sviluppata nella direzione della **moltiplicazione e/o modificazione continua delle regole** dirette, primariamente, ad assicurare l'imparzialità dell'amministrazione e il controllo della spesa, portando non di rado alla protrazione dei termini e alla rigidità dei progetti con un importante effetto sui prezzi finali. Il nuovo Codice, pur dichiarando l'intenzione di garantire maggiore flessibilità, mantiene una disciplina dettagliata. A fronte di una simile scelta solo un sistema di principi gerarchicamente ordinati può conciliare la necessità di dettaglio con la flessibilità richiesta ed evitare la paralisi contabile.

Sempre sul versante della tecnica normativa, vi è poi un **terzo elemento** a sostenere la necessità di una chiara legislazione per principi.

Il previgente Codice (d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50), presentava l'estremo difetto di avere **alterato il sistema delle fonti**³, in una direzione autoritaria con un rinvio costante alla decretazione governativa o ai poteri normativi (o, quasi-normativi) dell'Anac. Ciò ha portato alla formulazione di atti amministrativi con contenuto normativo, caratterizzati da disposizioni estremamente flessibili, spesso finalizzate a colpire una generalità non specificata di comportamenti o fatti e rendendo la valutazione incontrollabile o discrezionale, con frequenti variazioni sul medesimo tema. Un esempio illustrativo è rappresentato dalla determinazione del «*dies a quo*» nel calcolo del termine entro il quale un'azione può portare alla sospensione dalla partecipazione alle gare o alla previsione relativa all'errore professionale atipico.

² Per più ampie considerazioni e ulteriori riferimenti in materia, si veda L.R. Perfetti, *Sul nuovo codice dei contratti pubblici. In principio*, in *Urbanistica e appalti*, n. 1, p. 5, 2023.

³ L.R. Perfetti, *Introduzione*, in Id. (a cura di), *Codice dei contratti commentato*, Ipsoa, Milano, 2017.

Ebbene, senza entrare nel dettaglio sulle critiche al principio di legalità e all'impianto costituzionale in questa sede, risulta evidente come solo un sistema organizzato di principi possa garantire sicurezza nell'applicazione amministrativa e nell'interpretazione giurisdizionale delle norme. Un simile sistema metterebbe a disposizione, tanto all'amministrazione quanto ai giudici, strumenti razionali per integrare le regole, superare le lacune con interpretazioni ragionate e risolvere i casi dubbi.

In questi termini risultano chiare le indicazioni della relazione al Codice, secondo cui «i principi rendono intellegibile il disegno armonico, organico e unitario sotteso al Codice rispetto alla frammentarietà delle sue parti». Questi sono, inoltre, «caratterizzati da una prevalenza di contenuto deontologico», un plusvalore a detta di alcuni⁴ che li porta ad essere criteri di valutazione della materia e ad avere «una funzione genetica ("nomogenetica") rispetto alle singole norme⁵» che assolve un'esigenza di completezza e di garanzia di interessi non presente né affrontabile nelle singole disposizioni.

Allo stesso tempo, si avverte la necessità di evitare enunciazioni estremamente generali, già destinate a valere universalmente per qualunque attività degli enti pubblici e si richiamano principi propri della capacità di diritto privato dell'amministrazione, più in linea con la visione dei contratti pubblici quali «contratti a tutti gli effetti» e con l'autonomia negoziale della pubblica amministrazione e la sua sottoposizione al diritto privato nella fase esecutiva⁶.

In definitiva, il nuovo Codice sceglie un approccio che non solo costruisce un sistema di principi atto a conferire ordine ed equilibrio alla disciplina, ma colloca anche il contratto pubblico all'interno della teoria generale del contratto, fornendo ulteriori principi sistematici per l'applicazione e l'interpretazione⁷.

Da ultimo, l'approccio prescelto sembra affrontare efficacemente il problema fondamentale dell'assunzione implicita dell'interesse pubblico nella materia, fornendo una base razionale e controllabile per la sua definizione (come meglio esposta più avanti)⁸.

⁴ G. Napolitano, *Il nuovo codice dei contratti pubblici: i principi generali*, in *Giornale Dir. Amm.*, n. 3, p. 287, 2023.

⁵ V. *Relazione agli articoli e agli allegati*, cit., p. 10.

⁶ V. *Relazione agli articoli e agli allegati*, cit., p. 29.

⁷ Si tratta di un cambiamento significativo rispetto al passato, che secondo alcuni è volto a superare l'anticontrattualismo che ha spesso influenzato l'interpretazione del contratto pubblico. In questi termini si spiega, altresì, la scelta del legislatore di non limitarsi al richiamo di principi costituzionali o di quelli generali dell'azione amministrativa di cui alla l. n. 241/90 o ancora quelli di diritto comune, ma abbia invece deciso di enucleare una serie di principi di settore, dotati anche di immediata valenza operativa. Per i necessari riferimenti teorici rispetto al tema dell'anticontrattualismo vedi L.R. Perfetti, *La cessione del contratto di appalto con la pubblica amministrazione*, in *Dir. amm.*, 491, 2002, mentre sul secondo punto vedi G. Napolitano, *Il nuovo codice dei contratti pubblici: i principi generali*, cit., p. 18.

⁸ V. ancora L.R. Perfetti, *Sul nuovo codice dei contratti pubblici. In principio*, cit., p. 13.

A lungo la declinazione dell'interesse pubblico è avvenuta di volta in volta, a seconda del singolo istituto analizzato, sicché interpreti e giurisprudenza l'hanno fatto coincidere ora con la tutela dell'imparzialità, della trasparenza, ora con quella della concorrenza, la promozione delle piccole imprese e via dicendo. Profili, questi, certamente d'interesse pubblico, visto il loro riscontro nella legislazione dei contratti pubblici, la cui espressione generica e, soprattutto, della completa assenza di una gerarchia, ha reso però i singoli istituti controversi suscettibili delle più differenti – ed imprevedibili – interpretazioni.

1.6.2. *La triade dei principi fondamentali: risultato, fiducia, accesso al mercato*

I principi così introdotti, oltre a un contenuto eterogeneo che più avanti si tenterà di sintetizzare tenendo in considerazione i soggetti cui maggiormente ineriscono, hanno struttura e valore prescrittivo almeno in parte diversi, a seconda che siano «principi-valori» o «principi-regole»⁹. Ad esempio, i principi del risultato, della fiducia e dell'accesso al mercato sono presentati come «principi-valori» con un contenuto pluridimensionale e aperto a una pluralità indeterminata di bilanciamenti, ponderazioni e applicazioni. Al contrario, principi come quelli di buona fede, autonomia contrattuale, conservazione dell'equilibrio contrattuale sono considerati «principi-regole», più specifici e direttamente applicabili.

Ne consegue che la soluzione ermeneutica e operativa da privilegiare è quella che sia funzionale a realizzare il risultato amministrativo, che sia coerente con la fiducia nei confronti dell'amministrazione, dei suoi funzionari e degli operatori economici, e che permetta di favorire il più ampio accesso al mercato dei vari attori. Non sempre, però, sarà possibile conciliare i tre principi-valori, i quali potranno risultare talora in conflitto. In tali evenienze, il legislatore indica che a prevalere, almeno per l'amministrazione agente, dovrà essere il principio del risultato, sebbene mai al punto da travolgere i limiti invalicabili posti a protezione delle libertà di circolazione e della concorrenza dalle direttive europee.

Al principio di risultato – nuovo perno del sistema dei contratti pubblici – si affiancano dunque quelli della fiducia e dell'accesso al mercato, a guidare il processo ermeneutico delle disposizioni rilevanti nel caso concreto. È in questi termini che va letto l'art. 4 del nuovo Codice, rubricato Criterio interpretativo e applicativo, secondo cui: «*Le disposizioni del Codice si interpretano e si applicano in base ai principi di cui agli articoli 1, 2 e 3*»¹⁰.

⁹ Per questa distinzione, G. Morbidelli, *I principi nel codice dei contratti pubblici, Introduzione al Convegno di Studi organizzato dalla Fondazione Cesjfin*, in *I principi nel codice dei contratti pubblici*, Firenze, 14 aprile 2023.

¹⁰ Secondo la lettura più critica di R. Caranta, *Il nuovo codice dei contratti pubblici – I principi nel nuovo codice dei contratti pubblici, artt. 1-12*, in *Giur. It.*, 8-9, p. 1950, 2023: «Essendo legati a istituti o problemi specifici, è difficile dare ai “principi” di cui agli artt. 5-11 valenza interpretativa rispetto al Codice nel suo insieme»; pertanto, il legislatore ha deciso escluderli dall'ambito dell'art. 4, con qualche dubbio sulla natura di principi di questi ultimi.

1.6.3. Il principio di risultato

Il principio realizzativo di cui all'art. 1 rappresenta un **elemento fondamentale già nella disciplina previgente**, se interpretata nel contesto della nostra Costituzione: l'amministrazione programma, contratta e cura l'esecuzione di una commessa allo scopo specifico di provvedere la sua organizzazione ovvero la comunità dei consociati con beni e servizi adeguati al godimento dei loro diritti costituzionali. Se questo è il fine pubblico per il quale l'amministrazione contrae, i restanti profili di pubblico interesse (trasparenza, imparzialità, efficacia, tutela della concorrenza, ecc.), peraltro raramente specifici dell'attività negoziale dell'ente pubblico, sono da ritenersi subordinati a questo profilo dominante del pubblico interesse¹¹.

Tracce del carattere logico di tale primato le troviamo anche nelle norme processuali che, già prima della recente riforma, consentivano la conservazione del contratto pur in presenza di vizi della procedura di affidamento¹².

Ciò premesso, il nuovo Codice dei contratti **espressamente** «codifica [all'art. 1, comma 1] *il principio del risultato ed enuncia quindi l'interesse pubblico primario del Codice, come finalità principale che stazioni appaltanti ed enti concedenti devono sempre assumere nell'esercizio delle loro attività*»¹³, fornendo – secondo la dottrina¹⁴ – un criterio decisivo per la costruzione del sistema e una definizione chiara del contenuto del pubblico interesse.

La necessità di riportare al centro il principio di risultato rappresenterebbe, inoltre, una risposta alla **tensione tra l'approccio del diritto europeo e l'evoluzione dell'ordinamento italiano** in materia di contratti pubblici, che ha caratterizzato la normativa previgente eccessivamente preordinata a tutelare il principio della concorrenza.

¹¹ V. ancora L.R. Perfetti, *Sul nuovo codice dei contratti pubblici. In principio*, cit. Per una più ampia discussione dei temi, L.R. Perfetti, *Oltre il teorema della scimmia instancabile. Ipotesi per una dogmatica dell'interesse pubblico nell'attività di diritto privato dell'amministrazione pubblica partendo dai contributi di Vincenzo Cerulli Irelli*, in *L'amministrazione nell'assetto costituzionale dei poteri pubblici. Scritti per Vincenzo Cerulli Irelli*, Giappichelli, Torino, 2021, Tomo II, p. 888; Id., *Per una teoria dell'interesse pubblico nelle gare per l'assegnazione dei contratti pubblici*, in A. Maltoni (a cura di), *I contratti pubblici: la difficile stabilizzazione delle regole e la dinamica degli interessi*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, p. 143.

¹² Si veda in tal senso S. Vinti, *L'eterogenesi dei fini tradisce lo scopo ultimo e l'oggetto stesso della disciplina sui contratti pubblici*, in *L'Amministrazione nell'assetto costituzionale dei poteri pubblici. Scritti in onore di Vincenzo Cerulli Irelli*, Giappichelli, Torino, 2021, Tomo II, pp. 1282-1302, in part. pp. 1297-1299, con riferimento agli artt. 120, comma 8-ter, 121, comma 2 e 125, comma 2, c.p.a., con previsioni poi ulteriormente rafforzate dalla legislazione speciale adottata per affrontare l'emergenza pandemica e la crisi derivante dal conflitto russo-ucraino e per consentire la spedita attuazione dei progetti inclusi nel Pnrr.

¹³ V. *Relazione agli articoli e agli allegati*, cit., p. 12, commento all'art. 1 co. 1.

¹⁴ L.R. Perfetti, *Sul nuovo codice dei contratti pubblici. In principio*, in *Urbanistica e appalti*, n. 1, p. 5, 2023.

È nota la *ratio* del diritto europeo: evitare comportamenti discriminatori da parte delle amministrazioni nazionali, che potrebbero derivare dalla loro natura di attori non di mercato oltre che dalla vicinanza con l'ambiente politico locale. Il diritto europeo mira, in altri termini, a garantire la tutela della concorrenza e delle libertà di circolazione all'interno del mercato unico senza un particolare interesse al buon andamento delle amministrazioni nazionali in sé, a meno che non agiscano in funzione comunitaria per attuare politiche e regole europee.

Ciononostante, la disciplina interna precedente ha ritenuto che tali finalità dovessero assurgere a principi ordinatori dell'intera attività contrattuale pubblica¹⁵. L'introduzione, a partire dal 2014, della prevenzione della corruzione sulla disciplina in materia e l'affidamento della vigilanza sulla sua corretta applicazione all'Anac ha ulteriormente complicato la situazione.

Come invece declinato nel Codice riformato, il principio del risultato appare coerente con il primato logico della funzione di committenza pubblica.

Elementi di critica non mancano, però.

Un riferimento può farsi a quelli emersi nel dibattito scientifico riguardo all'idea di «*amministrazione di risultato*» delineatasi con le riforme nel diritto amministrativo degli anni Novanta¹⁶. La formula è stata considerata «*imprecisa*», sottolineando **la necessità di misurare il fenomeno**¹⁷ e ha sollevato domande sulla possibile contrapposizione tra agire efficace e agire legale¹⁸. Secondo altri, il vero problema è che l'amministrazione di risultato non si è mai avverata¹⁹ e che di proposito si è posta l'attenzione «*sulla centralità del rito rispetto al risultato*

¹⁵ G. Napolitano, *Il nuovo codice dei contratti pubblici: i principi generali*, cit., ma su indicazione dello stesso autore, si veda anche la ricostruzione offerta da A. Massera, *Lo Stato che contratta e che si accorda. Vicende della negoziazione con le Pp. Aa., tra concorrenza per il mercato e collaborazione con il potere*, Pisa University Press, Pisa, 2011.

¹⁶ G. Napolitano, *Il nuovo codice dei contratti pubblici: i principi generali*, cit., che rinvia in proposito ad A. Romano Tassone, *Analisi economica del diritto e «amministrazione di risultato»*, in *Dir. amm.*, pp. 63-79, 2007; per la teorizzazione di una «legalità di risultato», M.R. Spasiano, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Giappichelli, Torino, 2003, in part. p. 206 e ss. Sulla difficoltà delle riforme e del raggiungimento degli obiettivi di riforma, B.G. Mattarella, *Burocrazia e riforme. L'innovazione nella pubblica amministrazione*, Il Mulino, Bologna, 2017; da ultimo, per un bilancio in chiaroscuro (con più scuri che chiari), L. Torchia, *Riforma amministrativa*, in *Enciclopedia del diritto. Le funzioni amministrative*, Giuffrè, Milano, 2022, pp. 987-994.

¹⁷ Sulle difficoltà di misurare il risultato dell'azione amministrativa, G. Corso, *Amministrazione di risultati*, in *Aipda, Annuario 2002*, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 127-133.

¹⁸ S. Cassese, *Che cosa vuol dire «amministrazione di risultati?»*, in *Giornale di diritto amministrativo*, vol. 10, 9, p. 941, 2004.

¹⁹ R. Caranta, *Il nuovo codice dei contratti pubblici – I principi nel nuovo codice dei contratti pubblici*, artt. 1-12, cit., che richiama E. D'Alterio, *La valutazione della performance nelle pubbliche amministrazioni: stato dell'arte e nodi (ancora) da sciogliere*, in *Quaderno della Rivista Diritti Lavori Mercati*, n. 7, p. 181, 2019.

come caratteristica dell'approccio nazionale ai contratti pubblici»²⁰, supportati anche da una giurisprudenza molto propensa a sindacare la legittimità di atti e omissioni. Un esempio piuttosto notorio e recente del fallimento nell'applicazione del risultato o della *performance* in ambito istituzionale è rappresentato dal caso della Civit (Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche), assorbita dopo pochi anni dall'Anac dalla prospettiva dell'anticorruzione.

Da ultimo, l'articolo in analisi precisa che «il risultato è perseguito nell'interesse della comunità e per il raggiungimento degli obiettivi dell'Unione europea»²¹.

Il riferimento è ambiguo, potendosi intendere con riguardo a una molteplicità indeterminata di politiche comuni, o improprio perché, come prima evidenziato, l'Unione non si occupa del buon andamento delle amministrazioni nazionali, se non quando esse sono preposte all'attuazione decentrata del diritto europeo²². Tuttavia potrebbe risultare l'unica lettura possibile a sostegno, quali principi silenti, di **due importanti assenze nell'elencazione** fatta dal Codice al successivo art. 3 – tutela ambientale e sostenibilità – e, dunque, per evitare la contrazione con la normativa sovranazionale (e in particolare l'art. 18 della dir. 2014/24/UE e la giurisprudenza sul punto della Cgue).

Ancor più innovativo è il comma 4, che da un lato prevede come «il principio del risultato costituisce[a] criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto...» secondo la formula di derivazione anglosassone, traducendosi nel dovere degli enti committenti di **ispirare le loro scelte discrezionali più al raggiungimento del risultato sostanziale che al rispetto formale della norma da applicare**; dall'altro valorizza il raggiungimento del risultato come elemento di valutazione del personale che svolge funzioni amministrative o tecniche nelle fasi di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione dei contratti, sia ai fini della valutazione delle loro responsabilità – e questa indicazione va letta in coordinamento con quanto si dirà in relazione al principio della fiducia – sia ai fini dell'attribuzione degli incentivi previsti dalla contrattazione collettiva, purché non si ricada nella distribuzione «a pioggia», già al vaglio passato dell'Anac²³.

In questi termini meglio si comprende la figura del «responsabile unico del progetto», l'individuazione del quale si basa sulle competenze professionali, e la cui azione è orientata al completamento dell'intervento pubblico nei termini previsti e nel rispetto degli obiettivi.

²⁰ G.D. Comporti, *La flessibilità nelle negoziazioni pubbliche: questa sconosciuta*, in *Dir. e Soc.*, p. 219 e ss., 2017.

²¹ Art. 1, co. 3 del d.lgs. 36/23.

²² G. Napolitano, *Il nuovo codice dei contratti pubblici: i principi generali*, cit.

²³ Si vedano i pareri, 13 dicembre 2007, n. 315 e 22 giugno 2005, n. 70.

I risultati di questa impostazione sono chiarissimi:

- i. l'interesse pubblico perseguito è quello dell'affidamento del contratto e dell'esecuzione della prestazione, massimizzando tempestività e rapporto qualità/prezzo, nel rispetto di legalità, trasparenza e concorrenza;
- ii. il principio del risultato ordina gli altri principi e profili dell'interesse pubblico, fungendo da criterio prioritario nelle valutazioni discrezionali;
- iii. l'individuazione della regola nel caso concreto avviene alla luce del principio del risultato;
- iv. l'attuazione delle regole costituzionali, della legge generale sul procedimento amministrativo e degli obiettivi dell'Unione europea è integrata nel principio del risultato.

1.6.4. *Il principio della fiducia*

Il successivo art. 2 tratta il principio della fiducia nell'azione legittima, trasparente e corretta delle pubbliche amministrazioni.

Il comma 1 richiama il principio come ispiratore della **reciproca condotta** degli enti appaltanti e degli operatori economici, per quanto, se da una parte il legislatore può regolare l'agire delle stazioni appaltanti, dall'altra lo stesso non può certo imporre agli operatori economici di non tutelare i propri diritti (v. osservazioni circa il principio del legittimo affidamento, più avanti); il comma 2 lo individua come **finalizzato a favorire e valorizzare l'iniziativa e l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici** nell'acquisizione e nell'esecuzione delle prestazioni, in combinato con il principio del risultato e vero elemento di novità della struttura per principi in analisi²⁴.

Ad una prospettiva orizzontale della fiducia tra stazioni appaltanti e operatori economici, si accompagna così una di tipo verticale, del legislatore nei confronti delle une e degli altri e volta a superare la logica «*del sospetto*» degli ultimi anni, fatta di una continua «*stratificazione di interventi normativi*» e l'esposizione dei funzionari a procedure automatiche di accertamento di responsabilità amministrative, civili, contabili e penali.

A supporto di questo importante cambio di passo, tuttavia, è necessaria quella che la Relazione al Codice **definisce una «rete di protezione»²⁵ rispetto al rischio giuridico-patrimoniale** che accompagna il loro operato. Il nuovo Codice ridefinisce così il concetto di colpa grave rilevante ai fini della responsabilità erariale, con un sistema che:

²⁴ Secondo R. Caranta, *Il nuovo codice dei contratti pubblici – I principi nel nuovo codice dei contratti pubblici*, cit., il vero elemento di novità è proprio il riferimento alla «responsabilità del personale» contenuto nella lett. a), riferimento che sposta la centralità dell'impostazione sull'art. 2 del nuovo Codice, in collegamento dell'art. 1.

²⁵ V. *Relazione agli articoli e agli allegati*, cit., pp. 13-14.

- da un lato, **circoscrive la colpa grave** esclusivamente alla violazione di norme di diritto e degli auto-vincoli amministrativi, nonché alla palese violazione di regole di prudenza, perizia e diligenza o all'omissione delle cautele, verifiche e informative preventive ordinariamente richieste per l'attività amministrativa;
- dall'altro, **esclude la colpa grave** nei casi di violazione od omissione determinata dal riferimento a indirizzi giurisprudenziali prevalenti o a pareri delle autorità competenti²⁶, indicando un chiaro *modus procedendi* ai funzionari alle prese con casi dubbi o incerti²⁷ che possa superare la c.d. burocrazia difensiva.

L'esito che ne deriva è un compromesso fra l'esigenza evidenziata nella relazione al Codice di ridurre le incertezze interpretative e la necessità di una impostazione coerente con l'istituto della responsabilità erariale, determinata a valutare il grado della colpa sulla base del caso concreto, sia pure nel rispetto delle disposizioni in esame e dalla giurisprudenza di settore²⁸.

La declinazione del principio si conclude con l'impegno ad azioni volte a riqualificare le stazioni appaltanti, potenziare le capacità professionali dei dipendenti attraverso piani di formazione e, soprattutto, **garantire la copertura assicurativa dei rischi per il personale**.

La disposizione sembra auspicare un superamento della prassi attuale, dove solo i titolari di cariche apicali procedono autonomamente e a proprie spese alla stipula di polizze assicurative, suggerendo alle pubbliche amministrazioni di predisporre convenzioni-quadro ovvero contribuire finanziariamente per rendere più accessibile la loro stipula (specie a fronte dell'irrisolto problema della mancanza di un tetto a questo tipo di responsabilità).

1.6.5. Il principio di accesso al mercato

L'art. 3 introduce il principio dell'accesso al mercato, il cui rispetto impone alle stazioni appaltanti e agli enti concedenti di **garantire agli operatori economici pari opportunità di competere per l'aggiudicazione dei contratti**, nel rispetto dei principi di concorrenza, imparzialità, non discriminazione, pubblicità, trasparenza e proporzionalità, secondo le modalità indicate dal Codice.

Imparzialità e non discriminazione, calati nella fase di affidamento dei contratti pubblici, ribadiscono il vincolo di assicurare la parità di trattamento fra gli operatori economici, mentre pubblicità e trasparenza impongono alle stazioni

²⁶ In coerenza con le vigenti previsioni del Codice della giustizia contabile (art. 69, comma 2 e art. 95, comma 4), a loro volta confermate di una giurisprudenza consolidata sull'elemento soggettivo della responsabilità erariale.

²⁷ Risulta più difficile la strada della richiesta di un parere ad hoc relativo al caso concreto, ipotesi che il legislatore continua a contemplare esclusivamente nell'ottica «precontenziosa». V. sul punto ancora G. Napolitano, *Il nuovo codice dei contratti pubblici: i principi generali*, cit.

²⁸ V. Corte dei conti, *Contributo scritto su atto governo n. 19 Codice dei contratti pubblici*, febbraio 2023.

appaltanti e agli enti concedenti di rendere quanto più visibile e controllabile dall'esterno il proprio operato.

La proporzionalità, invece, richiede alle stazioni appaltanti e agli enti concedenti di adottare, nell'esercizio del potere discrezionale, la soluzione più congrua che comporti il minor sacrificio possibile di tutti gli interessi coinvolti, pubblici e privati, ad esempio predisponendo la documentazione di gara in modo tale da permettere la maggiore partecipazione possibile degli operatori economici, soprattutto di piccola e media dimensione²⁹.

La concorrenza qui tutelata è, dunque, quella **per il mercato, consistente nell'accesso all'utilità riservata dell'affidamento della singola commessa pubblica**, secondo le «*modalità indicate dal Codice*» – a voler indicare, con quest'ultimo inciso, la volontà del legislatore di riconquistare il dominio della disciplina, evitando ogni estensione del perimetro delle regole di affidamento³⁰.

Tra i tre principi è quello che appare meno incisivo, risolvendosi in una elencazione di postulati che da sempre governano il settore dei contratti pubblici applicati alla materia dell'accesso al mercato e che non introducono alcun elemento innovativo rispetto al quadro normativo vigente. Non solo.

La disciplina così delineata, per quanto pienamente in linea con quella del principio di risultato più sopra analizzato, denota un **possibile regresso sui temi della sostenibilità e tutela ambientale**, non espressamente richiamati, in contrasto con quanto disposto dall'art. 18, comma 2, della dir. 2014/24/Ue e la giurisprudenza Tim della Cgue in materia³¹.

Secondo altri³², invece, il legislatore ha riportato nella giusta dimensione il discorso sulle finalità generali o di utilità sociale come la protezione dell'ambiente,

²⁹ Si veda in tal senso il considerando 3 della dir. n. 24/2014/Ue.

³⁰ G. Napolitano, *Il nuovo codice dei contratti pubblici: i principi generali*, cit.

³¹ Sul punto Corte di Giustizia Ue, 30 gennaio 2020, in causa C-395/18, Tim, paragrafo 38, ha di recente ribadito che «*l'articolo 18 della direttiva 2014/24, intitolato "Principi per l'aggiudicazione degli appalti", è il primo articolo del capo II di tale direttiva dedicato alle "disposizioni generali" relative alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici. Così, stabilendo al comma 2 di tale articolo che gli operatori economici debbono rispettare, nell'esecuzione degli appalti, gli obblighi applicabili in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro, il legislatore dell'Unione ha inteso erigere tale prescrizione a principio, allo stesso titolo degli altri principi contemplati al paragrafo 1 del medesimo articolo, vale a dire i principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di trasparenza, di proporzionalità, nonché di divieto di sottrazione di un appalto all'ambito di applicazione della dir. 2014/24 o di limitazione artificiosa della concorrenza. Ne consegue che una prescrizione siffatta costituisce, nell'economia generale di tale direttiva, un valore cardine sul cui rispetto gli Stati membri devono vigilare in virtù della formulazione stessa dell'articolo 18, paragrafo 2, della direttiva in parola*». Ancora, R. Caranta, *Il nuovo codice dei contratti pubblici – I principi nel nuovo codice dei contratti pubblici*, cit., segnala che «*ignorando la portata di principio dell'art. 18, comma 2, dir. 2014/24/Ue e la giurisprudenza Tim il nuovo Codice si pone anche in contrasto con l'art. 1, l. 21 giugno 2022, n. 78, la legge delega alla base del nuovo Codice, anche con riferimento al criterio di cui alla lett. f)*».

³² G. Napolitano, *Il nuovo codice dei contratti pubblici: i principi generali*, cit.

la sostenibilità e la parità di genere. Il fatto che queste non compaiono nei tre principi fondamentali o in quelli successivi ribadisce la necessità di guardare ai contratti pubblici prestando **attenzione agli interessi primari concretamente perseguiti** dai diversi attori, a cominciare dalla committente.

1.6.6. I principi-regole

I principi declinati negli articoli successivi (buona fede, solidarietà, auto-organizzazione, autonomia contrattuale, conservazione dell'equilibrio contrattuale, massima partecipazione, tutela sociale) presentano contenuti prescrittivi di maggior dettaglio e ambiti di applicazione più circoscritti. Come anticipato, dunque, costituiscono principi-regole più che valori.

A fini espositivi, tali principi si possono ordinare a seconda che si rivolgono primariamente alle amministrazioni, chiarendo i margini di autonomia organizzativa e gestionale di cui dispongono, oppure agli operatori e agli altri soggetti interessati, come gli enti non lucrativi e i lavoratori, in funzione di garanzia.

1.6.7. I principi-guida per l'amministrazione: l'autonomia organizzativa e contrattuale

I principi di auto-organizzazione (art. 7) e di autonomia contrattuale (art. 8) sono indirizzati alle pubbliche amministrazioni e si ricollegano al principio del risultato, con l'obiettivo di valorizzare sul piano strutturale e su quello funzionale il nuovo margine di flessibilità di cui esse, almeno testualmente, dovrebbero disporre.

In base al principio di auto-organizzazione, le amministrazioni possono conseguire i lavori, i beni e i servizi di cui hanno bisogno mediante auto-produzione, esternalizzazione o cooperazione amministrativa. Si tratta di un'affermazione coerente con il «*principio di libera amministrazione*» che apre la dir. 2014/23/UE in materia di concessioni, secondo cui «*le autorità nazionali, regionali e locali possono liberamente organizzare l'esecuzione dei propri lavori o la prestazione dei propri servizi in conformità del diritto nazionale e dell'Unione*», e con quanto previsto dalla legislazione di altri Stati membri³³.

In astratto, auto-produzione e ricorso al mercato hanno pari dignità. Tuttavia, laddove la scelta dell'amministrazione si concretizzi in un affidamento a una società in house, l'art. 7, comma 2 del Codice richiede una specifica motivazione, similmente a quanto previsto dal d.lgs. 50/2016, n. 50 nel recepire le direttive comunitarie, che pure tale onere aggiuntivo non l'hanno mai imposto.

Rispetto al quadro normativo previgente, tuttavia:

- amplia il campo di applicazione del modello *in house* estendendolo anche ai **beni**;

³³ In questi termini si pone l'ordinamento francese. V. l'art. 1 del Code de la commande publique.

- **semplifica la motivazione** del ricorso all'autoproduzione (che è accomunato all'affidamento mediante ricorso al mercato dall'applicazione dei principi di cui agli artt. 1, 2 e 3 del Codice), prevedendo due livelli di complessità:
 - 1) per i servizi all'utenza, in motivazione devono essere evidenziati i vantaggi per la collettività sotto il profilo della **qualità della prestazione e universalità del servizio, del risparmio di tempo e del razionale impiego delle risorse pubbliche**;
 - 2) per i servizi strumentali alla Pa, è sufficiente una motivazione più snella in relazione alla **riduzione dei tempi e costi** (anche mediante confronto con gli standard di riferimento³⁴) e di perseguimento di **interessi strategici**.

La disposizione, infine, disciplina gli accordi tra amministrazioni per lo svolgimento in comune di compiti di interesse pubblico, anche alla luce dei chiarimenti giurisprudenziali offerti rispetto alla previgente formulazione normativa.

Le amministrazioni che partecipano all'accordo possono infatti:

- a) avere anche competenze diverse e perseguire finalità pubbliche **differenti**,
- b) purché la **reciproca collaborazione** allo svolgimento di compiti funzionali all'attività di interesse comune (di tutte le parti)
- c) **consenta a ciascuna amministrazione di realizzare il proprio obiettivo**.

Elemento determinante è, ad oggi, l'assenza di una logica di scambio.

In ogni caso, le stazioni appaltanti o gli enti concedenti partecipanti devono svolgere sul mercato aperto **meno del 20% delle attività interessate dalla cooperazione**, quand'anche si rispettino le altre condizioni.

L'affermazione del principio di autonomia contrattuale di cui al successivo art. 8 definisce, invece, con una norma espressa il noto orientamento giurisprudenziale che riconosce alla pubblica amministrazione una **capacità negoziale generale**.

Un primo passo in questo senso si era già avuto con riforma della legge sul procedimento amministrativo del 2005, secondo cui *«la pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente»*³⁵, la quale riprendeva una conclusione da tempo raggiunta in via pretoria sulla base della disposizione contenuta nel Codice civile per cui *«le provincie e i comuni, nonché gli enti pubblici riconosciuti come persone giuridiche godono dei diritti secondo le leggi e gli usi osservati come diritto pubblico»*³⁶.

³⁴ La norma precisa, infatti, che la valutazione di convenienza economica deve essere effettuata con riferimento a parametri oggettivi e predeterminati di rapporto qualità/prezzo, *ivi* inclusi quelli ricavabili dagli standard fissati nelle convenzioni stipulate dalla società Consip S.p.a. Inoltre, non è più prescritta alcuna iscrizione nei registri dell'Anac com'era invece previsto dall'art. 192, d.lgs. n. 50/2016.

³⁵ V. art. 1, comma 1-bis, l. n. 241/1990.

³⁶ Il riferimento è all'art. 11 c.c. Sul punto v., per tutti, v. Cerulli Irelli, *Amministrazione pubblica*

Il nuovo Codice supera ogni residua incertezza sul punto affermando che «*nel perseguire le proprie finalità istituzionali le pubbliche amministrazioni sono dotate di autonomia contrattuale e possono concludere qualsiasi contratto*»³⁷ non potendo subire limitazioni se non per il tramite di una previsione di legge, peraltro espressa.

Conferma ne sia la stessa perimetrazione dell'ambito di applicazione del Codice, che non copre più l'intera attività negoziale, ma, in coerenza con la fonte europea, soltanto gli appalti e le concessioni³⁸. Ed è proprio per l'attività contrattuale ulteriore rispetto a quella relativa ad appalti e concessioni che l'autonomia è destinata a dispiegarsi in modo più ampio e libero, anche mediante la stipula di **contratti atipici**³⁹. L'autonomia negoziale, tuttavia, riguarda solo la tipologia prescelta **laddove la formazione della volontà dell'amministrazione e l'individuazione del contraente rimangono sottratte a ogni manifestazione di autonomia contrattuale**.

Il riferimento alle finalità istituzionali sancisce, invece, la piena compatibilità tra il perseguimento di obiettivi pubblicistici e l'impiego degli strumenti contrattuali, senza conferire giuridica rilevanza al motivo soggettivo che muove l'amministrazione.

Da ultimo, il Codice pone due precisazioni: si chiarisce, da un lato, che l'amministrazione, come tutti i soggetti di diritto (salvo incapacità speciali), ha la capacità giuridica di **ricevere per atto di liberalità**; dall'altro, ferma restando la generale ammissibilità dei contratti gratuiti con l'amministrazione, richiede l'**applicazione dell'equo compenso ai professionisti**.

Sul secondo punto citato risulta, peraltro, una modifica dell'ultimo minuto. Nella versione del comma 2 dell'art. 8 predisposta dal Consiglio di Stato, era esclusa categoricamente la possibilità di prestazione d'opera intellettuale gratuita, mentre lo schema di codice poi approvato dal Governo e trasmesso alle Camere, maggiormente rispettoso del criterio direttivo della legge delega (art. 1, comma 2, lett. l), prevede la possibilità di ricorrervi «*in casi eccezionali e previa adeguata motivazione*».

e diritto privato, Giappichelli, Torino, 2011, p. 69 ss. Con riferimento alla riforma citata, sui persistenti limiti e ambiguità, anche in sede giurisprudenziale, si veda da ultimo G. Napolitano, *Ritorno al Diritto privato? Ovvero dei sentieri interrotti dell'efficienza amministrativa*, in *L'Amministrazione nell'assetto costituzionale dei poteri pubblici. Scritti in onore di Vincenzo Cerulli Irelli*, Giappichelli, Torino, 2021, Tomo I, pp. 174-184.

³⁷ Art. 8, comma 1, d.lgs. n. 36/2023.

³⁸ Art. 13, comma 1, d.lgs. n. 36/2023.

³⁹ In questi termini si precisa che il Codice non si applica ai contratti esclusi, al contrario, del precedente Codice che dichiarava soggetti al medesimo o quanto meno ai suoi principi, anche questi ultimi.

1.6.8. I principi-garanzia per gli operatori: la buona fede e legittimo affidamento e la conservazione equilibrio contrattuale

Sono di contro rivolti a salvaguardare gli operatori privati e, in definitiva, a rafforzare la loro fiducia il principio di buona fede e tutela dell'affidamento (art. 5) e quello di conservazione dell'equilibrio contrattuale (art. 9).

Il primo muove dall'affermazione secondo cui «*nella procedura di gara le stazioni appaltanti, gli enti concedenti e gli operatori economici si comportano reciprocamente nel rispetto dei principi di buona fede e di tutela dell'affidamento*»⁴⁰. Si tratta di un'affermazione in linea con l'obbligo reciproco di correttezza fissato con un'apposita riforma alla l. 241/90 sul procedimento amministrativo del 2020⁴¹ e i successivi approdi della giurisprudenza e in particolare le sentenze dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato del 2021⁴².

Coerentemente si chiarisce che, nell'ambito delle procedure di gara, anche prima dell'aggiudicazione, sussiste un «*affidamento dell'operatore economico sul legittimo esercizio del potere e sulla conformità del comportamento amministrativo al principio di buona fede*»⁴³, in armonia con i principi enunciati dall'Adunanza Plenaria secondo cui l'affidamento è un **limite al potere amministrativo** «*che può venire in considerazione sia in materia di diritti soggettivi che di interessi legittimi ed inerire, pertanto, anche i rapporti connotati da un collegamento con l'esercizio del potere*»⁴⁴. La previsione mira a rammentare alle amministrazioni che, una volta aperta una procedura di gara, la loro

⁴⁰ Art. 5, comma 1, d.lgs. n. 36/2023. Qui, più che una regola, si declina un valore, che forse meglio avrebbe trovato spazio a complemento del principio di accesso al mercato come ulteriore presidio delle libertà di circolazione e di stabilimento; valore nel senso visto in precedenza, in G. Morbidelli, *I principi nel codice dei contratti pubblici*, cit.

⁴¹ Art. 1, comma 2-bis, l. n. 241/1990, 2-bis, aggiunto dall'art. 12, comma 1, lettera a), l. n. 120 del 2020 secondo cui «*i rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede*».

⁴² Il Consiglio di Stato, già a partire dalla sentenza 15 luglio 2008, n. 3536 nell'ambito di un contenzioso ove l'amministrazione con i propri atti ha indotto in errore l'interessato in buona fede, ha affermato che «*nel rispetto dei principi fondamentali fissati dall'art. 97 della Costituzione, l'amministrazione è tenuta ad improntare la sua azione non solo agli specifici principi di legalità, imparzialità e buon andamento, ma anche al principio generale di comportamento secondo buona fede, cui corrisponde [...] l'onere di sopportare le conseguenze sfavorevoli del proprio comportamento che abbia ingenerato nel cittadino incolpevole un legittimo affidamento*». In materia di procedure di affidamento di contratti pubblici, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con sentenze «gemelle» nn. 19, 20 e 21 del 29 novembre 2021, dopo aver confermato la giurisdizione del Giudice amministrativo relativamente alla domanda del privato diretta ad ottenere la condanna della Pa al risarcimento dei danni subiti a seguito dell'annullamento in sede giurisdizionale di un provvedimento amministrativo favorevole all'interessato, ha delimitato l'area della responsabilità precontrattuale della Pa prevedendo che il danno da lesione dell'affidamento incolpevole è risarcibile soltanto se l'affidamento ingenerato dal privato non sia frutto di dolo o colpa grave.

⁴³ Art. 5, co. 2 del d.lgs. 36/2023.

⁴⁴ V. *Relazione agli articoli e agli allegati*, cit., p. 16.

discrezionalità inevitabilmente si riduce, inibendo pentimenti arbitrari o capricciosi. Allo stesso tempo, sovrappone al regime di diritto comune della responsabilità pre-contrattuale una disciplina speciale di conformazione del potere amministrativo⁴⁵.

Le disposizioni successive hanno carattere immediatamente prescrittivo. In particolare, si contempla l'ipotesi di aggiudicazione annullata su ricorso di terzi o in autotutela.

In caso di illegittimità agevolmente rilevabile in base alla diligenza professionale richiesta ai concorrenti⁴⁶, **nessun risarcimento è dovuto**. Tuttavia, nei casi in cui non spetta l'aggiudicazione, il danno da lesione dell'affidamento è limitato ai pregiudizi economici **effettivamente subiti e provati** dall'operatore economico⁴⁷. Quindi, si dà fondamento normativo espresso all'**azione di rivalsa** da parte dell'amministrazione condannata al risarcimento del danno a favore del terzo illegittimamente pretermesso dalla procedura di gara nei confronti dell'operatore economico che sia risultato aggiudicatario sulla base di una condotta illecita⁴⁸.

L'affermazione del principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale mira a codificare una **disciplina generale per la gestione delle sopravvenienze straordinarie e imprevedibili** tali da determinare una sostanziale alterazione dell'equilibrio contrattuale, ipotesi diventate molto frequenti nella congiuntura economica e sociale più recente.

⁴⁵ Ciò probabilmente anche al fine di meglio radicare la giurisdizione del giudice amministrativo.

⁴⁶ La dottrina ha criticato la disposizione, non comprendendosi *«perché si consideri la diligenza professionale dei concorrenti come prevalente rispetto a quella della stazione appaltante, tanto più se il ricorrente abbia avvisato l'amministrazione dei suoi dubbi, essendone rassicurato. Se così fosse, sarebbe verosimilmente violato il principio di tutela dell'affidamento come inteso dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia»*, R. Caranta, *Il nuovo codice dei contratti pubblici – I principi nel nuovo codice dei contratti pubblici*, cit., osservazione confermata anche da M.A. Sandulli, *Prime considerazioni sullo Schema del nuovo Codice dei contratti pubblici*, su giustizjainsieme.it, 21 dicembre 2022.

⁴⁷ Art. 5, comma 3, d.lgs. n. 36/2023. L'area così individuata dal legislatore coincide con quella del c.d. interesse negativo elaborata dalla giurisprudenza civile in materia di responsabilità pre-contrattuale, che fa riferimento ai costi inutilmente sostenuti per partecipare alla gara e alla c.d. chance contrattuale alternativa.

⁴⁸ Art. 5, comma 4, d.lgs. n. 36/2023. La norma si coordina con la modifica della disciplina processuale dell'azione di rivalsa dell'amministrazione contro l'aggiudicatario originario (art. 124 del C.p.a.), assegnando la relativa giurisdizione al giudice amministrativo – assegnazione che secondo alcuni solleva dubbi di costituzionalità, trattandosi di una pretesa creditoria non legata a un provvedimento dell'autorità pubblica. L'impostazione scelta solleva così interrogativi sulla tutela degli interessi dell'aggiudicatario che, confidando nella regolarità della propria offerta, ha avviato l'esecuzione del contratto. Peraltro, nelle situazioni con assunzione del rischio di impresa, come le fattispecie concessorie, l'addebito dell'onere risarcitorio potrebbe compromettere l'equilibrio economico-finanziario del progetto. Rimane poi da verificare se la contestazione circa l'illiceità della condotta dell'aggiudicatario debba emergere già nel giudizio di legittimità sulla gara o possa essere introdotta per la prima volta nell'azione di rivalsa.

L'affermazione qui proposta riflette, tuttavia, una prospettiva innovativa rispetto alla tradizionale tutela ammessa nell'ambito dei contratti pubblici. Invece di continuare ad adottare un approccio meramente demolitorio in caso di difficoltà contrattuali, il d.lgs. 36/2023 mira a garantire – similmente a quanto previsto dall'art. 1464 del Codice civile – **la sopravvivenza del contratto** e a preservare gli interessi economici delle parti coinvolte⁴⁹.

La normativa si ispira a concetti internazionali come la *«frustration of purpose»* e il *«Wegfall der Geschäftsgrundlage»* (perdita della base negoziale) presenti nei Principi Unidroit e nel Codice europeo dei contratti⁵⁰, a dimostrazione di una precisa scelta normativa orientata a parificare la posizione delle parti e, anzi, a rafforzare la tutela dell'esecutore, ossia dell'operatore economico, rispetto a quanto sinora previsto⁵¹. Si intende così conciliare lo speciale interesse dell'amministrazione committente alla continuità delle prestazioni e delle forniture con quello degli operatori alla tutela dell'equilibrio economico-finanziario (a garanzia anche dei loro lavoratori e fornitori).

Le disposizioni in merito specificano anche **i criteri** da soddisfare affinché possa essere richiesto il diritto alla rinegoziazione:

- 1) deve trattarsi di eventi **straordinari e imprevedibili**⁵²;
- 2) i rischi concretizzatisi da tali eventi non devono essere stati **volontariamente** assunti dalla parte che subisce il pregiudizio;
- 3) tali eventi devono determinare **un'alterazione rilevante** dell'originario equilibrio contrattuale, come risultante dalla gara e dal provvedimento di aggiudicazione e non devono essere riconducibili alla normale alea, all'ordinaria fluttuazione economica e al rischio di mercato;
- 4) la parte svantaggiata ha l'**onere di dimostrare** l'integrazione di questi requisiti, e solo in tal caso è riconosciuto il diritto in parola.

⁴⁹ M.E. Comba, *Il nuovo codice dei contratti pubblici – Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale*, in *Giur. It.*, 8-9, p. 1975, 2023, ricorda come, in precedenza, nel caso in cui la prestazione di una parte (nella materia in argomento, sempre dell'appaltatore) diventasse eccessivamente onerosa per avvenimenti straordinari ed imprevedibili, la parte non aveva diritto ad un adeguamento del corrispettivo, ma solamente a domandare la risoluzione del contratto, salva la possibilità dell'altra parte di offrire una equa modifica delle condizioni contrattuali. Al contrario, non era consentito il rimedio manutentivo di cui all'art. 1664 c.c. in ragione del principio di specialità della disciplina sui contratti pubblici.

⁵⁰ V. *Relazione agli articoli e agli allegati*, cit., p. 23.

⁵¹ B. Marchetti, *Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale nel nuovo Codice dei contratti pubblici: prime osservazioni*, relazione al convegno *I principi nel codice dei contratti pubblici*, Firenze, 14 aprile 2023.

⁵² Si potrebbe leggere nel riferimento a imprevedibilità relativa, nei termini del commento all'art. 60 di cui alla Relazione, la quale specifica che il meccanismo di revisione è attivabile in presenza di *«particolari condizioni, di natura oggettiva, non prevedibili al momento della formulazione dell'offerta»*. V. sul punto M.E. Comba, *Il nuovo codice dei contratti pubblici – Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale*, cit.

In ogni caso la rinegoziazione non deve alterare il finanziamento complessivo dell'opera ed è **ammessa nei limiti dello stanziamento di bilancio** originario, potendo attingere anche dalle economie da ribasso d'asta. Inoltre, per garantire la compatibilità con i principi europei e le regole di gara, si precisa che la rinegoziazione ha l'esclusiva finalità di ripristinare l'originario equilibrio del contratto, considerando il complesso degli atti alla base della costituzione del rapporto, inclusi bando e provvedimento di aggiudicazione.

La normativa disciplina anche il caso in cui le sopravvenienze incidano sull'utilità della prestazione per la parte **creditrice**, introducendo la possibilità di una proporzionale riduzione del prezzo in caso di impossibilità sopravvenuta parziale del contratto ai sensi dell'art. 1464 c.c.: anche in tale ipotesi, dunque, viene privilegiato il rimedio manutentivo rispetto a quello demolitorio.

Infine, si incoraggia la gestione negoziale delle sopravvenienze attraverso l'introduzione di **clausole di rinegoziazione**, con particolare attenzione alle situazioni in cui la durata del contratto o altre circostanze rendano opportuna questa previsione. La pubblicità di tali clausole nel bando o nell'avviso di indizione della gara mira a garantire la parità di trattamento tra i concorrenti e ad evitare obiezioni successive riguardo a 'aggiustamenti' del contratto che potrebbero avere effetti discriminatori. È bene chiarire, però, che il diritto alla rinegoziazione è riconosciuto **per legge** (alle stringenti condizioni prima indicate) anche a prescindere da una specifica pattuizione ed è sempre tutelabile mediante il ricorso alla determinazione equitativa da parte del giudice ordinario, ai sensi del successivo art. 120, comma 8⁵³.

In effetti, giova ricordare che il principio in questione non va letto isolatamente, ma unitamente alle specificazioni degli artt. 60 e 120⁵⁴, in materia rispettivamente di revisione dei prezzi e di modifica dei contratti in corso di esecuzione⁵⁵ mentre

⁵³ Si rinvia in proposito, anche per alcune opportune considerazioni critiche, ancora a B. Marchetti, *Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale nel nuovo Codice dei contratti pubblici: prime osservazioni*, cit.

⁵⁴ La specificazione normativa avviene non senza disallineamenti rispetto al principio. A titolo d'esempio risulta diversa nella revisione prezzi l'indicazione del limite quantitativo all'importo della revisione, in quanto l'art. 9 fa riferimento alle previsioni del Quadro economico per somme a disposizione, per imprevisti e, se necessario, anche utilizzando le economie di ribasso d'asta, mentre l'art. 60, al comma 5, stabilisce regole parzialmente differenti: riduce al 50% l'utilizzabilità delle somme a disposizione (lett. a), non subordina il ricorso ai ribassi d'asta.

⁵⁵ La seconda disposizione citata è in larga parte di trasposizione dell'art. 72, dir. 2014/24/Ue, ma rappresenta, nella parte in cui prevede al secondo periodo dell'art. 120, comma 8 la facoltà per l'appaltatore di adire in giudizio per ottenere la sostituzione automatica di clausole, probabilmente ai sensi dell'art. 1419, comma 2 e 1339 c.c., l'aspetto di maggiore innovazione sul punto. Non è questa la sede per affrontare il problema di giurisdizione, né le ulteriori conseguenze di carattere processuale.

l'allegato II.14, cui la stessa norma rimanda, definisce alcuni aspetti prettamente procedurali, in gran parte ripresi dal d.m. 49/2018⁵⁶.

1.6.9. Gli ulteriori principi-garanzia per gli operatori: Tassatività delle clausole di esclusione e sussidiarietà orizzontale

Sempre in un'ottica di garanzia per i privati, ma collegati al principio dell'accesso al mercato, vanno letti i principi di massima partecipazione e tassatività delle clausole di esclusione di cui all'art. 10, da un lato, e di sussidiarietà orizzontale *ex* art. 6, dall'altro.

Il primo si apre con l'affermazione secondo cui «*i contratti pubblici non sono affidati agli operatori economici nei confronti dei quali sia stata accertata la sussistenza di cause di esclusione espressamente definite dal codice*»⁵⁷. La disposizione mira ad affermare una sorta di **riserva di legge espressa**, impedendo alle amministrazioni di introdurre o applicare cause di esclusione non specificamente previste dalla legge, anzi dal Codice stesso. Ne è una conferma la qualificazione delle cause di esclusione previste dagli artt. 94 e 95 come **tassative ed eterointegrative** dei bandi e delle lettere di invito, in quanto norme imperative, mentre quelle «*che prevedono cause ulteriori di esclusione sono nulle e si considerano non apposte*» per nullità parziale limitata alla stessa clausola⁵⁸.

Infine, si autorizzano le stazioni appaltanti a introdurre **criteri di selezione aggiuntivi ma limitatamente ai requisiti speciali** di carattere economico-finanziario e tecnico-professionale, tenendo presente l'interesse pubblico al più ampio numero di potenziali concorrenti (in linea con quanto previsto dal vecchio art. 83, comma 2, d.lgs. n. 80 del 2016).

In nome del principio di solidarietà di cui all'art. 6, invece, il Codice introduce un regime speciale per l'affidamento dei servizi sociali, stabilendo come la pubblica amministrazione possa adottare modelli organizzativi di amministrazione condivisa, privi di rapporti sinallagmatici, e basati sulla condivisione della funzione amministrativa con gli enti del Terzo settore.

Tale disposizione si conforma alla **sentenza della Corte costituzionale n. 131 del 2020**, che ha riconosciuto la coesistenza di due modelli organizzativi alternativi per l'affidamento dei servizi sociali: uno fondato sulla concorrenza e

⁵⁶ I tre articoli citati – 9, 60 e 120, con l'allegato II.14 – possono essere letti come un *corpus* di norme strettamente integrato, finalizzato a disciplinare le vicende del contratto pubblico in fase di esecuzione, nel quale gli ultimi due articoli devono essere interpretati alla luce del principio enunciato nel primo (senza dimenticare che tale corpus è comunque soggetto ai limiti posti dall'art. 72, dir. 24/2014). V. sul punto M.E. Comba, *Il nuovo codice dei contratti pubblici – Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale*, cit.

⁵⁷ Art. 10, comma 1, d.lgs. n. 36/2023.

⁵⁸ In coerenza con l'orientamento espresso dall'Adunanza Plenaria (cfr. n. 22 del 2020).

l'altro sulla solidarietà e sulla sussidiarietà orizzontale⁵⁹. Il secondo tipo di affidamento, che quindi può avvenire in via diretta, riguarda in particolare i servizi sociali di interesse generale erogati dagli enti del c.d. Terzo settore e costituiscono non una deroga al sistema concorrenziale ma un sistema autonomo e parallelo⁶⁰, «*sempre che gli stessi contribuiscano al perseguimento delle finalità sociali in condizione di pari trattamento, in modo effettivo e trasparente e in base al principio del risultato*».

Anche tali enti affidatari devono essere scelti nel rispetto dei principi di non discriminazione, trasparenza ed effettività, conformemente al principio del risultato. In tal modo, si attribuisce portata generale a quanto già previsto dal d.lgs. 117/2017 (Codice del Terzo settore), stabilendo un chiaro rapporto di non conflittualità tra quest'ultimo e il Codice dei contratti pubblici, da cui questi i c.d. contratti sociali sono **esclusi**.

1.6.10. Il principio-garanzia: le tutele sociali

L'art. 11 chiude la parte dedicata ai principi prevedendo al comma 1 l'**obbligo di applicare il contratto collettivo nazionale di lavoro** in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni oggetto del contratto, in attuazione dell'art. 1, comma 2, lett. h, n. 2), della legge delega.

In questo modo il nuovo Codice dei contratti pubblici mira a offrire una tutela sociale diretta in favore dei lavoratori, contrastando eventuali inadempienze contributive e ritardo nei pagamenti da parte degli appaltatori.

Per soddisfare esigenze di certezza (e trasparenza), il comma 2 impone l'individuazione del contratto da applicare in capo alle stazioni appaltanti e agli enti concedenti **direttamente nei bandi** e negli inviti⁶¹. Tuttavia, al fine di riconoscere un certo margine di flessibilità agli operatori nel rispetto della libertà d'iniziativa economica garantita dall'art. 41 della Costituzione, essi possono indicare nella propria offerta un contratto collettivo diverso da quello indicato nella documentazione di gara, a condizione che tale contratto garantisca ai dipendenti le

⁵⁹ Il principio di sussidiarietà orizzontale si basa sul coinvolgimento della società civile nello svolgimento di funzioni amministrative.

⁶⁰ La Corte di Giustizia (Cgue, sez. VIII, 7 luglio 2022, cause riunite C-213/21 e C-214/21, Italy Emergenza Cooperativa Sociale contro Azienda Sanitaria Locale Barletta-Andria-Trani) ha precisato che la nozione di organizzazioni o di associazioni «senza scopo di lucro» che possono beneficiare di affidamenti diretti, ai sensi dell'art. 10, lett. h), dir. Ue 2014/24, deve essere strettamente circoscritta alle organizzazioni e alle associazioni che non perseguono alcun fine di lucro e che non possono procurare alcun utile, neppure indiretto, ai loro membri, non rientrando pertanto in siffatta nozione le cooperative sociali che, distribuendo utili ai soci, non possono definirsi senza scopo di lucro. Deve in particolare trattarsi di organizzazioni o associazioni che abbiano l'obiettivo di svolgere funzioni sociali, che non abbiano finalità commerciali e che reinvestano eventuali utili al fine di raggiungere i loro obiettivi (v. Cgue 21 marzo 2019, C-465/17, punto 59).

⁶¹ Art. 11, comma 2, d.lgs. n. 36/2023.

stesse tutele di quello indicato dalla stazione appaltante o dall'ente concedente. Inoltre, al fine di bilanciare la liberalizzazione del subappalto, si stabilisce che le stazioni appaltanti e gli enti concedenti devono verificare, ai sensi del comma 5, che le medesime tutele normative ed economiche siano **garantite ai lavoratori in subappalto**.

L'ultimo comma, infine, disciplina l'intervento sostitutivo della stazione appaltante in caso di inadempienze contributive o retributive dell'impresa affidataria o del subappaltatore, sulla falsariga della disciplina contenuta nei commi 5, 5-bis e 6 dell'art. 30 del d.lgs. n. 50/16.

Maggiori dettagli nella seconda parte del presente volume.

1.7. Rapporto tra principi e il rinvio a normativa esterna

L'art. 12 effettua un duplice rinvio alla normativa esterna laddove non risultino **previsioni espresse** nel Codice a disciplina di una questione:

- a) **alla legge 241/1990** sul procedimento amministrativo, per le procedure di affidamento e le altre attività amministrative;
- b) **al Codice civile**, per la stipula del contratto e fase di esecuzione.

Si conferma, dunque, che la fase procedimentale ad evidenza pubblica (che comprende la deliberazione di addvenire al contratto fino alla sua approvazione), è governata dal diritto pubblico in cui la Pa agisce mediante atti amministrativi espressione dei suoi poteri autoritativi; mentre la fase negoziale in senso stretto, relativa all'esecuzione del contratto, viene disciplinata dal Codice civile, in cui prevale la logica della parità delle parti.

Si ritiene, tuttavia, che il primo dei rinvii citati in funzione integrativa, alla l. 241/90, debba ritenersi **sussidiario** rispetto ai principi sinora analizzati⁶², onde rispettare l'impostazione codicistica di declinare principi propri della materia dei contratti pubblici e non dell'azione amministrativa in generale.

1.8. Prime conclusioni

Non tutto nel nuovo Codice dei contratti è da condividere pienamente, né mancano limiti ed insufficienze. Dall'analisi svolta emerge, però, un quadro generale in grado – almeno astrattamente – di reggere il sistema ed assicurare razionalità e controllabilità delle decisioni⁶³. Rimane però da verificare l'effettiva volontà di

⁶² R. Caranta, *Il nuovo codice dei contratti pubblici – I principi nel nuovo codice dei contratti pubblici*, cit.

⁶³ L.R. Perfetti, *Sul nuovo codice dei contratti pubblici. In principio*, cit.

investire nel miglioramento della capacità amministrativa indispensabile a un pieno esercizio di una discrezionalità orientata al risultato e di creare un più ampio quadro normativo a ciò favorevole⁶⁴.

1.9. Un nuovo motore: la digitalizzazione

In ogni caso, una cornice già rinnovata entro cui i principi sopra esposti opereranno – almeno nelle intenzioni del legislatore del Codice – è quella fornita dalla «digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti», cui è dedicata la seconda parte del I libro.

Dopo i primi stimoli in tal senso, avuti con il d.lgs. 50/16⁶⁵ e il Pnrr⁶⁶, si definisce ora un vero e proprio «**ecosistema nazionale di approvvigionamento digitale**» i cui pilastri si individuano nella Banca dati nazionale dei contratti pubblici, nel fascicolo virtuale dell'operatore economico (Fvoe) reso operativo dall'Anac, nell'utilizzo di piattaforme *e-procurement* per gli acquisti e di procedure automatizzate in tutto il ciclo di vita dei contratti, a partire dalla programmazione; pilastri, questi, volti all'obiettivo di fondo di informatizzare ogni singola fase della procedura dei contratti pubblici.

Il motore di questa macchina informatica è rappresentato oggi dalla interconnessione e interoperabilità tra i sistemi telematici attraverso interfacce applicative che consentano un risparmio di tempo per effettuare attività conoscitive, (per l'effettiva realizzazione del principio del «*once only*») e la tracciabilità e trasparenza delle informazioni conseguite.

Tale ammodernamento tecnologico della Pa richiede secondo il legislatore il rispetto di quattro capisaldi dell'attività di informatizzazione, che danno attuazione al c.d. diritto alla cittadinanza digitale⁶⁷:

- **la neutralità tecnologica**, da intendersi nel senso di preferire un approccio flessibile alle diverse tecnologie a disposizione, senza che una prevalga necessariamente sulle altre;

⁶⁴ G. Napolitano, *Il nuovo codice dei contratti pubblici: i principi generali*, cit.

⁶⁵ Come noto, gli artt. 29, 33 e 34, della direttiva n. 23 e gli artt. 22 e 40, rispettivamente, delle direttive nn. 24 e 25, che anche il vecchio Codice aveva recepito, introducono l'obbligo generale per le stazioni appaltanti di impiegare mezzi elettronici di comunicazione, salvo particolari casi di impossibilità per la natura particolare dell'appalto.

⁶⁶ La digitalizzazione costituisce uno tra gli obiettivi più rilevanti anche del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza che ha previsto un corposo pacchetto di investimenti e riforme con l'obiettivo, tra gli altri, di accelerare la transizione ecologica e digitale della Pa, rafforzare il sistema produttivo, raggiungere una maggiore equità di genere, generazionale e territoriale (v. oggetto della missione 1 del Pnrr e successive specificazioni).

⁶⁷ V. comma 1 dell'art. 19 del d.lgs. n. 36/2023.

- **la trasparenza**, nel senso di garantire ai cittadini e alle imprese il diritto di accedere a tutti i dati, i documenti e i servizi di loro interesse in modalità digitale;
- **la protezione dei dati personali**, che non devono essere compromessi dallo sviluppo tecnologico ed informatico;
- **la sicurezza informatica**, volta a proteggere le informazioni digitali, i dispositivi e le risorse personali.

Si riconosce, infine, una digitalizzazione integrale in materia di accesso agli atti, in linea con lo svolgimento in modalità digitale delle procedure di affidamento ed esecuzione prima citate. I cittadini possono richiedere la documentazione di gara, nei limiti consentiti dall'ordinamento vigente, per il tramite dell'istituto dell'accesso civico generalizzato.

Ciò al fine di individuare strumenti concreti di attuazione del principio di trasparenza, nell'ambito dei contratti pubblici, oltre a quelli già previsti dal decreto legislativo 33/2013 e in questa parte II del Codice espressamente ribaditi.

Le innovazioni digitali appena citate e meglio riportate nei paragrafi a seguire non assurgono, tuttavia, a veri e propri principi, ma vengono correttamente riportate quali presupposti tecnologici necessari ad un affidamento certo, celere e aperto al mercato, nel rispetto della disciplina codicistica successivamente individuata. In altri termini questi ultimi costituiscono strumenti indispensabili – piuttosto che valori⁶⁸ – a «realizzare, in chiave moderna, la riforma del sistema economico-sociale e per essere, quindi, pronti a creare e a utilizzare la nuova fonte di ricchezza e di conoscenza rappresentata dai “dati”», in linea con le iniziative unionali relative al processo di transizione digitale europeo in atto.

⁶⁸ Ma v. Feroni, Vice Presidente del Garante privacy, che in occasione del convegno «Il ruolo del Garante per la protezione dei dati personali: la tutela di un diritto fondamentale tra sfide passate e scommesse per il futuro», on line su garanteprivacy.it, 24 maggio 2022, ha ribadito, almeno con riguardo ai dati personali, l'esigenza assolutamente contraria.

2.

Il Codice dei contratti pubblici

2.1. *La struttura*

Il Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 36/2023) è suddiviso in **5 libri e si compone di 229 articoli e n. 36 allegati**. Sebbene il numero degli articoli sia analogo al precedente Codice che ne conteneva 220, la nuova disciplina riduce drasticamente i commi, rivendendosi quasi un terzo le parole e i caratteri utilizzati e, con i suoi allegati, riduce in maniera significativa il numero di norme e linee guida di attuazione.

Si tratta di un testo auto-esecutivo grazie a un innovativo meccanismo di delegificazione riguardante i suoi 36 allegati.

Gli allegati al Codice recepiscono:

- allegati alle Direttive europee in materia di appalti e concessioni;
- linee guida Anac;
- regolamenti attuativi.

2.2. *L'ambito soggettivo: a quali soggetti si applica il Codice dei contratti pubblici?*

Con riferimento all'ambito soggettivo del Codice, i contratti pubblici sono affidati dalle «stazioni appaltanti». Con tale espressione indichiamo qualsiasi soggetto, pubblico o privato, che affida contratti di appalto di lavori, servizi e forniture e che è comunque tenuto, nella scelta del contraente, al rispetto del Codice dei contratti pubblici.

Sono, altresì, tenuti ad applicare il Codice dei contratti pubblici:

- gli «**enti concedenti**» ossia qualsiasi amministrazione aggiudicatrice o ente aggiudicatore, ovvero altro soggetto, pubblico o privato, che affida contratti di concessione di lavori o di servizi e che è comunque tenuto, nella scelta del contraente, al rispetto del Codice;
- le **amministrazioni centrali** dello Stato (ad esempio, i Ministeri);
- le **amministrazioni sub-centrali**, tutte le pubbliche amministrazioni diverse dalle amministrazioni centrali di cui alla lettera c;

- **gli enti pubblici territoriali;**
- **gli enti pubblici non economici;**
- **le associazioni, unioni e consorzi;**
- **gli organismi di diritto pubblico;**
- **le imprese pubbliche** ossia l'impresa sulla quale le stazioni appaltanti possono esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante o perché ne sono proprietarie, o perché vi hanno una partecipazione finanziaria, o in virtù delle norme che disciplinano detta impresa.

L'influenza dominante è presunta quando le stazioni appaltanti, direttamente o indirettamente, riguardo all'impresa, alternativamente o cumulativamente:

- 1) detengono la maggioranza del capitale sottoscritto;
- 2) controllano la maggioranza dei voti cui danno diritto le azioni emesse dall'impresa;
- 3) possono designare più della metà dei membri del Consiglio di amministrazione, di direzione o di vigilanza dell'impresa.

Il Codice si applica anche a taluni soggetti **privati**:

- a) si pensi ai privati titolari di concessioni pubbliche. In presenza di un soggetto di diritto privato che per alcune attività da esso svolte usufruisce di una posizione che potrebbe influire sulle regole della concorrenza, perché in virtù di diritti speciali (concessioni), le regole dell'evidenza pubblica sono limitate a quelle attività direttamente interessate dall'esistenza di diritti speciali o esclusivi, dovendosi invece presumere che le residue attività del soggetto di diritto privato vengano svolte nelle forme ad esso proprie del diritto comune;
- b) viene poi in rilievo il caso delle c.d. opere a scomputo, ossia i lavori pubblici da realizzarsi da parte di soggetti privati, titolari di permesso di costruire o di un altro titolo abilitativo (es. lottizzazioni), che assumono in via diretta l'esecuzione delle opere di urbanizzazione a scomputo totale o parziale del contributo previsto per il rilascio del permesso.

Il Codice NON si applica:

- **ai contratti esclusi** ossia i contratti previsti dalla sezione II della direttiva n. 2014/23/UE, dalla sezione III della direttiva 2014/24/UE, dalla sezione II della direttiva 2014/25/UE, che non rientrano nel campo di applicazione del Codice (art. 2, lett. m) dell'allegato I.1; in sintesi, si tratta di appalti aggiudicati nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali; di esclusioni specifiche nel settore delle comunicazioni elettroniche; di appalti pubblici aggiudicati e concorsi di progettazione organizzati in base a norme internazionali; di esclusioni specifiche per gli appalti di servizi (cfr. art. 56 Codice); di appalti di servizi aggiudicati in base a un diritto esclusivo; di appalti pubblici tra enti nell'ambito del settore pubblico;
- **ai contratti attivi** ossia i contratti che non producono spesa e da cui deriva un'entrata per la pubblica amministrazione (art. 2, lett. h) dell'allegato I.1;

- **ai contratti a titolo gratuito**, anche qualora essi offrano opportunità di guadagno economico, anche indiretto, il cui affidamento, tuttavia, avviene tenendo conto dei principi di cui agli articoli 1 (risultato), 2 (fiducia) e 3 (accesso al mercato); per «contratti a titolo gratuito», si intendono i contratti in cui l'obbligo di prestazione o i sacrifici economici direttamente previsti nel contratto gravano solo su una o alcune delle parti contraenti (art. 2, lett. g) dell'allegato I.1;
- **ai contratti di società e alle operazioni straordinarie che non comportino nuovi affidamenti di lavori, servizi e forniture**¹ (restano ferme le disposizioni del testo unico in materia di società a partecipazione pubblica, di cui al decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175, in materia di scelta del socio privato e di cessione di quote o di azioni);
- alle procedure di scelta del contraente e all'esecuzione del contratto da svolgersi all'estero (regolate da apposito d.m.).

¹ Con riguardo ai contratti di società e le operazioni straordinarie che non comportino nuovi affidamenti di lavori, servizi e forniture rimangono ferme le specifiche norme del d. lgs. 19 agosto 2016, n. 175 (Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica) che disciplinano la scelta del socio privato, in cui si prevede l'utilizzo di procedure ad evidenza pubblica (art. 17, comma 1 t.u. cit.) e la cessione di quote o di azioni, per le quali è previsto il rispetto dei principi di pubblicità, trasparenza e non discriminazione e, solo in casi eccezionali, ove l'offerta sia particolarmente conveniente, la negoziazione diretta con un singolo acquirente (art. 10, comma 2 t.u. cit.).

Il punto – La nuova nozione di stazione appaltante

La disciplina dell'ambito soggettivo del Codice è rinvenibile nell'allegato I.1, recante «Definizioni dei soggetti, dei contratti, delle procedure e degli strumenti (art. 13, comma 6 del Codice)».

In particolare, nel predetto Allegato, è stata introdotta la nozione omnicomprensive di «stazione appaltante» ed «ente concedente» che ha consentito, da un lato, di evitare la moltiplicazione e la frammentazione delle definizioni soggettive e di introdurre un riferimento nominalistico unitario che valorizza l'obbligo di seguire la procedura di evidenza pubblica per l'affidamento del contratto, a prescindere dalla forma giuridica e dalla natura dell'ente che di volta in volta viene in considerazione.

L'organismo di diritto pubblico nel Codice

Con il termine «organismo di diritto pubblico» si intende qualsiasi organismo anche in forma societaria:

- 1) dotato di personalità giuridica;
- 2) istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, attraverso lo svolgimento di un'attività priva di carattere industriale o commerciale;
- 3) la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico, oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi, oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico.

In applicazione di tali parametri, la giurisprudenza ha qualificato quali organismi di diritto alcune imprese formalmente private (ad esempio Anas, Consip, Sogei, ecc.).

2.3. La qualificazione delle stazioni appaltanti

2.3.1. La qualificazione nel vecchio Codice

Fra i più importanti aspetti disciplinati dal Codice dei contratti pubblici del 2016, vi era l'istituzione del c.d. sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti.

In particolare, la legge delega n. 11 del 2016, alla lettera d) dell'art. 1, indicava al legislatore di procedere all'introduzione di adeguate forme di centralizzazione delle committenze e di riduzione del numero delle stazioni appaltanti, effettuate sulla base del sistema di qualificazione, con la possibilità di gestire contratti di maggiore complessità a seconda del grado di qualificazione conseguito.

La disposizione si proponeva, in sostanza, di dar luogo a un progetto molto ambizioso: ridurre in maniera drastica le stazioni appaltanti, con l'auspicio di passare dagli oltre 30.000 centri di costo presenti sul territorio nazionale a circa 1.000/1.500.

Tale scelta derivava dalla presa d'atto da parte del legislatore del 2016 che, in ragione della complessità delle procedure di gara, non tutte le stazioni appaltanti operanti potessero garantire il necessario grado di conoscenze e competenze professionali ai fini della realizzazione di un efficiente sistema di approvvigionamento, né ai fini dell'esercizio di maggiori poteri discrezionali, così come sollecitato dalle direttive europee.

In applicazione dei principi previsti dalla legge delega, all'art. 38 del vecchio Codice (d.lgs. n. 50/2016) si prevedeva l'istituzione presso Anac di un apposito elenco di stazioni appaltanti qualificate, di cui facessero parte di diritto le centrali di committenza.

Si prevedeva che la qualificazione, in particolare, fosse suddivisa per ambiti di attività, bacini territoriali, fasce di importo.

Ai fini della qualificazione, ciascuna stazione avrebbe dovuto dimostrare la capacità di gestire il complesso delle attività che caratterizzano il processo di acquisizione di un bene, servizio o lavoro in relazione alla:

- a) capacità di programmazione e progettazione;
- b) capacità di affidamento;
- c) capacità di verifica sull'esecuzione e controllo dell'intera procedura, ivi inclusi il collaudo e la messa in opera.

Nonostante le più che condivisibili finalità, la qualificazione delle stazioni appaltanti, sotto la vigenza del Codice del 2016 era rimasta inattuata. Infatti, l'art. 38 prevedeva l'adozione di uno specifico d.p.c.m. che contenesse i requisiti tecnico-organizzativi per l'iscrizione all'elenco delle stazioni appaltanti qualificate, nonché le modalità attuative del sistema delle attestazioni di qualificazione e di eventuale aggiornamento e revoca, nonché la data a decorrere dalla quale entra in vigore il nuovo sistema di qualificazione.

Se ne ricavava che, sotto la vigenza del vecchio Codice, i requisiti di qualificazione erano soddisfatti mediante la semplice iscrizione all'Anagrafe delle stazioni appaltanti (elenco AUSA), istituita presso Anac.

In materia di qualificazione una disciplina a parte era stata prevista per i Comuni.

Il punto – Il protocollo di intesa tra Presidenza del Consiglio dei Ministri e Anac

Il 17 dicembre 2021, sotto la vigenza del vecchio Codice, era stato siglato un Protocollo di intesa tra Presidenza del Consiglio dei Ministri e Anac con lo scopo di individuare i criteri di qualificazione e le modalità volte ad assicurare l'attuazione del sistema di qualificazione previsto dall'art. 38 del d.lgs. n. 50/2016 (Codice dei contratti pubblici, di seguito Codice), al fine di rispondere all'esigenza di razionalizzare e, al contempo, riqualificare il sistema delle stazioni appaltanti in termini di procurement capacity, con conseguente loro riduzione numerica e potenziamento della specializzazione del personale in esse operante, rendendo in questo modo maggiormente efficiente e professionalizzato l'intero settore del public procurement.

Preme sottolineare che il Pnrr ha rivolto l'attenzione al problema della qualificazione delle stazioni appaltanti nella Milestone M1C1 – 71 (sub. IV). Si è reso, pertanto, necessario intervenire prontamente per identificare le stazioni appaltanti in possesso dei requisiti stabiliti dal Codice dei contratti pubblici in grado di gestire direttamente, secondo criteri di qualità, efficienza e professionalizzazione, e nel rispetto dei principi di economicità, efficacia ed efficienza dell'azione amministrativa, l'insieme delle attività che caratterizzano l'acquisizione di un bene, di un servizio o di un lavoro, in relazione all'attività di programmazione e progettazione, gestione e controllo della fase di affidamento, nonché della fase di gestione e controllo di esecuzione, collaudo e messa in opera.

In considerazione dei tempi stringenti per addivenire a un sistema di qualificazione e tenuto conto dell'impatto che tale sistema ha sul mercato del public procurement sono state individuate, all'interno del Protocollo di intesa, delle precise scadenze che hanno coinvolto le parti sottoscrittrici ma che hanno visto il coinvolgimento anche di altri attori istituzionali quali la Cabina di Regia e la Conferenza unificata Stato – Regioni.

In particolare, con delibera Anac n. 141 del 30 marzo 2022 sono state emanate apposite linee guida che hanno:

- fissato precise soglie di qualificazione e individuato un punteggio minimo da conseguire per ciascun livello di qualificazione (50 per il livello alto, 40 per il livello medio e 30 per il livello base);
- ampliato il novero dei soggetti qualificati di diritto o con riserva;
- previsto una qualificazione distinta per le centrali di committenza;
- previsto un unico livello per la qualificazione per l'esecuzione, almeno nella fase sperimentale.

2.3.2. La qualificazione delle stazioni appaltanti nel nuovo Codice

La qualificazione delle stazioni appaltanti è stata oggetto della riforma legislativa in materia, costituendo una delle novità più impattanti del Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 36/2023).

Infatti, le disposizioni del nuovo Codice sono finalizzate a dare piena attuazione al sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti, rimasto lettera morta nella vigenza del d.lgs. n. 50/2016.

Gli obiettivi perseguiti mediante il sistema di qualificazione sono:

- accorpamento, riduzione numerica e riorganizzazione delle stazioni appaltanti;
- qualificazione ed efficientamento della domanda pubblica;
- potenziamento e specializzazione del personale operante nelle stazioni appaltanti.

Il nuovo Codice recepisce il sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti delineato dall'Anac con le Linee Guida approvate con delibera n. 441/2022.

In particolare, l'obiettivo di qualificare le stazioni appaltanti emerge sin dai principi direttivi indicati nella legge delega 78/2022. Infatti, tra i principi direttivi indicati al Governo, vi è l'articolo 1, comma 1 lett. c) che recita: «c) ridefinizione e rafforzamento della disciplina in materia di qualificazione delle stazioni appaltanti, afferenti ai settori ordinari e ai settori speciali, al fine di conseguire la loro riduzione numerica, nonché l'accorpamento e la riorganizzazione delle stesse, anche mediante l'introduzione di incentivi all'utilizzo delle centrali di committenza e delle stazioni appaltanti ausiliarie per l'espletamento delle gare pubbliche; definizione delle modalità di monitoraggio dell'accorpamento e della riorganizzazione delle stazioni appaltanti; potenziamento della qualificazione e della specializzazione del personale operante nelle stazioni appaltanti, anche mediante la previsione di specifici percorsi di formazione, con particolare riferimento alle stazioni uniche appaltanti e alle centrali di committenza che operano a servizio degli enti locali».

La qualificazione delle stazioni appaltanti, prima di essere confermata quale contenuto della nuova legge delega l. 78/2022, era stata inserita tra gli obiettivi del medesimo Pnrr, quale intervento di riforma.

Infatti, la componente M1C1 del Pnrr, asse 4 denominata «Contratti pubblici e tempi di pagamento della Pa» persegue il fine di «snellire la disciplina dei contratti pubblici, accrescere la certezza del diritto per le imprese e velocizzare l'iter di affidamento mantenendo le garanzie procedurali di trasparenza e parità di trattamento».

Parallelamente all'obiettivo della qualificazione, con il nuovo Codice si continua a perseguire una strategia di riduzione del numero delle stazioni appaltanti. Il sistema, così come delineato nel precedente Codice dei contratti e nelle Linee

Guida Anac (approvate dapprima con la delibera 141 del 30 marzo 2022 e successivamente con la delibera numero 441 del 28 settembre 2022) non era stato attuato e, a seguito di diversi interventi normativi di rinvio, il d.l. 32/2019, c.d. «Sblocca Cantieri» ne era stata sospesa l'applicazione, con la sola esclusione per gli appalti finanziati a valere sul Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (Pnrr).

La qualificazione delle stazioni appaltanti è disciplinata agli articoli 62 e 63 dal nuovo Codice (d.lgs. n. 36/2023).

Il sistema complessivo delineato – in coerenza con il criterio direttivo c) della legge delega – ha natura «aperta» (e non è «a numero chiuso»). In altre parole, tutti i soggetti che siano muniti dei requisiti necessari possono ottenere la qualificazione.

La configurazione dei poteri delle stazioni appaltanti non qualificate è disegnata con l'obiettivo di garantire uno «zoccolo duro» di competenze adeguato a fronteggiare una gran parte dei compiti rimessi a queste amministrazioni, anche in previsione della perdita della qualificazione per commesse di più elevato valore.

In tal modo, il legislatore persegue l'obiettivo di evitare un eccessivo carico di compiti per le centrali di committenza, rendendo il sistema di qualificazione sostenibile.

Peraltro, le stazioni appaltanti qualificate possono effettuare appalti congiunti e svolgere attività di committenza ausiliaria², nell'ambito della quale è compresa la gestione di procedure di appalto in nome e per conto delle stazioni appaltanti non qualificate.

In sintesi:

- **è prevista una specifica disciplina della qualificazione delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza;**
- **si tratta di un sistema, come si è detto, c.d. «aperto»;**
- **è prevista una qualificazione per ambiti (o fasi);**
- **la qualificazione «per progettazione e affidamento» è stata introdotta con riferimento a tre livelli di qualificazione.**

Come anticipato, i requisiti di qualificazione sono declinati specificamente dalle Linee Guida approvate da Anac, recepite nell'art. 1 dell'allegato II.4 al

² Le «attività di committenza ausiliaria», ai sensi del nuovo Codice, si sostanziano in attività che consistono nella prestazione di supporto alle attività di committenza, in particolare nelle forme seguenti:

- 1) infrastrutture tecniche che consentano alle stazioni appaltanti di aggiudicare appalti pubblici o di concludere accordi quadro per lavori, forniture o servizi;
- 2) consulenza sullo svolgimento o sulla progettazione delle procedure di appalto;
- 3) preparazione delle procedure di appalto in nome e per conto della stazione appaltante interessata;
- 4) gestione delle procedure di appalto in nome e per conto della stazione appaltante interessata.

Codice. Si prevede, al contempo, la possibilità di modifica successiva con atto del Governo, sentita l'Anac (che da tempo si sta occupando della materia), in modo da consentire l'aggiornamento *in itinere* di aspetti che dovessero rivelarsi critici.

Nella citata deliberazione 28 settembre 2022 n. 441 (Linee Guida approvate da Anac), recepita nell'allegato II.4 al Codice, i requisiti della qualificazione per la fase di esecuzione sono disciplinati in modo distinto rispetto alla qualificazione prevista per le fasi di progettazione e affidamento.

Nel predetto allegato è stata, altresì, prevista una disciplina transitoria specifica per tale fase, che distingue:

- le stazioni appaltanti e le centrali di committenza qualificate per la progettazione e per l'affidamento di lavori, di servizi e forniture o di entrambe le tipologie contrattuali che sono qualificate, in una prima fase sperimentale, anche per l'esecuzione rispettivamente di lavori, di servizi e forniture o di entrambe le tipologie contrattuali;
- le stazioni appaltanti non qualificate per la progettazione e l'affidamento di lavori, di servizi e forniture o di entrambe le tipologie contrattuali che possono, in una prima fase sperimentale, eseguire i contratti se sono iscritte ad AUSA e in possesso di una figura tecnica in grado di svolgere le funzioni di Rup.

Focus – La qualificazione delle stazioni appaltanti nel sistema attuale

L'articolo 62, al comma 1, dispone che *«Tutte le stazioni appaltanti, fermi restando gli obblighi di utilizzo di strumenti di acquisto e di negoziazione previsti dalle vigenti disposizioni in materia di contenimento della spesa, possono procedere direttamente e autonomamente all'acquisizione di forniture e servizi di importo non superiore alle soglie previste per gli affidamenti diretti, e all'affidamento di lavori d'importo pari o inferiore a 500.000 euro, nonché attraverso l'effettuazione di ordini a valere su strumenti di acquisto messi a disposizione dalle centrali di committenza qualificate e dai soggetti aggregatori».*

Il sistema di qualificazione si sostanzia in un elenco, istituito e gestito dall'Anac, contenente le stazioni appaltanti qualificate, comprese le centrali di committenza e i soggetti aggregatori.

Sono iscritti di diritto nell'elenco, il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, con i Provveditorati interregionali per le opere pubbliche, Consip S.p.a., Invitalia S.p.a., Difesa servizi S.p.a., l'Agenzia del demanio, i soggetti aggregatori di cui all'articolo 9 del decreto-legge 24 aprile 2014, n. 66, Sport e salute S.p.a.

In sede di prima applicazione, le stazioni appaltanti delle unioni di comuni, costituite nelle forme previste dall'ordinamento, delle province e delle città metropolitane, dei comuni capoluogo di provincia e delle regioni sono iscritte con riserva, fino al 30 giugno 2024 (si veda l'articolo 9 dell'allegato II.4 al Codice).

Le stazioni appaltanti qualificate possono:

- a) effettuare gare in funzione dei livelli di qualificazione posseduti;
- b) acquisire lavori, servizi e forniture avvalendosi di una centrale di committenza qualificata;
- c) svolgere attività di committenza ausiliaria a favore delle stazioni appaltanti non qualificate;
- d) procedere mediante appalto congiunto;
- e) procedere mediante utilizzo autonomo degli strumenti telematici di negoziazione messi a disposizione secondo la normativa vigente dalle centrali di committenza qualificate;
- f) procedere all'effettuazione di ordini su strumenti di acquisto messi a disposizione dalle centrali di committenza anche per importi superiori ai livelli di qualificazione posseduti, con preliminare preferenza per il territorio regionale di riferimento;
- g) eseguire i contratti per conto delle stazioni appaltanti non qualificate.

L'Anac non rilascia il codice identificativo di gara (Cig) alle stazioni appaltanti non qualificate.

L'ambito oggettivo e soggettivo di applicazione

Il sistema di qualificazione riguarda tutte le stazioni appaltanti (ambito soggettivo di applicazione), con la sola esclusione degli enti aggiudicatori che non sono amministrazioni aggiudicatrici e dei soggetti privati tenuti all'applicazione del Codice.

Rispetto al precedente sistema, vengono innalzate le soglie al di sotto delle quali anche le stazioni appaltanti non qualificate possono operare direttamente e in

autonomia sia per la progettazione, sia per l'affidamento, sia per l'esecuzione ed il controllo dei contratti pubblici e precisamente:

- 500.000 euro per i contratti di lavori;
- le soglie dell'affidamento diretto (quindi appalti inferiori a 140.000 euro) per le forniture e servizi.

Inoltre, le stazioni appaltanti non qualificate potranno sempre effettuare autonomamente gli ordini a valere su strumenti di acquisto messi a disposizione dalle centrali di committenza qualificate e dai soggetti aggregatori (quali convenzioni e accordi quadro).

Il sistema di qualificazione, come per altri ambiti normativi, come si è detto, è ora descritto nell'allegato II.4 al Codice, allegato che potrà essere sostituito da un regolamento adottato ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400 e potrà essere oggetto di integrazione con norme organizzative, di definizione del sistema sanzionatorio o per consentire l'attività di controllo e di coordinamento di Anac.

Gli ambiti di qualificazione, come anticipato, sono ricondotti alle due macro-fasi di:
a) progettazione tecnico-amministrativa e affidamento delle procedure;
b) esecuzione dei contratti. L'attuazione del sistema di qualificazione per la fase di esecuzione è rinviata al 1° gennaio 2025.

Oltre ai requisiti «necessari», le stazioni appaltanti per poter ottenere la qualificazione devono raggiungere un punteggio, riconosciuto sulla base di requisiti «base» e requisiti «premiati» posseduti.

Requisiti per qualificazione e affidamento degli appalti di servizi

Con specifico riguardo alla qualificazione per progettazione ed affidamento dei contratti di servizi e forniture. Per poter accedere alla qualificazione per la progettazione e l'affidamento dei contratti di servizi e forniture, le stazioni appaltanti dovranno documentare:

- a) iscrizione all'Ausa;
- b) presenza nel proprio organigramma di un ufficio o struttura stabilmente dedicati alla progettazione e agli affidamenti di servizi e forniture;
- c) disponibilità di piattaforme di approvvigionamento digitale di cui agli articoli 25 e 26 del Codice (quest'ultimo richiesto solo a decorrere dal 1° gennaio 2024).

Le soglie che identificano i diversi livelli e la «misura» dei requisiti richiesti per i contratti di servizi e forniture, a loro volta descritti nelle tabelle B e C dell'allegato II.4, sono:

- a) qualificazione di primo livello (Sf3) per importi fino a 750.000 euro: minimo 30 punti (fino al 30 giugno 2024 20 punti);
- b) qualificazione di secondo livello (Sf2) per importi fino a 5.000.000 di euro: minimo 40 punti (fino al 30 giugno 2024 35 punti);
- c) qualificazione di terzo livello (Sf1) senza limiti di importo: minimo 50 punti (fino al 30 giugno 2024 45 punti).

Ogni stazione appaltante o centrale di committenza può effettuare le procedure corrispondenti al livello di qualificazione posseduto e a quelli inferiori.

Qualificazione nell'esecuzione

L'obbligo della qualificazione anche per la fase di esecuzione decorrerà dal 1° gennaio 2025.

Fino al 31 dicembre 2024, il possesso della qualificazione per la progettazione e l'affidamento dei contratti di lavori, di servizi e forniture abilita le stazioni appaltanti e le centrali di committenza qualificate anche per l'esecuzione dei rispettivi contratti e anche per importi superiori a quelli dei livelli di qualificazione posseduti. Dal 1° gennaio 2025, per valutare la capacità delle stazioni appaltanti di eseguire contratti di importo superiore ai livelli di qualifica posseduti, si terrà conto, in relazione ai contratti eseguiti nel quinquennio precedente la domanda di qualificazione, dei seguenti elementi:

- a) rispetto dei tempi previsti per i pagamenti di imprese e fornitori;
- b) assolvimento degli obblighi di comunicazione dei dati sui contratti pubblici che alimentano le banche dati detenute o gestite dall'Anac;
- c) assolvimento degli obblighi di cui agli articoli 1 e 2 del decreto legislativo 29 dicembre 2011, n. 229 (Bdap).

Fino al 31 dicembre 2024 anche le stazioni appaltanti non qualificate potranno eseguire i contratti se iscritte all'Ausa e se risulteranno in possesso di una figura tecnica in grado di svolgere le funzioni di Rup.

Dal 1° gennaio 2025 la possibilità di eseguire il contratto e la relativa qualificazione saranno riconosciute valutando:

- a) la presenza nella struttura organizzativa di dipendenti aventi specifiche competenze in materia di contratti pubblici e di sistemi digitali;
- b) il sistema di formazione e aggiornamento del personale;
- c) i contratti eseguiti nel quinquennio precedente la domanda di qualificazione;
- d) il rispetto dei tempi previsti per i pagamenti di imprese e fornitori;
- e) l'assolvimento degli obblighi di comunicazione dei dati sui contratti pubblici che alimentano le banche dati detenute o gestite dall'Anac;
- f) l'assolvimento degli obblighi di cui agli articoli 1 e 2 del decreto legislativo 29 dicembre 2011, n. 229 (Bdap).

Come procedono le stazioni appaltanti sprovviste di qualificazione?

Nel caso in cui la stazione appaltante non abbia acquisito la necessaria qualificazione potrà procedere agli affidamenti pubblici secondo una delle seguenti modalità:

- a) ricorrendo a una centrale di committenza qualificata;
- b) ricorrendo per attività di committenza ausiliaria di cui all'articolo 3, comma 1, lettera z), dell'allegato I.112 a centrali di committenza qualificate e a stazioni appaltanti qualificate;

- c) potrà affidare servizi e forniture di importo inferiore alla soglia europea di cui ai commi 1 e 2 dell'articolo 14 nonché ad affidamenti di lavori di manutenzione ordinaria d'importo inferiore a 1 milione di euro mediante utilizzo autonomo degli strumenti telematici di negoziazione messi a disposizione dalle centrali di committenza qualificate secondo la normativa vigente;
- d) effettuando ordini su strumenti di acquisto messi a disposizione dalle centrali di committenza qualificate e dai soggetti aggregatori, con preliminare preferenza per il territorio regionale di riferimento, con l'avvertenza che, se il bene o il servizio non è disponibile o idoneo al soddisfacimento dello specifico fabbisogno della stazione appaltante, oppure per ragioni di convenienza economica, la stazione appaltante può agire, previa motivazione, senza limiti territoriali;
- e) potranno eseguire i contratti per i quali sono qualificate per l'esecuzione;
- f) potranno eseguire i contratti affidati ai sensi delle suindicate lettere b) e c);
- g) qualora le Sa non siano qualificate per l'esecuzione, potranno ricorrere a una stazione appaltante qualificata, a una centrale di committenza qualificata o a soggetti aggregatori.

L'art. 62, comma 10 del Codice descrive il sistema di scelta del soggetto cui far ricorso da parte delle stazioni appaltanti non qualificate. In particolare, le stazioni appaltanti consultano sul sito istituzionale dell'Anac l'elenco delle stazioni appaltanti qualificate e delle centrali di committenza qualificate. La domanda di svolgere la procedura di gara, rivolta dalla stazione appaltante non qualificata a una stazione appaltante qualificata o a una centrale di committenza qualificata, si intende accolta se non riceve risposta negativa nel termine di dieci giorni dalla sua ricezione. In caso di risposta negativa, la stazione appaltante non qualificata si rivolge all'Anac, che provvede entro quindici giorni all'assegnazione d'ufficio della richiesta a una stazione appaltante o centrale di committenza qualificata, individuata sulla base delle fasce di qualificazione.

Se la stazione appaltante o la centrale di committenza individuata non dovesse adempiere, l'Anac potrà irrogare sanzioni ai sensi dell'art. 63, comma 11 del Codice.

La qualificazione con riserva e l'entrata in vigore del sistema

L'art. 63, comma 4 prevede che in sede di prima applicazione le stazioni appaltanti delle unioni di comuni, costituite nelle forme prevista dall'ordinamento, delle province e delle città metropolitane, dei comuni capoluogo di provincia e delle regioni sono iscritte con riserva nell'elenco delle stazioni appaltanti qualificate. Eventuali ulteriori iscrizioni di diritto possono essere disposte con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, sentita l'Anac, previa intesa in sede della Conferenza unificata.

La validità della qualificazione con riserva è riconosciuta fino al 30 giugno 2024.

Le sanzioni

L'Anac, per accertati casi di gravi violazioni può irrogare una sanzione entro il limite minimo di euro 500 euro e il limite massimo di euro 1 milione e, nei casi più gravi, disporre la sospensione della qualificazione precedentemente ottenuta. Costituiscono gravi violazioni le dichiarazioni dolosamente tese a dimostrare il possesso di requisiti di qualificazione non sussistenti, ivi comprese, in particolare:

- a) per le centrali di committenza, la dichiarata presenza di un'organizzazione stabile nella quale il personale continui di fatto a operare per l'amministrazione di provenienza;
- b) per le stazioni appaltanti e le centrali di committenza, la dichiarata presenza di personale addetto alla struttura organizzativa stabile, che sia di fatto impegnato in altre attività;
- c) la mancata comunicazione all'Anac della perdita dei requisiti.

2.4. *Le centrali di committenza*

Il Codice del 2006 dedicava alle centrali di committenza una stringata definizione (art. 3, c. 34) e una altrettanto stringata regolazione (art. 33), facendo salva la disciplina della centrale di committenza nazionale Consip (art. 252, c. 1, Codice del 2006).

Tuttavia, nelle more dell'emanazione del d.lgs. 50/2016, l'evoluzione del sistema normativo ha recato con sé l'imposizione sempre più stringente di obblighi, per le pubbliche amministrazioni, di rivolgersi a centrali di committenza. Veniva, altresì, previsto un elenco di soggetti aggregatori (le centrali d'acquisto regionali).

Per altro verso, le direttive eurounitarie hanno portato ad ulteriore sviluppo l'istituto in argomento, prevedendo, accanto al modello classico, quello della committenza ausiliaria e delle centrali di committenza cui partecipano le amministrazioni di Paesi diversi.

Ne è derivata una disciplina ben più articolata, in cui si intersecano:

- la disciplina del soggetto «centrale di committenza»;
- la disciplina dell'attività di essa e della sua soggezione al Codice;
- la disciplina degli obblighi.

Nel sistema dei contratti pubblici è sempre più avvertita la necessità di ricorrere a procedure di centralizzazione degli acquisti, determinando l'aggregazione della domanda di più amministrazioni.

Ciò consente alle amministrazioni di risparmiare e aumentare la qualità della spesa ma permette, altresì, alle parti sociali di individuare pochi ma qualificati committenti pubblici.

L'aggregazione della domanda si sostanzia nella circostanza che le amministrazioni interessate possono rivolgersi ad un unico soggetto, la centrale di committenza, che provvede a individuare l'operatore economico con il quale si stipula un contratto.

La centrale di committenza viene, appunto, definita dal Codice dei contratti come «una stazione appaltante o un ente concedente che fornisce attività di centralizzazione delle committenze in favore di altre stazioni appaltanti o enti concedenti e, se del caso, attività di supporto all'attività di committenza» (art. 1, comma 1, lett. i) dell'allegato I.1 al Codice) ossia:

- **acquista servizi o forniture destinate ad altre amministrazioni e, dunque, agisce per conto delle stesse;**
- **può stipulare convenzioni quadro e accordi quadro destinati ad altri enti.**

In Italia la centrale di committenza a livello nazionale è Consip Spa, Società 100% Mef.

Ogni regione, poi, ha le proprie centrali di committenza regionali, che acquistano per gli enti di ciascun territorio. In sostanza, si tratta di organismi che hanno la funzione di rendere più efficiente la politica degli acquisti delle pubbliche amministrazioni, superando la frammentazione dovuta a un numero elevatissimo di stazioni appaltanti le quali, peraltro, spesso aggiudicano per un importo modesto.

La centrale di committenza può svolgere anche «attività di committenza ausiliarie», ossia tutte quelle attività collaterali che sono di supporto all'approvvigionamento pubblico. In particolare, si esplicano nelle seguenti forme:

- 1) infrastrutture tecniche che consentano alle stazioni appaltanti di aggiudicare appalti pubblici o di concludere accordi quadro per lavori, forniture o servizi;
- 2) consulenza sullo svolgimento o sulla progettazione delle procedure di appalto;
- 3) preparazione delle procedure di appalto in nome e per conto della stazione appaltante interessata;
- 4) gestione delle procedure di appalto in nome e per conto della stazione appaltante interessata.

Attenzione!

Molto spesso sentiamo genericamente parlare di centrale unica di committenza, stazione unica appaltante, soggetto aggregatore.

Tutte queste categorie sono sempre riconducibili alla categoria di centrali di committenza. Infatti, l'esperienza nazionale conosce, all'interno dell'ampio *genus* delle centrali di committenza, diverse tipologie di centrali, che operano con finalità solo in parte assimilabili.

Tra queste vanno annoverate le c.d. stazioni uniche appaltanti (Sua), istituite ai sensi della legge 13 agosto 2010, n. 136, recante «Piano straordinario contro le mafie, nonché delega al Governo in materia di normativa antimafia», per assicurare trasparenza, regolarità ed economicità nella gestione dei contratti pubblici e per prevenire il rischio di infiltrazioni mafiose. Possono aderire alle Sua, tra gli altri, le amministrazioni statali e regionali, gli enti locali e gli organismi di diritto pubblico e il loro ruolo è curare, per conto dei soggetti aderenti, l'aggiudicazione dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture in ambito regionale, provinciale e comunale. La legge, però, dispone che le amministrazioni aggiudicatrici hanno facoltà di «affidare le funzioni di Sua» anche alle centrali di committenza (così art. 13, legge 136 cit.): per questo è necessario chiarire il rapporto Sua/centrale di committenza, distinguendo le finalità.

L'Anac, sul punto, ha affermato che la Sua ha natura di centrale di committenza ma ha scopi finali diversi, ovvero:

- la Sua realizza scopi di prevenzione del rischio di infiltrazioni mafiose;
- la centrale di committenza realizza scopi di contenimento della spesa pubblica.

In altri termini, la Sua cura soltanto la gestione della procedura di gara, senza acquistare direttamente, a differenza delle altre centrali di committenza.

Al di fuori di questo, però, tra le due figure c'è continuità di natura e funzioni.

Perciò alla Sua dovranno applicarsi le disposizioni di cui all'art. 33, co. 1 ss. del Codice Appalti, in tema di centrali di committenza.

Nel concreto, tutte le stazioni appaltanti e gli enti aggiudicatori che acquisiscono lavori, servizi o forniture attraverso centrali di committenza potranno affidare a queste ultime anche la funzione di Sua.

In questo modo sarà possibile per gli enti adempiere al duplice onere di contenimento della spesa e prevenzione dei fenomeni mafiosi, attraverso un solo soggetto che funga contemporaneamente da Sua e centrale di committenza.

2.5. I soggetti aggregatori

La categoria dei c.d. soggetti aggregatori è stata istituita dal d.l. n. 66/2014 convertito in legge 89/2014, **ne fanno parte Consip, una centrale di committenza per Regione e altre figure**, su richiesta all'Anac di iscrizione in un apposito elenco (c.d. Elenco nazionale dei soggetti aggregatori).

Per tali soggetti sono state individuate alcune «tipologie» di beni e servizi (pulizie, ristorazione ospedaliera, guardiania, vigilanza armata, trasporto scolastico, ecc.) con le relative «soglie» per le quali le stazioni appaltanti dovranno rivolgersi ad essi, invece che alle preesistenti centrali di committenza regionali. Dunque, la loro competenza riguarda essenzialmente le «maxi procedure» al di sopra di determinate soglie di valore.

Pertanto, secondo la definizione fornita dall'Anac, i soggetti aggregatori sono delle centrali di committenza più qualificate, in quanto inserite in un apposito elenco e competenti per procedure di valore più elevato.

Ne consegue che, per le categorie di beni e servizi di loro competenza, anche i soggetti aggregatori potranno svolgere la contemporanea funzione di centrale di committenza e stazione unica appaltante.

Il sistema dei soggetti aggregatori non esclude il sistema dei modelli di organizzazione dei Comuni tramite centrali di committenza infra-comunali, ma si integra con lo stesso.

Il punto – Gli strumenti telematici di acquisto di Consip e degli altri soggetti aggregatori regionali

Il mercato elettronico: gli acquisti sottosoglia vengono solitamente effettuati sul c.d MePa di Consip, il **mercato elettronico della pubblica amministrazione**.

Si tratta di un mercato digitale in cui possono essere effettuate negoziazioni dirette, veloci e trasparenti per acquisti sotto la soglia eurounitaria. I fornitori che hanno previamente ottenuto l'abilitazione offrono i propri beni e servizi direttamente online ai compratori registrati sul portale, ossia le pubbliche amministrazioni. A loro volta, le pubbliche amministrazioni possono consultare il catalogo delle offerte ed emettere direttamente ordini di acquisto o richieste di offerta oppure avviare trattative dirette con o senza consultazione di preventivi.

In particolare, in base alle esigenze dell'amministrazione, sulla piattaforma Mepa di Consip, è possibile scegliere tra le seguenti procedure:

- **TRATTATIVA DIRETTA:** trattativa con un unico operatore;
- **CONFRONTO TRA PREVENTIVI:** può chiedere a più operatori economici i preventivi;
- **RDO SEMPLICE:** procedura negoziata, costituita da un solo lotto, al criterio del minor prezzo;
- **RDO EVOLUTA:** procedura negoziata, suddivisa in più lotti, utilizzando alternativamente o il criterio del minor prezzo o del miglior rapporto qualità/prezzo.

Il Sistema dinamico di acquisizione (Sda) è un processo di acquisizione interamente elettronico, aperto per tutto il periodo di validità dello stesso a qualsivoglia operatore economico che soddisfi i criteri di selezione. Per l'aggiudicazione nell'ambito dello Sda, le amministrazioni seguono le norme della procedura ristretta. Tutti i candidati che soddisfano i criteri di selezione sono ammessi al sistema e tutti i partecipanti ammessi sono invitati a presentare un'offerta per ogni specifico appalto nell'ambito dello Sda. In particolare, il sistema dinamico di acquisizione è caratterizzato da una procedura bifasica:

- fase 1: pubblicazione da parte di Consip Spa o dei soggetti aggregatori di un bando istitutivo per una o più categorie merceologiche a cui i fornitori possono abilitarsi;
- fase 2: indizione e aggiudicazione di «appalti specifici» in cui le amministrazioni, definendo i quantitativi, il valore e le caratteristiche specifiche dell'appalto, invitano tutti i partecipanti ammessi a presentare un'offerta.

Le convenzioni sono contratti quadro, stipulati da centrali di committenza a seguito di una gara tradizionale. Nelle convenzioni le imprese fornitrici aggiudicatrici si impegnano ad accettare gli ordinativi di fornitura da parte delle pubbliche amministrazioni che aderiscono alla convenzione, alle condizioni e ai prezzi stabiliti in gara, fino al raggiungimento del limite massimo previsto.

Focus – Lo strumento dell'accordo quadro

L'utilizzo dell'accordo quadro è in crescita, soprattutto a seguito della riforma del Codice dei contratti pubblici che, eliminando alcuni vincoli previsti dal Codice precedente, ne ha rilanciato l'utilizzo.

L'accordo quadro non è un tipo di procedura di gara ma è uno strumento di contrattazione.

La conclusione di un accordo quadro offre l'indubbio vantaggio per le amministrazioni di semplificare l'*iter* di un affidamento pubblico.

In particolare, per «accordo quadro» si intende un accordo tra una stazione appaltante e uno o più operatori economici – individuati con procedura di gara – in cui si definiscono le condizioni della fornitura (es. prezzi, qualità), rimandando a successivi «appalti specifici» l'approvvigionamento effettivo delle singole amministrazioni.

L'art. 59 del d.lgs. 36/2023 reca la specifica disciplina da rispettare per concludere un accordo quadro e stabilisce che detto accordo deve essere concluso nel rispetto delle procedure previste dallo stesso Codice.

Ulteriore peculiarità dell'accordo quadro è **la durata predeterminata: non può superare i 4 anni** (art. 59, c. 1), fatti salvi casi eccezionali, debitamente motivati in relazione all'oggetto dell'accordo quadro medesimo.

L'accordo quadro indica il valore stimato dell'intera operazione contrattuale. In ogni caso, la stazione appaltante non può ricorrere agli accordi quadro in modo da eludere l'applicazione del Codice o in modo da ostacolare, limitare o distorcere la concorrenza.

Gli appalti derivanti da un accordo quadro devono essere aggiudicati secondo le procedure previste dalla stessa norma.

Dette procedure sono applicabili solo tra le amministrazioni, individuate nell'avviso di indizione di gara o nell'invito a confermare interesse, e gli operatori economici parti dell'accordo quadro concluso.

Gli appalti basati su un accordo quadro non devono comportare, in nessun caso, modifiche sostanziali alle condizioni fissate nell'accordo quadro.

Si devono distinguere due tipologie di accordi quadro: quelli stipulati con un unico operatore economico e quelli conclusi con più operatori. Inoltre, vi sono accordi quadro completi o incompleti, in quest'ultimo caso l'amministrazione chiede agli operatori economici aggiudicatari di specificare l'offerta (si veda l'immagine seguente). Quando l'accordo quadro è completo e stipulato con un unico operatore economico è sostanzialmente una convenzione quadro (es. Convenzione Consip).

GLI ACCORDI QUADRO : TIPOLOGIE

AQ COMPLETO CON UN OE:
L'aggiudicazione dei contratti d'appalto specifici avviene senza confronto competitivo, ed entro i limiti delle condizioni fissate nell'AQ normativo. Fanno parte di questa tipologia anche le **CONVENZIONI QUADRO** previste dal nostro ordinamento

AQ COMPLETO CON PIÙ OE:
L'aggiudicazione dei contratti specifici avviene senza confronto competitivo, mediante applicazione delle condizioni (specifiche) già prestabilite nell'AQ normativo, per cui a chi predispone l'AQ spetta una certa discrezionalità nella fissazione di tali criteri (es. a rotazione, a cascata, misto, ecc.)

AQ INCOMPLETO CON UN OE:
L'aggiudicazione dei contratti d'appalto specifici avviene senza confronto competitivo, ed entro i limiti delle condizioni fissate nell'AQ normativo, ma in tal caso le SA possono consultare l'OE parte dell'AQ, chiedendogli di completare, se necessario, la sua offerta

AQ INCOMPLETO CON PIÙ OE:
L'aggiudicazione dei contratti specifici avviene dopo aver rilanciato il confronto competitivo fra le parti, in base alle medesime condizioni dell'AQ normativo, se necessario precisandole, e, se del caso, ad altre condizioni purché indicate nel capitolato speciale dell'AQ

2.6. Gli operatori economici

Quali sono le imprese che possono partecipare agli appalti pubblici?

I soggetti che possono partecipare agli affidamenti pubblici sono gli operatori economici, sia quelli nazionali che quelli stabiliti.

Per «**operatore economico**» si intende qualsiasi persona o ente, anche senza scopo di lucro, che, a prescindere dalla forma giuridica e dalla natura pubblica o privata, può offrire sul mercato, in forza del diritto nazionale, prestazioni di lavori, servizi o forniture corrispondenti a quelli oggetto della procedura di evidenza pubblica (art. 1, comma 1, lett. l, allegato I.1).

L'art. 65, comma 2 del d.lgs. 36/2023 individua i soggetti ammessi a partecipare alle procedure di affidamento.

Rientrano nella definizione di operatori economici:

- a) gli imprenditori individuali, anche artigiani, e le società, anche cooperative;
- b) i consorzi fra società cooperative di produzione e lavoro;
- c) i consorzi tra imprese artigiane di cui alla legge 8 agosto 1985, n. 443;

- d) i consorzi stabili, costituiti anche in forma di società consortili ai sensi dell'articolo 2615-ter del Codice civile, tra imprenditori individuali, anche artigiani, società commerciali, società cooperative di produzione e lavoro; i consorzi stabili sono formati da non meno di tre consorziati che, con decisione assunta dai rispettivi organi deliberativi, 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;
- e) i raggruppamenti temporanei di concorrenti, costituiti o costituendi;
- f) i consorzi ordinari di concorrenti di cui all'articolo 2602 del Codice civile, costituiti o costituendi;
- g) le aggregazioni tra le imprese aderenti al contratto di rete;
- h) i soggetti che abbiano stipulato il contratto di gruppo europeo di interesse economico (Geie) ai sensi del decreto legislativo 23 luglio 1991, n. 240.

Il punto – La definizione di operatore economico, sintesi esplicativa

L'art. 65 si apre rinviando alla definizione di operatore economico che, sulla scia della normativa europea, contiene un'elencazione di soggetti esaustiva degli operatori che possono partecipare agli affidamenti pubblici, riproponendo fedelmente quella di cui al previgente art. 45 d.lgs. n. 50/2016.

In particolare, art. 3 comma 1 lett. p) include nella nozione di operatore economico qualsiasi persona fisica o giuridica, ente pubblico, raggruppamento di tali persone o enti, comprese le associazioni temporanee di imprese, ed ente senza personalità giuridica, compresi i gruppi europei di interesse economico (Geie), che offra sul mercato la realizzazione di lavori o opere, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi.

Si rileva che la nozione di operatore economico include espressamente anche gli enti pubblici.

La tematica è stata oggetto di diverse pronunce della Corte di Giustizia dell'Unione europea e del Consiglio di Stato, tutte approdate alle medesime conclusioni. In particolare, una visione funzionale del diritto europeo conduce, in positivo, ad imporre alle amministrazioni il rispetto della concorrenza ove debbano affidare attività economicamente contendibili, e, in negativo, ad escluderne l'operatività quando non sussistano rischi di distorsioni del mercato interno. In altre parole: ogniquale volta l'amministrazione si ponga rispetto ad un'altra come «operatore economico», offrendo una prestazione verso un corrispettivo anche non implicante il riconoscimento di un utile economico, ma il mero rimborso dei costi, dovranno essere applicate le norme di diritto europeo e nazionale in tema di affidamento di contratti pubblici. (Si veda in tal senso: *Corte di Giustizia, Grande Sezione, n. 159/2012*; *Corte di Giustizia, VI, n. 305/2009*; *Consiglio di Stato, V, n. 3130/2014*; *Consiglio di Stato, V, 15 luglio 2013, n. 3849*).

La nozione di operatore economico contenuta nel Codice del 2023, così come quella contenuta nel previgente art. 45 del d.lgs. 50/2016 privilegia il dato sostanziale, prescindendo dalla veste formale, dalla natura pubblica o privata o dall'organizzazione interna dell'offerente per focalizzarsi, piuttosto, sulla sua capacità di offrire sul mercato la realizzazione di lavori, la prestazione di servizi o la fornitura di prodotti.

Quanto sopra è coerente sia con quanto enunciato dalle direttive del 2014, che con i principi contenuti nella legge delega n. 11/2016.

Infatti, le direttive 2014 in materia di appalti e concessioni (art. 19 della direttiva n. 2014/24/UE; art. 37 della direttiva n. 2014/25/UE e l'art. 26 della direttiva n. 2014/23/UE che hanno abrogato gli artt. 1, par. 8, direttiva n. 2004/18/CE e 1, par. 7, direttiva n. 2004/17/CE) e l'elaborazione giurisprudenziale della Corte di Giustizia dell'UE forniscono una definizione ampia e fluida di operatore economico.

In particolare, secondo le direttive europee la nozione di operatore economico dovrebbe essere intesa in senso ampio, a prescindere dalla sua natura di persona fisica o giuridica ed indipendentemente dal fatto che secondo la normativa dello Stato membro nel quale è aggiudicato il contratto l'operatore avrebbe dovuto essere una persona fisica o giuridica (si fa riferimento al considerando 49 della direttiva n.

2014/23/Ue, 14 della direttiva n. 2014/24/Ue e 17 della direttiva n. 2014/25/Ue). Sulla base di quanto sopra, viene recepito un orientamento consolidato da diverso tempo anche nella giurisprudenza europea che aveva chiarito come nel contesto di un mercato interno in cui operano dinamiche concorrenziali effettive, è nell'interesse del diritto europeo garantire la partecipazione più ampia possibile di concorrenti alle procedure (*Corte Giust., IV, n. 538/2007*).

La Corte di Giustizia, in particolare, aveva espresso un evidente *favor* verso la libertà delle forme desumibile dall'art. 4, par. 1, direttiva n. 2004/18/Ce, in cui era sancito che i candidati o gli offerenti, autorizzati dalla legge del proprio Stato a fornire la prestazione oggetto della gara «non possono essere respinti soltanto per il fatto che, secondo la normativa dello Stato membro nel quale è aggiudicato l'appalto, avrebbero dovuto essere persone fisiche o persone giuridiche» (*Corte Giust., 18 dicembre 2007, C-357/06*).

Inoltre, sebbene le fonti del diritto europeo non avessero fornito una precisa definizione di impresa, la Corte di Giustizia ne ha ripetutamente tracciato una nozione a maglie larghe, includendovi sia la figura dell'imprenditore che di fornitore e prestatore di servizi e riconducendovi qualsiasi ente che, a prescindere dallo status giuridico, dalle sue modalità di finanziamento e dall'assenza del perseguimento di uno scopo di lucro, eserciti un'attività economica offrendo beni o servizi sul mercato contro retribuzione e con assunzione dei rischi finanziari ad essa connessi (*Corte Giust. Ue, 26 marzo 2009, C-113/07; Corte Giust. Ue, 1° luglio 2008, C-49/07*).

La definizione di matrice europea risulta quindi dinamica e funzionale, consentendo di attribuire ad un soggetto la veste imprenditoriale anche relativamente ad una sola parte della propria attività.

Emerge quindi una definizione di operatore economico consolidata nella giurisprudenza eurounitaria e confermata dalle direttive del 2014, in forza della quale, in assenza di norme generali o speciali di divieto, deve essere ammessa la partecipazione alle gare d'appalto di ogni operatore che, indipendentemente dalla sua natura di soggetto di diritto privato o di diritto pubblico e a prescindere dal fatto che sia attivo sul mercato in modo sistematico oppure soltanto occasionale o benefici di sovvenzioni pubbliche, si reputi idoneo a garantire, in modo diretto, oppure facendo ricorso al subappalto, l'esecuzione dell'affidamento sulla base dei requisiti indicati nel bando di gara (*ex plurimis Corte Giust., 18 dicembre 2014, C-568/13*).

Diversamente, un'interpretazione restrittiva della nozione di operatore economico contrasterebbe tanto con gli obiettivi europei di libera circolazione dei beni e dei servizi e di creazione di un mercato degli appalti pubblici, quanto con gli interessi perseguiti dalle singole amministrazioni aggiudicatrici. Queste ultime, infatti, si vedrebbero private della possibilità di scegliere l'offerta, potenzialmente più vantaggiosa e quindi maggiormente rispondente ai bisogni della collettività pubblica interessata.

2.6.1. *Le forme di partecipazione associate: i raggruppamenti temporanei d'impresa, i consorzi e i consorzi stabili*

In ossequio ai principi costituzionali ed eurounitari, finalizzati a garantire la più ampia partecipazione alle procedure di gara, il d.lgs. n.36/2023 consente l'accesso in forma associata alle procedure di affidamento. Tra gli operatori economici ammessi a partecipare alle procedure in forma associata, il Codice individua, tra l'altro, i raggruppamenti temporanei di imprese e di professionisti ed i consorzi, stabili e ordinari.

La *ratio* della partecipazione in forma associata alle procedure di affidamento è quella di permettere l'intervento di operatori economici che non avrebbero singolarmente i requisiti necessari alla partecipazione, garantendo al contempo la realizzazione dell'appalto nell'interesse della stazione appaltante.

Gli operatori economici possono partecipare alle gare attraverso «consorzi», che a propria volta si suddividono in consorzi ordinari e consorzi stabili, nonché attraverso gli Rti (raggruppamenti temporanei di impresa).

Il consorzio è un'organizzazione comune di più imprenditori per la disciplina o lo svolgimento di fasi d'impresa. Più specificamente, ai sensi dell'art. 2602 c.c.: «*Con il contratto di consorzio più imprenditori istituiscono un'organizzazione comune per la disciplina o per lo svolgimento di determinate fasi delle rispettive imprese*». Il consorzio svolge, dunque, una funzione strumentale per le imprese consorziate.

Dunque, il consorzio è una organizzazione comune per la disciplina o per lo svolgimento di determinate attività delle rispettive imprese definita attraverso un contratto associativo fra più imprenditori. Il contratto può dar vita a due tipi di consorzio: il consorzio con attività interna solitamente costituito per regolamentare la concorrenza tra società, per esercitare il controllo qualitativo dei prodotti o per la creazione di marchi di qualità, in questo tipo di consorzio ogni impresa continua a svolgere autonomamente tutte le fasi della propria attività; ed il consorzio con attività esterna, costituito per avere rapporti con terzi, integrando fra loro le competenze dei soggetti consorziati mediante la gestione di una o più fasi imprenditoriali, quali la gestione di gare d'appalto, di particolari lavorazioni o di reti commerciali.

Nell'ambito degli appalti pubblici, operano solo i consorzi con attività esterna. Il consorzio esterno può essere costituito per svolgere un solo lavoro e/o una sola funzione, oppure svolgere più lavori e/o funzioni, nel medio e lungo periodo; inoltre può essere stabile o temporaneo.

Il consorzio stabile, quale forma di partecipazione alle procedure di affidamento, è stato introdotto dall'art. 10, co. 1, lett. c) della legge n. 109/1994, poi riprodotto nell'art. 36 del d.lgs. 163/2006 e oggi nell'art. 45, comma 2, lett. c) del d.lgs. 50/2016. La costante giurisprudenza amministrativa delinea il consorzio stabile come soggetto giuridico autonomo, costituito in forma collettiva e con causa mutualistica, che opera in base a uno stabile rapporto organico con

le imprese associate, in forza del quale può giovare, senza dover ricorrere all'avalimento, degli stessi requisiti di idoneità tecnica e finanziaria delle consorziate stesse, secondo il criterio del «cumulo alla rinfusa». Detto criterio si sostanzia nel fatto che il consorzio può scegliere di provare il possesso dei requisiti di gara con caratteristiche proprie oppure attraverso quelle delle sue consorziate, esecutrici e non esecutrici.

Nonostante in passato abbiano accusato significativi casi di inattività, a causa soprattutto della normativa contraddittoria, oggi continuano a crescere sia nel loro numero assoluto, sia nell'incremento delle imprese aderenti ai consorzi stabili esistenti. Nel consorzio stabile è operativo il principio della «porta aperta», per cui è sempre ordinariamente possibile entrare o uscire dalla compagnia consortile. Essi integrano una forma di associazionismo imprenditoriale di tipo «forte», in quanto la collaborazione tra i consorziati non è destinata ad esaurirsi nell'ambito della singola gara, come nel caso dei raggruppamenti temporanei d'impresa, né i consorzi stabili sono assimilabili ai consorzi «ordinari», che sono meri strumenti di ripartizione di commesse pubbliche tra i partecipanti, senza creare un soggetto pienamente autonomo e distinto dalle consorziate. Il consorzio stabile, infatti, è dotato di propria soggettività giuridica ed autonoma qualificazione; esso, cioè, è del tutto scisso, giuridicamente (in quanto possiede la personalità giuridica) ed economicamente (in quanto dotato di un fondo consortile autonomo) dalle singole consorziate che lo compongono, stipula in proprio il contratto ed è responsabile direttamente per la sua corretta esecuzione.

Si evidenzia che il consorzio stabile è un istituto interno, che cioè non deriva direttamente dalla normativa eurounitaria, tipico del settore dei contratti pubblici. L'elemento essenziale per poter attribuire al consorzio la qualifica di consorzio stabile è il c.d. «elemento teleologico», ossia l'astratta idoneità del consorzio, esplicitamente consacrata nello statuto consortile, di operare con un'autonoma struttura di impresa, capace di eseguire, anche in proprio, ovvero senza l'ausilio necessario delle strutture imprenditoriali delle consorziate, le prestazioni previste nel contratto (ferma restando la facoltà per il consorzio, che abbia tale struttura, di eseguire le prestazioni, nei limiti consentiti, attraverso le consorziate).

2.6.2. Le forme di partecipazione associate: i raggruppamenti temporanei d'impresa

Le imprese possono partecipare alle gare anche sotto forma di raggruppamenti temporanei di impresa. Si tratta di un istituto pro-concorrenziale, che risponde ad una formula contrattuale che si ritiene riconducibile ad una sorta di mandato, in virtù della quale le imprese si mettono insieme senza fondersi. Non si crea una nuova società, una nuova struttura perché il raggruppamento temporaneo è diretto a favorire la partecipazione in forma associata da parte di chi, da solo, non avrebbe i requisiti, perché altrimenti i grandi appalti sarebbero riservati a pochi operatori.

2. IL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

Può infatti accadere che un'impresa non abbia, ad esempio, i requisiti di fatturato richiesti dalla gara d'appalto e che, però, tali requisiti possano essere soddisfatti se l'impresa in questione decida di dar vita ad un raggruppamento temporaneo con altre tre, quattro o cinque imprese, di modo che i fatturati delle stesse, sommati, soddisfino il requisito richiesto.

Ad esempio, se la soglia di fatturato richiesto dalla Sa per partecipare alla gara è pari a 1.000 e l'impresa A ha un fatturato pari a 100, mentre l'impresa B ha un fatturato pari a 900, nessuna delle due imprese potrebbe partecipare singolarmente. La partecipazione si renderà possibile solo mediante raggruppamento temporaneo tra l'impresa A e l'impresa B a patto, però, che l'impresa B rivesta la qualifica di mandataria (in quanto in possesso del requisito in misura percentuale maggiore) ed esegua le prestazioni in misura maggioritaria.

Per approfondire – Gli Rti alla luce del nuovo codice

Le novità principali sono le seguenti:

- il Rti diventa un istituto incentrato sulla base del **mandato collettivo**;
- viene superata la distinzione fra raggruppamenti verticali e orizzontale;
- occorre indicare in sede di offerta le quote di esecuzione delle prestazioni e un impegno all'esecuzione;
- responsabilità solidale dei partecipanti al raggruppamento;
- possibilità di richiedere condizioni per l'esecuzione di un appalto o di una concessione diverse da quelle imposte ai singoli partecipanti;
- possesso dei requisiti da parte degli imprenditori partecipanti al raggruppamento e per l'esecutore dell'affidamento;
- possibilità di partecipazione in qualsiasi altra forma salvo l'imputazione dell'offerta ad un unico centro decisionale.

Il mandato:

- la costituzione di un Rti non dà vita ad una nuova e autonoma entità giuridica: si tratta di uno schema organizzativo con cui gli operatori economici si coordinano tra loro, assumendo reciproci impegni e responsabilità, per qualificarsi in gara e formulare l'offerta ai fini della acquisizione del contratto;
- due o più soggetti di cui alle lettere a), b) e c), dell'art. 65, prima della presentazione dell'offerta, conferiscono mandato collettivo speciale con rappresentanza ad uno di essi, qualificato mandatario, il quale esprime l'offerta in nome e per conto proprio e dei mandanti;
- il mandato è gratuito e irrevocabile;
- la revoca del mandato, anche per giusta causa, non ha effetto nei confronti della stazione appaltante.

La nuova disciplina dei Rti, inoltre, recepisce quanto stabilito dalla Cgue con la sentenza 28 aprile 2022, C-642/20, secondo cui non è ammissibile che uno Stato membro predetermini le modalità esecutive all'interno di un Rti.

Infatti, il d.lgs. n. 50/2016 distingue tra:

- Rti orizzontale: i componenti si ripartiscono quantitativamente le prestazioni, eseguendo tutti lo stesso tipo di prestazioni;
- Rti verticale: i raggruppati si ripartiscono qualitativamente le prestazioni: la mandataria svolge le prestazioni prevalenti (lavori) o principali (servizi e forniture), la/e mandante/i quelle scorporabili (lavori) o secondarie (servizi e forniture);
- Rti misto: le prestazioni prevalenti o scorporabili vengono assunte, a loro volta, da operatori economici riuniti in (sub) Rti orizzontale.

Nel Nuovo Codice (d.lgs. n. 36/2023):

- **è eliminata la distinzione tra Rti orizzontali e Rti verticali**;
- conseguentemente, è prevista la responsabilità solidale in ogni caso dei membri del Rti;

2. IL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

- in sede di offerta i componenti del Rti devono specificare le categorie di lavori o le parti del servizio o della fornitura che saranno eseguite dai singoli operatori economici, con l'impegno di questi a realizzarle (la partecipazione in Rti si distingue così dall'avvalimento);
- in ogni caso, tutti i partecipanti al Rti devono possedere i requisiti generali (art. 94 e 95).

Il nuovo Codice recepisce le indicazioni degli organi europei (v. procedura di infrazione 2018/2273) e abroga il divieto di contemporanea partecipazione alla gara di Rti e membro del Rti; la contemporanea autonoma partecipazione alla gara in qualsiasi altra forma dell'operatore economico membro del Rti offerente determina l'esclusione dello stesso solo se sono integrati i presupposti della causa escludente relativa all'unico centro decisionale, fatta salva per l'operatore economico la possibilità di dimostrare che la circostanza non ha influito sulla gara né è idonea a incidere sulla capacità di rispettare gli obblighi contrattuali.

2.7. I requisiti generali

2.7.1. I requisiti generali alla luce del previgente Codice

Per partecipare alla gara, gli operatori economici devono possedere i requisiti a carattere generale e speciale.

I requisiti di carattere generale, nel previgente Codice erano elencati dalla legge, in particolare, all'art. 80 (del d.lgs. 50/2016).

Si tratta ancora oggi di requisiti essenzialmente legati alla moralità del contraente, la cui mancanza causa l'esclusione del concorrente.

Di seguito, **uno schema che riassumeva i requisiti generali, di cui all'art. 80 del previgente Codice dei contratti pubblici e gli strumenti attraverso i quali potevano essere controllati i suddetti requisiti.**

2.7.2. I requisiti generali alla luce del nuovo Codice

L'operatore economico che intende partecipare a una procedura di aggiudicazione deve possedere specifici requisiti sia di ordine generale (relativi alla sua situazione soggettiva) sia di ordine speciale (relativi alla sua capacità tecnica-professionale ed economica-finanziaria). La mancanza di tali requisiti è causa di esclusione dalla partecipazione alla procedura o dall'aggiudicazione del contratto.

La verifica dell'assenza di cause di esclusione e dei requisiti speciali di partecipazione è effettuata dalla stazione appaltante attraverso la consultazione del «fascicolo virtuale dell'operatore economico», alimentato tramite l'interoperabilità con la Pdnd (Piattaforma Digitale Nazionale Dati) e l'inserimento dei documenti dell'operatore economico (articolo 99). In virtù del rispetto del principio c.d. «**once only**», non è possibile richiedere documenti che comprovano il possesso dei requisiti, se questi sono presenti nel fascicolo virtuale o sono nella disponibilità della stazione appaltante (per effetto di una precedente aggiudicazione o accordo quadro o perché acquisibili tramite la piattaforma digitale nazionale dei dati).

La disciplina dei requisiti generali è stata innovata sia sul piano formale, sia su quello sostanziale.

Da un punto di vista formale, il Codice dedica ai requisiti generali un intero capo del Libro II, composto da cinque articoli e, al fine di ridurre le incertezze interpretative e limitare il contenzioso, il legislatore ha compiuto un'opera di razionalizzazione della normativa, dedicando una specifica disposizione per ogni aspetto.

Da un punto di vista sostanziale, la nuova disciplina, in attuazione dei principi del risultato e della fiducia, definisce più chiaramente il ruolo della stazione appaltante ai fini della rilevanza, in concreto, delle cause di esclusione. In particolare, per le cause di esclusione non automatica, alla stazione appaltante spetta il compito di verificare se e in che misura esse incidono sull'affidabilità e sull'integrità morale

dell'operatore economico, al punto da pregiudicare e compromettere la regolare esecuzione del contratto. A tal fine, la stazione appaltante dovrà valutare altresì l'efficacia delle eventuali misure di self-cleaning adottate dall'operatore economico.

Il Codice, inoltre, in coerenza con il consolidato indirizzo della giurisprudenza amministrativa, ribadisce il principio secondo cui **i requisiti devono essere posseduti non solo al momento della presentazione della domanda, ma per tutta la durata della procedura estendendoli anche alla fase di esecuzione del contratto, senza soluzione di continuità**. Pertanto, le stazioni appaltanti sono tenute ad escludere l'operatore economico in qualunque momento della procedura, qualora questi risulti privo dei requisiti richiesti.

In particolare, con l'entrata in vigore del nuovo Codice, i requisiti generali si rinvengono di cinque distinti articoli (94-98) in luogo del previgente articolo 80 d.lgs. n. 50/2016.

Finalità: l'intervento sottende il fine di semplificare e rendere più chiara la disciplina in materia. Infatti, non di rado, la disposizione di cui all'art. 80 del previgente d.lgs. n. 50/2016 è stata oggetto di contenzioso in quanto – sebbene mutuasse in larga parte il testo dell'art. 57 della direttiva n. 24/2014 – neppure distingueva le cause di esclusione c.d. «obbligatorie» rispetto a quelle c.d. «facoltative».

In sintesi, il quadro dei requisiti di ordine generale, ossia le cause che determinano l'impossibilità per l'operatore economico di contrarre con le stazioni appaltanti, definito dal nuovo d.lgs. n. 36/2023 si fonda sulla seguente bipartizione:

- a) una prima tipologia di cause di esclusioni sono situazioni di maggiore criticità, rispetto alle quali non sono applicabili procedure correttive dall'operatore economico e per le quali la stazione appaltante non ha margine valutativo discrezionale in caso di evidenziate circostanze attenuanti, individuate come cause di esclusione automatica e riportate nell'art. 94;
- b) una seconda tipologia, le situazioni critiche «risolvibili» dall'operatore economico o comunque valutabili dalla stazione appaltante nell'incidenza effettiva sulla procedura in base alla loro gravità reale o attenuata. individuate come cause di esclusione non automatica e riportate nell'art. 95.

In particolare, con l'entrata in vigore del nuovo Codice (d.lgs. n. 36/2023) ad oggi è possibile distinguere:

- Art. 94 – cause di esclusione automatiche;
- Art. 95 – cause di esclusione non automatiche;
- Art. 96 – disciplina dell'esclusione (*self cleaning*; incontrattabilità; durata; oneri dichiarativi);
- Art. 97 – clausole di esclusione di partecipanti a raggruppamenti;
- Art. 98 – illecito professionale grave.

PARTE PRIMA: LA DISCIPLINA DEI CONTRATTI PUBBLICI

<i>Norma di riferimento del Codice</i>	<i>Causa di esclusione</i>	<i>Strumenti di verifica</i>
Art. 80, comma 1, lett. a), b), b-bis), c), d), e), f), g)	Condanna con sentenza definitiva o decreto penale di condanna o a seguito di patteggiamento <i>ex art. 444 c.p.</i> , anche riferita a un subappaltatore nel caso di reati	Casellario giudiziale
Art. 80, co. 2	Sussistenza di cause di decadenza, di sospensione o di divieto previste dall'art. 67, d.lgs. 159/2011 o tentativo di infiltrazione mafiosa	Banca dati nazionale antimafia
Art. 80, co. 4	Violazioni gravi, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse	Agenzia delle entrate
Art. 80, co. 4	Violazioni gravi, definitivamente accertate, in materia contributiva e previdenziale ostative al rilascio del Durc	Inps/Inail, Inarcassa, Epap, Cipag
Art. 80, co. 5, lett. a)	Esistenza di gravi infrazioni debitamente accertate alle norme in materia di salute e sicurezza sul lavoro	Casellario informatico presso Anac
Art. 80, co. 5, lett. b)	Stato di fallimento, di liquidazione coatta, di concordato preventivo, fatto salvo il concordato con continuità aziendale, o se è in corso un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni (si veda l'art. 110 del Codice dei contratti pubblici)	Infocamere
Art. 80, co. 5, lett. c)	Gravi illeciti professionali tali da rendere dubbia l'integrità o affidabilità dell'operatore economico	Casellario informatico, casellario giudiziale o ulteriore strumento che la stazione appaltante ritenga idoneo a mettere in dubbio l'affidabilità dell'operatore economico
Art. 80, co. 5, lett. d)	Conflitto di interesse ai sensi dell'art. 42, co. 2, Codice	
Art. 80, co 5, lett. e), d)	Distorsione della concorrenza derivante dal precedente coinvolgimento nella preparazione della procedura d'appalto	
80, co. 5, lett. f)	Sussistenza di sanzione interdittiva o altra sanzione che comporta il divieto di contrarre con la pubblica amministrazione	Anagrafe delle sanzioni amministrative e casellario informatico presso Anac
Art. 80, co. 5, lett. f-bis)	Aver presentato dichiarazioni false o non veritiere	
Art. 80, co. 5, lett. f-ter)	Iscrizione nel casellario informatico tenuto dall'osservatorio dell'Anac per aver presentato false dichiarazioni o falsa documentazione nelle procedure di gara e negli affidamenti di subappalti	Casellario informatico Anac
Art. 80, co. 5, lett. g)	Iscrizione nel casellario informatico tenuto dall'osservatorio dell'Anac per aver presentato falsa dichiarazione o falsa documentazione ai fini del rilascio dell'attestazione di qualificazione	Casellario informatico Anac
Art. 80, co. 5, lett. h)	Violazione del divieto di intestazione fiduciaria	
Art. 80, co. 5, lett. i)	Mancata presentazione del certificato dell'Ispettorato del lavoro in merito all'art. 17, legge 68/1999 ovvero autocertificazione del medesimo requisito	Agenzie regionali per il lavoro
Art. 80, co. 5, lett. l)	Omessa denuncia all'autorità giudiziaria se vittima dei reati di concussione ed estorsione aggravata	Casellario informatico Anac
Art. 80, co. 5, lett. m)	Situazione di controllo di cui all'art. 2359 c.c. se la situazione comporti che le offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale	
Art. 80, co. 5, lett. n)	Qualsiasi relazione, anche di fatto, se la relazione comporti che le offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale	

Classificazione delle cause di esclusione

L'art. 94 individua le cause di esclusione «automatica», mutuando un aggettivo che si rinviene in numerose decisioni della Corte di Giustizia e della giurisprudenza nazionale. Si tratta di cause di esclusione per le quali non sussiste alcun margine valutativo da parte della stazione appaltante, nonché dei soggetti destinatari di provvedimenti preclusivi idonei a determinare l'esclusione dell'operatore economico. In presenza, di tali cause la stazione appaltante sarà, dunque, obbligata a non ammettere l'operatore economico.

Ulteriori cause di esclusione automatica (art. 94, comma 5)

Il comma 5 raggruppa ulteriori cause di esclusione obbligatoria che nel previgente Codice erano riportate in maniera disorganica all'art. 80 del d.lgs. n. 50/2016:

- sanzioni interdittive ai sensi del d.lgs. n. 231/2001 o altre che comportano il divieto a contrarre con la Pa, nonché quelle derivanti dal d.lgs. n. 81/2008 in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro;
- mancata presentazione della certificazione di cui all'art. 17 della l. n. 68/1999 (certificazione che attesti di essere in regola con le norme che disciplinano il diritto al lavoro dei disabili);
- per appalti Pnrr mancata presentazione relazione situazione del personale impiegato;
- liquidazione giudiziale o liquidazione coatta o concordato preventivo o procedimenti di accesso ad una di tali procedure, fermo restando quanto previsto dall'art. 95 del Codice della crisi di impresa, l'art. 186-bis, comma 5 del R.D. n. 267/1942 e dall'art. 124 del d.lgs. n. 36/2023;
- iscrizione casellario informatico Anac per aver presentato false dichiarazioni o falsa documentazione nelle procedure di gara e negli affidamenti di subappalto;
- iscrizione casellario informatico Anac per aver presentato false dichiarazioni o falsa documentazione ai fini del rilascio dell'attestazione di qualificazione.

L'art. 95 individua le cause di esclusione «non automatica», tra le quali rientra il c.d. «illecito professionale», che, tuttavia, è stato disciplinato autonomamente all'art. 98, in ossequio a quanto previsto espressamente alla lett. n) della legge delega.

L'art. 96 contiene la disciplina procedimentale comune agli «eventi» che conducono all'esclusione dell'operatore economico. Sono stati indicati gli oneri di comunicazione degli eventi idonei a condurre alla esclusione in capo agli operatori economici ed è disciplinato il c.d. «*self cleaning*» armonicamente alla disciplina eurounitaria.

L'art. 97 contiene la disciplina specifica che riguarda **i raggruppamenti di imprese**. In ragione delle incertezze applicative che avevano indotto la giurisprudenza ad intervenire a più riprese sul tema, la disposizione introduce una specifica disciplina sulla

c.d. «sostituzione» o «estromissione» del partecipante al raggruppamento, al fine di prevenire l'adozione di misure espulsive nei confronti del raggruppamento intero.

L'art. 98 disciplina specificamente la fattispecie del **c.d. illecito professionale**, recependo, nella parte dedicata alla elencazione dei reati, l'indicazione già contenuta nelle Linee Guida Anac n. 6 approvate dal consiglio dell'Autorità con la delibera n. 1309 del 28 dicembre 2016 ed aggiornate al d.lgs. n. 56/2017 con la deliberazione del consiglio n. 1008 dell'11 ottobre 2017.

Il punto – Il principio di tassatività delle cause di esclusione

Continua a trovare applicazione il principio di tassatività delle cause di esclusione e di massima partecipazione (art. 10 del Codice) in base al quale: i contratti pubblici non sono affidati agli operatori economici nei confronti dei quali sia stata accertata la sussistenza di cause di esclusione espressamente definite dal Codice.

In altre parole, **è possibile escludere l'operatore economico solo in presenza delle cause di esclusione espressamente indicate nel d.lgs. n. 36/2023.**

In conseguenza di tale principio:

- le cause di esclusione di cui agli articoli 94 e 95 sono tassative e integrano di diritto la *lex specialis* (la documentazione di gara). In altre parole, esse operano anche in assenza di espressa previsione nella documentazione di gare;
- clausole che prevedono cause ulteriori di esclusione sono nulle e si considerano non apposte.

2.7.3. *Le singole cause di esclusione previste dal nuovo Codice: la disciplina di dettaglio*

Di seguito si riportano le cause di esclusione previste dal nuovo Codice.

Commissione di reati (art. 94 commi 1 e 2)

L'art. 94, comma 1 ripropone il previgente art. 80, comma 1. Pertanto, le amministrazioni aggiudicatrici escludono un operatore economico quando è stato condannato con sentenza definitiva ovvero decreto penale di condanna divenuta irrevocabile per le ipotesi tassativamente elencate sub lettere dalla a) alla h) ossia:

- delitti di stampo associativo;
- delitti contro la Pa di cui al Libro II Parte II del Codice penale;
- false comunicazioni sociali 2621 e 2622 c.c.;
- frode;
- delitti terroristici, riciclaggio di proventi derivanti da attività criminose, lavoro minorile o altre forme di tratta di essere umani; ogni altro delitto da cui derivi quale pena accessoria l'impossibilità a contrarre con la Pa.

A tale elenco si aggiungono, altresì, le misure interdittive antimafia, salvo che l'impresa non sia stata ammessa a controllo giudiziario ex art. **34-bis del d.lgs. n. 159/2011**. Con riguardo a quest'ultima precisazione, si evidenzia che, in conformità alla generale disciplina sul *self-cleaning* di matrice europea (quest'ultima contenuta ai commi 2-6 dell'art. 96), è stata prevista l'inoperatività della causa di esclusione discendente dall'emissione di una misura interdittiva antimafia ove l'impresa sia stata ammessa al controllo giudiziario ex art. 34-bis del decreto legislativo n. 159/2011 entro la data dell'aggiudicazione.

Restano fermi gli artt. 88, comma 4-bis e 92 del d.lgs. n. 159/2011 **sulle comunicazioni e le informazioni antimafia**.

Fra le novità si evidenzia che, ai fini dell'esclusione, non rileva nel nuovo Codice, la sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti ex art. 444 del Codice penale (c.d. patteggiamento) per i reati gravi elencati dall'art. 94, comma 1 (mentre l'art. 80 del vecchio Codice contemplava espressamente anche il c.d. patteggiamento con riguardo ai reati in argomento come motivo di esclusione), dunque, non rileva per le cause di esclusione c.d. «automatica».

Soggetti da sottoporre a verifica (art. 94, comma 3)

L'art. 94, comma 3 prevede che l'esclusione di cui ai commi 1 e 2, relativa alla commissione dei suindicati reati, è disposta se la sentenza o il decreto oppure la misura interdittiva ivi indicati sono stati emessi nei confronti dei soggetti di seguito riportati:

- a) dell'operatore economico ai sensi e nei termini di cui al decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231 (tale decreto disciplina la responsabilità degli enti);
- b) **del titolare o del direttore tecnico**, se si tratta di impresa individuale;

- c) **di un socio amministratore o del direttore tecnico**, se si tratta di società in nome collettivo;
- d) **dei soci accomandatari o del direttore tecnico**, se si tratta di società in accomandita semplice;
- e) **dei membri del consiglio di amministrazione** cui sia stata conferita la legale rappresentanza, ivi compresi gli institori e i procuratori generali;
- f) **dei componenti degli organi con poteri di direzione o di vigilanza** o dei soggetti muniti di poteri di rappresentanza, di direzione o di controllo;
- g) **del direttore tecnico o del socio unico**;
- h) **dell'amministratore di fatto** nelle ipotesi di cui alle lettere precedenti.

Si segnala che dall'ambito delle figure soggettive da sottoporre a verifica di cui al vigente comma 3 dell'art. 80 d.lgs. n. 50/2016 sono stati espunti:

- i riferimenti ai «soggetti cessati» dalla carica nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara (riferimento non presente nella direttiva europea);
- il riferimento del socio di maggioranza in caso di società con un numero di soci pari o inferiore a quattro;
- è stato **inserito un espresso riferimento agli amministratori di fatto**, codificando un saldo approdo giurisprudenziale (art. 94, comma 3).

Viene, inoltre, previsto che qualora il socio **sia una persona giuridica** l'esclusione va disposta se la sentenza o il decreto ovvero la misura interdittiva sono stati emessi nei confronti degli amministratori di quest'ultima (art. 94, comma 4).

L'**art. 94, comma 5**, come si è anticipato raggruppa ulteriori cause di esclusione di esclusione obbligatoria che prima si rinvenivano «sparse» nell'art. 80 del decreto legislativo n. 50 del 2016.

In ordine a tali ulteriori cause di esclusione si evidenzia che:

- è stata inserita alla lett. c) una specifica causa di **esclusione obbligatoria (art. 47, comma 2, del decreto-legge n. 77/2021)** riguardante i soli appalti finanziati con risorse Pnrr. Si tratta dell'obbligo di produrre, da parte degli operatori economici, un rapporto sulla situazione del personale, ai sensi dell'articolo 46 del decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198, a pena di esclusione;
- è stata inserita sub lett. d) di questo «nuovo» comma 5 la causa di esclusione relativa alle procedure concorsuali di cui alla lett. 5 b) dell'art. 80 del decreto legislativo n. 50/2016 ossia: **stato di fallimento, di liquidazione coatta, di concordato preventivo, fatto salvo il concordato con continuità aziendale**. Tale causa di esclusione è «obbligatoria» in quanto discende dal nostro sistema giurisdizionale, opera automaticamente e necessariamente salvo provvedimento del giudice civile. Peraltro, le direttive europee sugli appalti, a partire dalla prima, la n. 305 del 1971, sino all'ultima, la n. 24 del 2014, pur contemplando (quest'ultima all'art. 57.4, lett. b) il fallimento e le altre procedure concorsuali tra i possibili motivi di esclusione, hanno tuttavia sempre rimesso

agli stati membri e alle loro amministrazioni aggiudicatrici la scelta se e come escludere i concorrenti che si trovano in tali situazioni; infatti, *«gli Stati membri hanno la facoltà di non applicare affatto tali 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»* (Corte di Giustizia 28 marzo 2019, in causa C-101/18).

Al successivo comma 6 è disposta **l'esclusione «obbligatoria» da omesso pagamento di imposte, tasse e contributi.**

In particolare, **viene disciplinata la causa di esclusione automatica in presenza di gravi violazioni definitivamente accertate**, rinviando all'allegato II.10 la definizione del concetto di «gravità» (importo superiore a 5.000 euro) e della «definitività» della violazione, che riproduce l'attuale contenuto del suddetto comma 4, primo e secondo periodo, dell'art. 80. In conclusione, la disciplina, sotto questi profili, è rimasta pressoché invariata rispetto a quella precedente.

Sempre al comma 6, **si prevede l'esclusione automatica dell'operatore economico che ha commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, degli obblighi relativi al pagamento dei contributi previdenziali, secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui sono stabiliti.** A tal fine, viene richiamato l'allegato II.10, che specifica, come previsto dalla normativa previgente, che costituiscono gravi violazioni in materia contributiva e previdenziale quelle ostative al rilascio del Durc.

Come è noto, il previgente articolo 80, comma 4, del decreto legislativo n. 50 del 2016 prevedeva sia una causa obbligatoria di esclusione, che una «facoltativa», aventi la medesima «causale» (omesso pagamento di imposte, tasse contributi previdenziali). In ossequio alle esigenze di chiarezza che hanno condotto a collocare in distinti articoli le cause «automatiche» e quelle «non automatiche» (rispettivamente all'art. 94 e all'art. 95) il legislatore ha strutturato due distinte previsioni, l'una allocata tra le esclusioni «automatiche» (art. 94 comma 6), e l'altra (art. 95 comma 2), tra le «non automatiche».

Più precisamente, l'art. 94, comma 6, dispone – come causa di esclusione automatica che è escluso *«l'operatore economico che ha commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, degli 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 definitivamente accertate quelle indicate nell'allegato II.10».*

Parallelamente, l'art. 95 comma 2 prevede che la stazione appaltante *«esclude l'operatore economico qualora ritenga, sulla base di qualunque mezzo di prova adeguato, che lo stesso ha commesso gravi violazioni non definitivamente accertate agli obblighi relativi al pagamento di imposte e tasse o contributi previdenziali. Costituiscono gravi violazioni non definitivamente accertate in materia fiscale quelle indicate nell'allegato II.10».* La gravità va in ogni caso valutata anche tenendo conto del valore dell'appalto.

In entrambi i casi l'esclusione non si applica qualora l'operatore economico abbia ottemperato ai suoi obblighi pagando o impegnandosi in modo vincolante a pagare le imposte o i contributi previdenziali dovuti, compresi eventuali interessi o sanzioni, oppure 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 di presentazione dell'offerta, oppure nel caso in cui l'operatore economico abbia compensato il debito tributario con crediti certificati vantati nei confronti della pubblica amministrazione.

Cause di esclusione «non automatica» (art. 95)

L'art. 95 del Codice contiene le cause di esclusione «non automatiche», in passato in massima parte disciplinate all'art. 80, comma 5 del d.lgs. n. 50/2016. Il legislatore, con il nuovo Codice, ha, in particolare, ritenuto di indicare nella norma in commento tutte quelle cause facoltative di esclusione «diverse» dall'illecito professionale e di disciplinare tale fattispecie in un articolo autonomo (art. 98).

Con riguardo alle esclusioni «non automatiche» preme rappresentare che il «potere» demandato alla stazione appaltante non si sostanzia in «una volizione» quanto piuttosto in un margine di apprezzamento della situazione concreta riconducibile al concetto di discrezionalità tecnica.

Come anticipato, **costituiscono cause di esclusione non automatica:**

- **le gravi infrazioni di norme in materia di salute e sicurezza sul lavoro, nonché afferenti agli obblighi in materia ambientale, sociale e del lavoro** stabiliti dalla normativa europea e nazionale, dai contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali elencate nell'allegato X alla direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 (tale disposizione mira ad attribuire rilevanza ai fattori Esg – Environmental Social, Governance, ovvero Ambientale, Sociale e di Governance – che permeano oggi la gestione aziendale, anche nell'ambito della materia dei contratti pubblici;
- disposizioni internazionali elencate nell'allegato X alla direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014;
- una situazione di **conflitto di interessi** non diversamente risolvibile (ad es. attraverso la sostituzione del dipendente o l'avocazione della sua attività al responsabile del servizio oppure mediante il ricorso a formule organizzative alternative); l'impossibilità di risolvere la situazione di conflitto deve essere assoluta, oggettiva, e adeguatamente motivata;
- una **distorsione della concorrenza** derivante dal precedente coinvolgimento degli operatori economici nella procedura di appalto che non può essere risolta;
- la sussistenza di rilevanti indizi tali da far ritenere che le **offerte siano impu- tabili ad un unico centro decisionale** in virtù di accordi intercorsi tra gli operatori partecipanti alla stessa gara (a tal fine occorre tener conto delle indicazioni della giurisprudenza della Corte di Giustizia, secondo la quale la

semplice situazione di controllo societario non è elemento di per sé sufficiente ai fini dell'operatività della causa di esclusione; è invece necessario che l'amministrazione valuti concretamente l'impatto del rapporto di controllo sul comportamento dei partecipanti e sul contenuto delle offerte depositate);

- **Pillecito professionale grave** tale da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità, che deve essere dimostrato dalla stazione appaltante con mezzi adeguati (al successivo articolo 98 sono indicati, in modo tassativo, i gravi illeciti professionali, nonché i mezzi adeguati a dimostrare i medesimi);
- le irregolarità fiscali e contributive di natura grave **«non» definitivamente accertate** di cui si è anticipato.

Con riguardo a quest'ultima causa di esclusione «non automatica», prevista all'art. 95, comma 2, il Codice rinvia all'allegato II.10 per individuare le situazioni in cui la violazione possa ritenersi «grave» e «non definitivamente accertata». Nel predetto allegato viene riportato il contenuto del d.m. 28 settembre 2022, che ha stabilito le modalità operative di tale causa di esclusione (es. ammontare della violazione almeno pari al 10% del valore dell'appalto con un minimo di 35.000 euro), come precedentemente prevista dal co. 4, quinto periodo, dell'art. 80 del decreto legislativo n. 50/2016. Per effetto di ciò viene, quindi, disposta l'abrogazione del d.m. 28 settembre 2022 (art. 226, co. 3, lett. g, del provvedimento in commento). L'unica disposizione del d.m. 28 settembre 2022 non riportata nell'allegato II.10 è quella oggi contenuta nell'art. 5 che, nelle more dell'operatività della Banca dati nazionale dei contratti pubblici, rinvia alla deliberazione Anac n. 157 del 17 febbraio 2016 per l'individuazione dei tributi il cui mancato pagamento configura l'irregolarità fiscale, ai fini della partecipazione alle gare (si tratta di una serie di tributi, individuati da appositi codici, riferiti ad imposte gestite dall'Agenzia delle Entrate ed oggetto di riscossione nazionale).

In sostanza, la disciplina, sotto questi profili, è rimasta pressoché invariata rispetto a quella precedente.

Preme segnalare che il medesimo comma 2 prevede che la stazione appaltante esclude un operatore economico qualora ritenga che lo stesso abbia commesso **gravi violazioni non definitivamente accertate agli obblighi relativi al pagamento dei contributi previdenziali**.

A tal fine, è richiamato **l'allegato II.10, che specifica che costituiscono gravi violazioni in materia contributiva e previdenziale quelle ostantive al rilascio del Durc**. Inoltre, il medesimo allegato chiarisce che *«In relazione agli articoli 94, comma 6 e 95 comma 2, si considera mezzo di prova, con riferimento ai contributi previdenziali e assistenziali, il documento unico di regolarità contributiva acquisito d'ufficio dalle stazioni appaltanti presso gli istituti previdenziali ai sensi della normativa vigente»*³.

³ Si ricorda che, diversamente dalle cause di esclusione automatiche, le cause non automatiche non operano ex lege, ma la stazione appaltante deve valutare, caso per caso, la gravità della

La procedura di esclusione (art. 96)

L'art. 96 contiene la disciplina procedimentale comune agli «eventi» che conducono alla esclusione dell'operatore economico; sono stati indicati gli oneri di comunicazione degli eventi idonei a condurre alla esclusione in capo agli operatori economici ed è stato disciplinato il c.d. «*self-cleaning*» (l'applicazione di detto istituto, armonicamente alla disciplina eurounitaria, è stata dilatata rispetto alla previsione vigente).

In particolare, il comma 1 prevede che le stazioni appaltanti escludono un operatore economico in qualunque momento della procedura d'appalto, qualora risulti che questi si trovi, a causa di atti compiuti od omessi prima o nel corso della procedura, in una delle situazioni di cui agli articoli 94 e 95.

Come anticipato, rispetto al previgente Codice (d.lgs. n. 50/2016), si introduce una nuova versione allargata del c.d. «*self cleaning*».

Alla luce delle modificazioni introdotte, l'operatore economico può:

- ove le cause di esclusione si siano verificate prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte, comprovare di avere adottato le misure di *self cleaning* ovvero comprovare l'impossibilità di adottare dette misure prima della presentazione dell'offerta e successivamente ottemperare;
- ove le cause di esclusione si siano verificate successivamente alla presentazione dell'offerta, adottare e comunicare alla stazione appaltante le suddette misure.

Inoltre, la norma individua la decorrenza iniziale del termine triennale per le fattispecie costituenti ipotesi di illecito professionale, fissandola alla data del provvedimento.

condotta e la rilevanza che essa ha sull'affidabilità dell'operatore economico a eseguire (v. *Corte di Giustizia 19 maggio 2009, causa C-538/07*). In particolare, si considera «violazione» l'inottemperanza agli obblighi derivanti dalla notifica di specifici atti impositivi di pagamento; la violazione è «grave» se l'importo non pagato è pari o superiore al 10% del valore dell'appalto e comunque non inferiore a 35.000 euro; la violazione è considerata «non definitivamente accertata» (e quindi suscettibile di fondare una eventuale valutazione in termini di esclusione dell'operatore economico), quando sono decorsi inutilmente i termini per adempiere l'obbligo di pagamento e il provvedimento non è stato impugnato. Pertanto, condizione necessaria affinché l'omesso pagamento di imposte e tasse possa essere considerato rilevante ai fini dell'esclusione è **la natura impositiva dell'atto, il quale deve essere idoneo a far sorgere l'obbligo di pagamento.**

Il punto – La procedura di esclusione

In sintesi:

- l'esclusione può avvenire «in qualsiasi momento della procedura» per fatti verificatisi prima o durante la gara;
- per tutte le fattispecie di cui agli artt. 94 e 95 (ad eccezione dei pagamenti di tasse e/o imposte) l'esclusione non opera se l'Oe adotta (e comunica) misure di c.d. *self cleaning*;
- l'adozione di queste misure non può ritardare la procedura;
- il *self cleaning* non opera se la sentenza prevede la pena accessoria del divieto di contrarre con la Pa (in questo caso la durata è indicata dai commi 8 e 9);
- le cause di esclusione facoltative rilevano:
 - per 3 anni dal fatto per la violazione delle norme in materia di salute e di sicurezza sul lavoro oppure per la sola gara per conflitto di interesse/distorsione concorrenza/unico centro decisionale;
 - per 3 anni
 - dall'emissione del provvedimento cautelare,
 - dal provvedimento sanzionatorio dell'Anac,
 - dalla commissione del fatto.
- se l'Oe non comunica il fatto (e questo non è menzionato nel fascicolo virtuale) i 3 anni iniziano a decorrere dalla conoscenza;
- la mancata comunicazione non è causa di esclusione automatica, ma può essere valutata come illecito professionale;
- la falsa dichiarazione produce la segnalazione e l'eventuale iscrizione nel casellario Anac.

Cause di esclusione del raggruppamento d'impresa (art. 97)

Rispetto al Codice n. 50/2016, viene introdotta in un'unica e specifica disposizione la disciplina relativa alle esclusioni per i Rti e i consorzi. In particolare, si prevede che in caso di mancato possesso dei requisiti generali/speciali da parte di un'impresa partecipante al raggruppamento, quest'ultimo – per non essere escluso – può comprovare di aver estromesso l'impresa interessata o di averla sostituita con altro soggetto munito dei necessari requisiti, fatta salva l'immodificabilità sostanziale dell'offerta presentata (sul punto, *v. Corte di Giustizia, sez. IX, 3 giugno 2021, causa C-210/20*).

Illecito professionale (art. 98)

L'art. 98 definisce la fattispecie escludente dell'illecito professionale.

Tale articolo enuclea e descrive le fattispecie rilevanti, individua i mezzi di prova, chiarisce la portata dell'obbligo motivazionale, ove si voglia disporre l'esclusione dell'operatore economico.

In particolare, ai sensi dell'articolo 98, comma 3, rilevano quale grave illecito professionale:

- a) sanzione esecutiva irrogata dall'Agcm o da altra autorità di settore, rilevante in relazione all'oggetto specifico dell'appalto;
- b) condotta dell'operatore economico che abbia tentato di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate a proprio vantaggio oppure che abbia fornito, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione;
- c) condotta dell'operatore economico che abbia dimostrato significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione per inadempimento oppure la condanna al risarcimento del danno o altre sanzioni comparabili, derivanti da inadempienze particolarmente gravi o la cui ripetizione sia indice di una persistente carenza professionale;
- d) condotta dell'operatore economico che abbia commesso grave inadempimento nei confronti di uno o più subappaltatori;
- e) condotta dell'operatore economico che abbia violato il divieto di intestazione fiduciaria di cui all'articolo 17 della legge 19 marzo 1990, n. 55, laddove la violazione non sia stata rimossa;
- f) omessa denuncia all'autorità giudiziaria da parte dell'operatore economico persona offesa dei reati previsti e puniti dagli articoli 317 e 629 c.p. aggravati ai sensi dell'articolo 416-bis.1 del medesimo Codice salvo che ricorrano i casi previsti dall'articolo 4, comma 1, della legge 24 novembre 1981, n. 689;

- g) contestata commissione da parte dell'operatore economico, ovvero dei soggetti di cui al comma 3 dell'articolo 94 di taluno dei reati consumati o tentati di cui al comma 1 del medesimo articolo 94;
- h) contestata o accertata commissione, da parte dell'operatore economico oppure dei soggetti di cui al comma 3 dell'articolo 94, di taluno dei seguenti reati consumati:
 - i. abusivo esercizio di una professione, ai sensi dell'articolo 348 del Codice penale;
 - ii. bancarotta semplice, bancarotta fraudolenta, omessa dichiarazione di beni da comprendere nell'inventario fallimentare o ricorso abusivo al credito, di cui agli articoli 216, 217, 218 e 220 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267;
 - iii. i reati tributari ai sensi del decreto legislativo 10 marzo 2000, n. 74, i delitti societari di cui agli articoli 2621 e seguenti del Codice civile o i delitti contro l'industria e il commercio di cui agli articoli da 513 a 517 del Codice penale;
 - iv. i reati urbanistici di cui all'articolo 44, comma 1, lettere b) e c), del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di edilizia, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380, con riferimento agli affidamenti aventi ad oggetto lavori o servizi di architettura e ingegneria; v. i reati previsti dal decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231.

Verifica del possesso dei requisiti (art. 99)

In applicazione del c.d. principio del «*once only*» **agli operatori economici non possono essere richiesti documenti che comprovano il possesso dei requisiti di partecipazione o altra documentazione utile ai fini dell'aggiudicazione, se questi sono presenti nel fascicolo virtuale dell'operatore economico, sono già in possesso della stazione appaltante, per effetto di una precedente aggiudicazione o conclusione di un accordo quadro, ovvero possono essere acquisiti tramite interoperabilità con la piattaforma digitale nazionale dati di cui all'articolo 50-ter del decreto legislativo n. 82 del 2005 e con le banche dati delle pubbliche amministrazioni (art. 99, comma 3).**

In altre parole, con l'introduzione dell'articolo 99 il legislatore positivizza **il riferimento al fascicolo virtuale dell'operatore economico** per l'accertamento del possesso dei requisiti generali/speciali, pur permanendo la possibilità di ricorrere ad altre banche dati.

Si introduce, inoltre, il divieto, per le stazioni appaltanti, di richiedere agli operatori economici documenti a comprova del possesso dei requisiti di partecipazione o altra documentazione utile ai fini dell'aggiudicazione, già presenti nel fascicolo (o già nella disponibilità della stazione appaltante, per effetto di una precedente aggiudicazione o conclusione di un accordo quadro).

2.8. I requisiti speciali

I requisiti speciali sono determinati dalle stazioni appaltanti e, in base a quanto esplicitato all'art. 100 del nuovo Codice, devono essere proporzionati e attinenti all'oggetto dell'appalto.

Tali requisiti attengono essenzialmente ai seguenti aspetti

- a. **requisiti di idoneità professionale:** provano la competenza del concorrente dal punto di vista tecnico-professionale attraverso la sua iscrizione a determinati registri o albi (ad esempio iscrizione alla camera di commercio);
- b. **requisiti di capacità economica e finanziaria:** provano la solidità finanziaria del concorrente. Si tratta di:
 - fatturato minimo annuo;
 - conti annuali con i rapporti tra attività e passività;
 - copertura assicurativa.

La richiesta di un certo fatturato deve essere misurata non in astratto, ma in relazione al valore dell'appalto e alle specifiche peculiarità dell'oggetto della gara;

- c. **capacità tecnico-professionale:** sono le risorse umane e tecniche e l'esperienza necessarie per eseguire l'appalto con un adeguato standard di qualità. Con il requisito di capacità tecnica e professionale la stazione appaltante mira ad accertare non già la solidità economica dell'affidataria, ma la sua idoneità tecnica ed organizzativa ai fini dell'esecuzione dell'appalto, che può essere desunta solo dallo svolgimento di servizi analoghi.

Sono, a titolo esemplificativo, la pregressa esperienza (gli appalti eseguiti nello stesso settore merceologico), le risorse umane, le attrezzature tecniche possedute e l'esperienza necessaria per eseguire l'appalto con un adeguato standard di qualità.

I criteri di selezione devono essere «attinenti e proporzionati all'oggetto dell'appalto, tenendo presente l'interesse pubblico ad avere il più ampio numero di potenziali partecipanti, nel rispetto dei principi di trasparenza e rotazione».

Rispetto alla previgente disciplina, al comma 3, è previsto quale requisito di idoneità tecnica l'iscrizione nel registro della camera di commercio. Al fine di consentire la massima partecipazione alle procedure di gara, si stabilisce che è posseduto il requisito di idoneità professionale in caso di iscrizione per attività non coincidente con l'oggetto dell'appalto, purché «pertinente».

All'operatore economico di altro Stato membro, non residente in Italia, è consentito di autodichiarare sotto la propria responsabilità di essere iscritto in uno dei registri professionali o commerciali previsti nell'allegato II.11.

L'aspetto peculiare delle nuove disposizioni, in tema di requisiti di ordine speciale, è costituito dalla scelta di disciplinare anche la qualificazione degli operatori economici per gli appalti di forniture e servizi, così

da allineare la disciplina della qualificazione per gli appalti di servizi e forniture a quella degli appalti di lavori.

Tale aspetto costituisce una dirompente novità, in quanto in base al precedente assetto normativo, era prevista solo la qualificazione in tema di lavori

Alla luce del nuovo quadro, il sistema appare tendenzialmente unitario in funzione di semplificazione sia per quanto riguarda la partecipazione alla gara da parte degli operatori economici, sia per quanto riguarda il controllo da parte delle stazioni appaltante.

La disciplina in materia di requisiti di ordine speciale è completata dall'allegato II.12.

Tale allegato, in attuazione dell'art. 100, comma 4, in attesa del più generale regolamento ivi previsto (che dovrà contenere anche l'innovativa disciplina della qualificazione degli operatori economici di forniture e servizi), riproduce in larga misura le norme (artt. 60-104) del d.p.r. n. 207/2010, attuative del decreto legislativo n. 163/2006 e rimaste in vigore anche dopo il sopravvenire del decreto legislativo n. 50/2016, con gli adattamenti formali e sostanziali resisi necessarie per raccordarle con la nuova normativa primaria. Sono altresì inserite, nella Parte V, le norme relative ai requisiti dei soggetti partecipanti alle procedure di affidamento dei servizi di ingegneria e architettura.

L'articolo 100, comma 11, prevede un regime transitorio.

Regime transitorio (comma 11):

- fino alla data di entrata in vigore del regolamento, le stazioni appaltanti possono richiedere agli operatori economici quale requisito di capacità economica e finanziaria un fatturato globale non superiore al doppio del valore stimato dell'appalto, maturato nel triennio precedente a quello di indizione della procedura;
- in caso di procedure di aggiudicazione suddivise in pluralità di lotti, salvo diversa motivata scelta della stazione appaltante, il fatturato è richiesto per ciascun lotto.

Le stazioni appaltanti possono, altresì, richiedere agli operatori economici quale requisito di capacità tecnica e professionale di aver eseguito nel precedente triennio dalla data di indizione della procedura di gara contratti analoghi a quello in affidamento anche a favore di soggetti privati.

2.9. L'avvalimento

I requisiti speciali devono essere posseduti dai concorrenti per la partecipazione alla procedura di scelta del contraente. L'operatore economico può, tuttavia, soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti speciali di cui all'art. 100, co. 1, lett. b) e c) avvalendosi delle capacità di altri soggetti. L'istituto, di

matrice eurounitaria, che consente tale operazione prende il nome di avvalimento ed è disciplinato dall'art. **104 del d.lgs. 36/2023**.

Si tratta di un istituto volto ad ampliare la partecipazione degli operatori economici agli appalti pubblici.

In sostanza, attraverso l'avvalimento un operatore economico, detto ausiliario, mette a disposizione, obbligandosi attraverso un contratto avente forma scritta del concorrente (ausiliato), i requisiti o parte dei requisiti per permettergli di partecipare alla procedura di gara.

Attenzione: attraverso l'istituto dell'avvalimento l'ausiliario, tranne alcune eccezioni, non esegue in proprio la prestazione, ma mette a disposizione il suo «saper fare». In particolare, l'operatore economico può utilizzare i requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale, necessari per partecipare alla procedura di gara.

L'istituto dell'avvalimento, di stretta derivazione eurounitaria, è disciplinato all'articolo 104 del d.lgs. n. 36/2023 e non deve essere confuso con l'istituto del subappalto, in relazione al quale un operatore economico, a differenza dell'ausiliario che mette a disposizione dell'aggiudicatario risorse e mezzi, esegue le prestazioni con la propria organizzazione di impresa.

Focus – L'avvalimento alla luce del nuovo codice

La nuova disciplina dell'avvalimento, contenuta all'art. 104 del Codice dei contratti pubblici, costituisce una delle novità più significative della riforma in commento. L'ambito di applicazione dell'istituto in esame è stato ampliato con l'introduzione della nuova fattispecie dell'**avvalimento premiale**, ovvero sia il ricorso all'avvalimento al solo fine di migliorare la propria offerta.

Con la nuova disciplina di cui all'art. 104, l'istituto dell'avvalimento acquisisce così una duplice finalità:

- a) consentire l'acquisizione dei requisiti di partecipazione di cui è sprovvista un'impresa mediante il prestito degli stessi da parte di un'altra impresa al fine di partecipare alla procedura di gara;
- b) consentire l'acquisizione di requisiti mediante il prestito degli stessi da parte di un'altra impresa al solo fine di migliorare la propria offerta tecnica conseguendo un punteggio incrementale (c.d. avvalimento premiale).

Che cosa è l'avvalimento?

L'avvalimento è un istituto di derivazione europea volto a favorire la massima partecipazione delle imprese alle procedure ad evidenza pubblica: consente infatti all'operatore economico (c.d. impresa ausiliata), privo dei requisiti previsti nel bando, di poter partecipare alla procedura di gara comprovando il possesso dei requisiti richiesti mediante il ricorso ad un'altra impresa (c.d. impresa ausiliaria).

In altri termini, l'impresa ausiliaria presta i requisiti all'operatore economico per poter concorrere alla gara.

Possono essere oggetto di avvalimento i requisiti di carattere economico-finanziario e di carattere tecnico-professionale; non possono invece essere oggetto di avvalimento i requisiti di ordine generale (c.d. «di moralità»).

A seconda del tipo di requisito prestato si configura, dunque, l'istituto dell'avvalimento di garanzia o di avvalimento operativo.

L'**avvalimento di garanzia** opera quando l'impresa ausiliaria mette a disposizione dell'impresa ausiliata i requisiti di **carattere economico-finanziario**, quali ad esempio il capitale sociale e il fatturato globale o specifico.

L'**avvalimento operativo** opera, invece, quando l'impresa ausiliaria mette a disposizione dell'impresa ausiliata le proprie **risorse tecnico-organizzative** indispensabili per l'esecuzione del contratto di appalto. Possono essere oggetto di avvalimento operativo anche le certificazioni di qualità, purché la messa a disposizione riguardi tutti gli elementi e i requisiti che hanno consentito all'impresa ausiliaria di acquisire l'attestazione.

Nel caso di avvalimento operativo, il nuovo Codice conferma l'impostazione del previgente d.lgs. 50/2016 secondo cui nel caso in cui l'avvalimento abbia ad oggetto titoli di studio e professionali o altro titolo abilitativo o autorizzatorio, vi è l'obbligo per l'impresa ausiliaria di eseguire direttamente le attività oggetto di appalto; in tale

ipotesi è espressamente prevista l'applicazione delle disposizioni in materia di subappalto, che intervengono quindi nella regolamentazione sostanziale del rapporto tra operatore economico concorrente e impresa ausiliaria.

Diversamente, se l'avvalimento riguarda solo le risorse/ dotazioni tecniche, l'operatore economico dovrà eseguire direttamente l'appalto con le risorse prestate dall'impresa ausiliaria.

Come detto, accanto alle due figure di avvalimento di garanzia e operativo, il nuovo Codice dei contratti pubblici ha introdotto una nuova fattispecie di avvalimento, **l'avvalimento premiale**.

Tale fattispecie ricorre quando l'operatore economico possiede già i requisiti necessari per partecipare alla procedura di gara ma ricorre all'istituto dell'avvalimento per migliorare la propria offerta.

La portata innovativa dell'art. 104 consiste, quindi, nell'aver superato il divieto indicato dalla precedente giurisprudenza dell'avvalimento meramente premiale, che ha una finalità diversa rispetto all'avvalimento di garanzia o operativo in quanto è finalizzato esclusivamente alla maggior valorizzazione della propria offerta e non esclusivamente per partecipare alla gara. Sarà, quindi, possibile ricorrere all'avvalimento premiale, ad esempio, per acquisire la certificazione della parità di genere di cui all'art. 46-bis del d.lgs. 198/2006, prevista quale criterio premiale all'art. 108, comma 7 del d.lgs. 36/2023.

Tuttavia, solo in caso di avvalimento premiale non è consentito che partecipino alla medesima gara sia l'impresa ausiliaria sia l'operatore economico (comma 12).

Con questa previsione viene meno il generale divieto della partecipazione congiunta dell'impresa ausiliaria e dell'operatore economico concorrente alla medesima procedura di gara, che risulta ora espressamente previsto solo nei soli casi di avvalimento premiale.

Si tratta di una importante novità in quanto nel d.lgs. 50/2016 l'impresa ausiliaria non poteva mai partecipare alla medesima gara in cui l'impresa ausiliata figurava come concorrente. Ora invece l'impresa ausiliaria può prestare i requisiti ad un concorrente pur partecipando alla medesima gara; l'unica eccezione è nel caso di avvalimento premiale.

Per quanto riguarda le **modalità di costituzione dell'avvalimento**, è confermata la sottoscrizione di un contratto in forma scritta a pena di nullità con l'indicazione specifica delle risorse messe a disposizione dell'operatore economico.

Il nuovo Codice dei contratti pubblici affronta, inoltre, una questione più volte dibattuta in giurisprudenza, specificando che il contratto è normalmente a titolo oneroso ma che potrebbe essere anche gratuito nel caso in cui corrisponda anche ad un interesse proprio dell'impresa ausiliaria; inoltre può essere concluso a prescindere dalla natura giuridica e dal legame tra le parti.

L'operatore economico è tenuto ad allegare il contratto di avvalimento alla domanda

di partecipazione, specificando se è finalizzato ad (i) acquisire un requisito di partecipazione oppure (ii) a migliorare la propria offerta.

L'impresa ausiliaria è tenuta, invece, a dichiarare alla stazione appaltante di essere in possesso dei requisiti di ordine generale e speciale e di impegnarsi a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse oggetto di avvalimento.

Qualora l'impresa ausiliaria non soddisfi un criterio di selezione o venga ravvisato a suo carico un motivo di esclusione, oppure abbia presentato dichiarazioni mendaci, la stazione appaltante consente all'operatore economico di sostituire l'impresa ausiliaria.

Rimane, inoltre, confermata la responsabilità solidale dell'operatore economico e dell'impresa ausiliaria in relazione alle prestazioni oggetto dell'appalto e l'applicazione della normativa antimafia anche nei confronti dell'impresa ausiliaria (comma 7).

Si ribadisce, come già previsto nel previgente Codice dei contratti pubblici, che l'esecuzione del contratto è svolta dall'impresa che partecipa alla gara e che **l'avvalimento non è ammesso per soddisfare il requisito dell'iscrizione all'Albo nazionale dei gestori ambientali.**

È previsto infine che la stazione appaltante possa disporre che talune attività siano svolte direttamente dall'operatore, come già previsto dal previgente Codice dei contratti pubblici, con l'aggiunta che tale possibilità comprende anche le opere c.d. superspecialistiche, ossia le opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica (comma 11). Con la nuova previsione si sostituisce, quindi, il divieto di avvalimento per le opere superspecialistiche che era sancito dall'art. 89 comma 11 del d.lgs. 50/2016.

2.10. Distinzione tra appalti sopra soglia eurounitaria e sottosoglia eurounitaria

Prima di esaminare la procedura di affidamento occorre chiarire la distinzione tra appalti sopra e sottosoglia eurounitaria.

Ciò in quanto la disciplina degli affidamenti dei contratti pubblici cambia a seconda del valore economico dell'appalto stesso. Più precisamente, l'ordinamento prevede una regolamentazione differente tra gli appalti che si collocano al di sopra di una determinata soglia in cui l'appalto si presume abbia rilevanza eurounitaria e, dunque, interesse transfrontaliero e gli appalti di valore inferiore a tale soglia.

Mentre i contratti sopra soglia devono rispettare le direttive eurounitarie, per i contratti sottosoglia, invece, il legislatore eurounitario, con le direttive 2014, ha lasciato ampia libertà agli Stati membri, i quali avrebbero potuto adottare una disciplina analoga a quella dei contratti «sopra soglia», oppure una diversa o, addirittura, non dettarne alcuna, purché nel rispetto dei principi eurounitari e dell'obbligo di cui all'art. 49 Tfu, ossia nel rispetto del principio della «libertà di stabilimento» nonché dei suoi corollari rappresentati dall'obbligo di trasparenza e di pubblicità, volti ad evitare discriminazioni indirette sul versante della nazionalità.

L'opzione prescelta dal legislatore italiano, quindi dettata prima dal d.lgs. n.50/2016 poi dal d.lgs. n. 36/2023, è stata quella di prevedere per questi contratti procedure tipizzate seppur semplificate.

In particolare, si ricorda che sotto la vigenza del d.lgs. n. 163/2006, le procedure degli appalti sottosoglia spaziavano dal ricorso ad affidamenti in economia a procedure ordinarie semplificate, passando per la «dicitazione privata semplificata» e procedure negoziate senza previa pubblicazione del bando.

In tale contesto, si sono inserite le direttive eurounitarie del 2014 che hanno escluso dal proprio ambito oggettivo di applicazione i contratti sottosoglia. Al contempo, hanno, tuttavia, previsto l'osservanza dei principi di pubblicità, trasparenza e parità di trattamento tra operatori economici nell'affidamento ed esecuzione di tali contratti e, soprattutto, del principio di rotazione. Il d.lgs. n. 50/2016, in sede di recepimento delle direttive eurounitarie, aveva confermato l'impostazione (già coerente sul tema con l'architettura di principi e norme di matrice eurounitaria) del precedente Codice e aveva tipizzato quattro procedure di affidamento con un grado di semplificazione decrescente all'aumentare dell'importo del contratto da affidare. In particolare, il legislatore del 2016 aveva:

- 1) limitato le ipotesi di affidamenti diretti a contratti di importo inferiore ai 40.000 euro;
- 2) previsto le procedure negoziate (con numero variabile di operatori economici da consultare in via preventiva a seconda dell'importo del contratto) per gli affidamenti di lavori di valore fino a un milione di euro e per gli affidamenti di servizi e forniture al di sotto delle soglie eurounitarie;

3) imposto la procedura ordinaria – sia pure con alcuni temperamenti rispetto a quella di cui alla Parte II, Titolo III, Capo II del Codice – per gli affidamenti di lavori di importo pari e superiore a 1.000.000 di euro.

La disciplina del Codice d.lgs. n. 50/2016 era il frutto di una complessa operazione di bilanciamento tra due opposte esigenze: da un lato, garantire lo snellimento delle procedure per l'affidamento di contratti sottosoglia, esclusi dall'ambito applicativo delle direttive eurounitarie; dall'altro, assicurare una piena osservanza dei principi fondamentali della disciplina europea dei contratti pubblici in ottemperanza alle indicazioni in tal senso contenute nelle direttive eurounitarie.

A nemmeno tre anni dall'entrata in vigore del Codice dei contratti pubblici, era intervenuto il decreto c.d. Sblocca Cantieri che, nella versione risultante dalla conversione in legge con modifiche ad opera del Parlamento, aveva spostato decisamente l'asse del richiamato bilanciamento di istanze e interessi contrapposti verso l'ulteriore semplificazione e accelerazione delle procedure, data «l'urgente necessità di operare in termini di maggiore semplificazione ed accelerazione per l'affidamento dei contratti pubblici».

Con il nuovo Codice dei contratti pubblici il legislatore ha confermato l'impianto previsto in via transitoria con il d.l. 16 luglio 2020, n. 76 (c.d. «Decreto Semplificazioni»), come convertito dalla legge, 11 settembre 2020, n. 120.

2.11. La disciplina dei contratti sottosoglia

Venendo agli aspetti pratici, la disciplina dei contratti sottosoglia è contenuta agli articoli 48-55 del nuovo Codice. Ulteriori indicazioni di dettaglio sono contenute all'allegato II.1 recante «*Elenchi degli operatori economici e indagini di mercato per gli affidamenti di contratti di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea*» (articolo 50, commi 2 e 3, del Codice) che sostituisce le Linee Guida n. 4 dell'Anac.

Anzitutto, gli affidamenti e l'esecuzione di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie eurounitarie, in base a quanto previsto dall'art. 48, seppur in maniera semplificata, *si svolgono nel rispetto dei principi di cui al Libro I, Parti I e II i quali, per la loro portata generale, informano tutti gli affidamenti delle stazioni appaltanti, a prescindere dal loro importo.*

Preme specificare che, quando la stazione appaltante accerta l'esistenza di un **interesse transfrontaliero**⁴ certo, segue le procedure ordinarie (art. 48, comma 2).

⁴ Per la nozione di «Interesse transfrontaliero certo» cfr. la sentenza della Corte di Giustizia Ue, sez. V, 14 luglio 2016, c.d. sentenza Promoimpresa, pronunciata nelle cause riunite C-458/14 e C-67/15. Nel decreto legislativo n. 50 del 2016 una previsione specifica sull'interesse transfrontaliero era contenuta nell'art. 97, comma 8, secondo cui l'esclusione automatica delle offerte

Si tratta di un comma tutto nuovo e prevede il regime giuridico differenziale che la stazione appaltante deve applicare agli affidamenti di importo inferiore alle soglie europee quando accerti la sussistenza di un interesse transfrontaliero. La previsione in esame tiene conto della giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea, secondo la quale gli appalti di valore inferiore alle soglie Ue, pur non soggetti alle norme specifiche delle direttive sugli appalti pubblici, devono essere aggiudicati in modo trasparente e competitivo se presentano un interesse transfrontaliero certo.

La previsione tiene, altresì, conto di quanto stabilito nella lettera della Commissione europea del 6 aprile 2022, di messa in mora dell'Italia, la quale, al punto 2.3., occupandosi della disciplina introdotta dai decreti-legge n. 76 del 2020 e n. 77 del 2021, che prevedono affidamenti diretti e procedure negoziate per l'aggiudicazione di contratti pubblici di importi inferiori alle soglie europee, ha ritenuto la suddetta disciplina violativa dei principi europei di trasparenza, parità di trattamento e non discriminazione, laddove non obbliga la stazione appaltante a valutare se l'appalto presenti un interesse transfrontaliero certo. Con il comma 2 in esame si è stabilito di sottoporre l'affidamento dei contratti sottosoglia, allorché presentino interesse transfrontaliero certo alla luce della giurisprudenza europea, alle procedure ordinarie proprie del sopra soglia, ciò al fine di non onerare le stazioni appaltanti del complesso compito di individuare quale possa essere la disciplina adeguata a tale categoria di contratti.

In particolare, in base al nuovo **articolo 48**, il Rup, prima di avviare l'istruttoria per l'individuazione della procedura utilizzabile, deve accertare l'assenza di un interesse «transfrontaliero». Infatti, «*accertata l'esistenza di un interesse transfrontaliero certo*», il Codice esplicita si dovranno seguire le procedure ordinarie di cui alle parti seguenti del presente libro.

Il comma 4 del richiamato art. 48 ribadisce la necessità di applicare anche alle procedure sottosoglia eurounitaria i principi generali sanciti dal Codice nonché di utilizzare le piattaforme telematiche e gli strumenti di negoziazione previsti dalle vigenti disposizioni in materia di contenimento della spesa.

Con tale norma si è, pertanto, ribadito come anche i contratti sottosoglia siano soggetti alle disposizioni concernenti il contenimento della spesa, il che dovrà orientare le stazioni appaltanti verso scelte più semplici ma non meno attente al

anomale si applica ai contratti sottosoglia, che vengano aggiudicati al prezzo più basso, a condizione che non presentino interesse transfrontaliero. Ma già le Linee Guida Anac n. 4 (aventi ad oggetto «Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza eurounitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici») avevano optato per una previsione di portata più generale, statuendo che «per l'affidamento di appalti e concessioni di interesse transfrontaliero certo le stazioni appaltanti adottano le procedure di aggiudicazione adeguate e utilizzano mezzi di pubblicità atti a garantire in maniera effettiva ed efficace l'apertura del mercato alle imprese estere».

risparmio e più in generale al buon uso del denaro pubblico; e per altro verso si chiarisce come, ove non derogate dalle disposizioni della parte I, si applicano a questi contratti le altre disposizioni del Codice.

Il successivo **articolo 49** disciplina, invece, il principio di rotazione che, in linea generale, rimane invariato rispetto a quanto previsto dalle Linee Guida Anac n. 4 e a quanto sancito dagli approdi giurisprudenziali, salvo alcune novità che saranno specificate nel corso della trattazione.

Preme specificare che il principio di rotazione trova applicazione con riguardo agli appalti sottosoglia, salvo **in caso di micro-acquisti (ossia affidamenti al di sotto dei 5.000 euro)**, rispetto ai quali si potrà derogare al predetto principio nel caso in cui la stazione appaltante abbia adottato apposito regolamento o il Rup abbia avviato una procedura ad inviti sostanzialmente «aperta» a tutti gli operatori economici; negli altri casi, l'affidatario del precedente appalto che abbia ad «*oggetto una commessa rientrante nello stesso settore merceologico, oppure nella stessa categoria di opere, oppure nello stesso settore di servizi*», non potrà partecipare alla procedura di affidamento; una rilevante novità rispetto alle Linee Guida Anac n. 4 è costituita dalla circostanza in base alla quale **il principio di rotazione non riguarda più anche l'operatore che sia stato semplicemente «invitato» alla precedente procedura, bensì solo l'aggiudicatario.**

Tornando alle procedure sottosoglia, il nuovo **articolo 50** prevede:

- **P'affidamento diretto per importi inferiori ai 140.000 per beni/servizi** ed inferiori ai 150.000 euro per lavori;
- tre procedure negoziate (due per i lavori ed una per servizi/forniture) per importi superiori a dette soglie ma inferiori a quelle di rilevanza europea.

Come anticipato, il legislatore recepisce l'impianto contenuto nel decreto (c.d. «semplificazioni») n. 76/2020 art. 1, comma 2, lett. b), con una novità consistente nel richiamo alla procedura negoziata senza pubblicazione del bando).

Si riporta di seguito una tabella di sintesi delle procedure da applicare agli appalti di servizi sottosoglia.

<i>Appalti di servizi sottosoglia eurominoria</i>		
<i>Importo</i>	<i>Procedura</i>	<i>Modalità</i>
Da 0 fino a 140.000 euro	Affidamento diretto	Anche senza consultazione di più operatori economici, assicurando che siano scelti soggetti in possesso di documentate esperienze pregresse idonee all'esecuzione delle prestazioni contrattuali, anche individuati tra gli iscritti in elenchi o albi istituiti dalla stazione appaltante
Servizi importo pari o superiore a 140.000 euro e fino alle soglie di cui all'articolo 14	Procedura negoziata senza bando	Previa consultazione di almeno cinque operatori economici , ove esistenti, individuati in base ad indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici

IL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

• SERVIZI E FORNITURE



Per completezza espositiva, si segnala che per i lavori, alla lett. c) del comma 1 dell'art. 50, comma 1 lett. c) sono state previste due differenti soglie (con diverso numero di inviti):

- tra 150.000 € e 1.000.000 €, l'affidamento avviene a seguito di indagini di mercato o attraverso un elenco/albo interno, dovrà invitare alla procedura almeno 5 operatori;
- tra 1.000.000 € e 5.382.000 € in questo caso gli inviti devono essere estesi ad almeno 10 operatori (se disponibili sul mercato).

In generale preme evidenziare che, con riguardo alla scelta degli operatori da invitare alle procedure negoziate, questa deve avvenire in alternativa:

- mediante pubblicazione di avviso per manifestazione di interesse;
- o con scelta dell'elenco di operatori costituito dalla stazione appaltante.

Per le procedure avviate a decorrere dal 1° luglio 2023, trova applicazione la disciplina contenuta all'allegato II. 1 («Elenchi degli operatori economici e indagini di mercato per gli affidamenti di contratti di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea»).

Il predetto allegato II sostituisce le Linee Guida Anac n. 4 pur non discostandosi dalle indicazioni precedentemente fornite dall'autorità di settore.

L'art. 1 dell'allegato II prevede le prescrizioni generali da applicarsi alle procedure sottosoglia.

Viene, prevista, a possibilità per la stazione appaltante di dotarsi di un proprio regolamento interno per disciplinare:

- a) le modalità di conduzione delle indagini di mercato, eventualmente distinte per fasce di importo, anche in considerazione della necessità di applicare il principio di rotazione degli affidamenti;

- b) le modalità di costituzione e revisione dell'elenco degli operatori economici, distinti per categoria e fascia di importo;
- c) i criteri di scelta dei soggetti da invitare a presentare offerta a seguito di indagine di mercato o attingendo dal proprio elenco degli operatori economici o da quelli presenti nel mercato elettronico delle pubbliche amministrazioni o in altri strumenti simili gestiti dalle centrali di committenza di riferimento.

La procedura prende avvio con la determinazione a contrattare o atto equivalente che contiene:

- l'interesse pubblico da soddisfare;
- le caratteristiche dell'affidamento;
- l'importo massimo stimato, la copertura contabile;
- le principali condizioni contrattuali o l'approvazione di apposito capitolato speciale alle quali si aggiungono il numero massimo degli operatori che si intendono invitare ed i criteri di selezione degli operatori da invitare.

Modalità di invito degli operatori alle procedure negoziate

Anzitutto, preme precisare che, diversamente da quanto previsto nella disciplina previgente (d.lgs. n. 50/2016), l'art. 50, comma 2 del nuovo Codice dei contratti, per la selezione degli operatori da invitare alle procedure negoziate, sia sulla base di indagini di mercato che tramite elenchi, **vieta alle stazioni appaltanti di utilizzare il sorteggio o altro metodo di estrazione casuale dei nominativi**, se non in presenza di situazioni particolari e specificamente motivate nella determinazione a contrattare, ovvero nei casi in cui non risulti praticabile nessun altro metodo di selezione degli operatori o comporta per la stazione appaltante oneri assolutamente incompatibili con il celere svolgimento della procedura.

La norma sembra veicolare la scelta sugli operatori in senso «qualitativo» ossia **imponendo alle amministrazioni un vaglio propedeutico sugli operatori poi da far competere**.

Gli operatori economici da invitare alle procedure negoziate, come anticipato, devono essere individuati in base a indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, gestiti secondo le modalità previste nell'allegato II.1 del nuovo Codice dei contratti.

Per quanto riguarda le indagini di mercato, queste sono preordinate, attraverso un'esplorazione trasparente e tracciabile del mercato, ad individuare gli operatori economici interessati a partecipare alla procedura. Tale fase non genera alcun interesse o diritto negli operatori economici al successivo invito. La stazione appaltante deve assicurare adeguata pubblicità all'attività di esplorazione scegliendo gli operatori in ragione della tipologia del contratto, del settore di mercato e della numerosità di soggetti presenti sul mercato. A tal fine, la stazione appaltante pubblica un avviso, sul suo sito istituzionale e sulla Banca

dati nazionale dei contratti pubblici dell'Anac, per un periodo minimo di quindici giorni, salva la possibile riduzione del termine per motivate ragioni di urgenza a non meno di cinque giorni. L'avviso deve contenere il valore dell'affidamento, gli elementi essenziali del contratto o deve essere allegato il capitolato speciale di appalto, i requisiti di idoneità professionale economica/finanziaria e tecniche richieste ai fini della partecipazione, il numero minimo e massimo di operatori che saranno invitati alla successiva procedura negoziata ed i criteri di selezione degli operatori economici da invitare. I criteri di selezione degli operatori devono essere oggettivi, coerenti con l'oggetto e la finalità dell'affidamento e rispettare i principi di concorrenza, non discriminazione, proporzionalità e trasparenza.

L'avviso dovrà indicare anche i requisiti di carattere professionale, tecnico ed economico che gli operatori economici interessati alla procedura devono possedere. Gli operatori economici interessati dovranno, dunque, essere in possesso di tali requisiti sin dal momento della manifestazione di interesse. In caso contrario, potranno ricorrere agli istituti dell'associazione temporanea di imprese o dell'avvalimento indicando i relativi operatori economici associati o ausiliari.

I requisiti di ordine generale, invece, dovranno essere posseduti da tutti gli operatori economici, siano essi singoli, associati o ausiliari, senza soluzione di continuità sin dalla manifestazione di interesse e fino alla conclusione della fase esecutiva.

Gli operatori economici da invitare alla procedura negoziata, come anticipato, possono essere anche scelti attraverso la consultazione di appositi elenchi o albi di fornitori. L'amministrazione, ai fini dell'individuazione degli operatori economici, può in base all'importo dell'affidamento e alla complessità della procedura, consultare anche cataloghi elettronici del mercato elettronico proprio o di altre stazioni appaltanti formalizzandone i risultati.

In alternativa la stazione appaltante può individuare gli operatori economici selezionandoli da propri elenchi appositamente costituiti. Gli elenchi devono essere costituiti secondo le indicazioni operative riportate nell'allegato II.1 del nuovo Codice dei contratti.

La costituzione degli elenchi avviene sulla base della pubblicazione di un apposito avviso reso conoscibile mediante pubblicazione sul suo sito istituzionale e sulla Banca dati nazionale dei contratti pubblici dell'Anac.

L'avviso di costituzione dell'albo o elenco, al quale attingere per l'individuazione dei soggetti da invitare alle procedure negoziate, deve indicare i requisiti di carattere generale che gli operatori economici devono possedere, la modalità di selezione degli operatori economici da invitare, le categorie e fasce di importo in cui l'amministrazione intende suddividere l'elenco e gli eventuali requisiti minimi professionali, tecnico ed economici richiesti per l'iscrizione in ragione di ciascuna categoria o fascia di importo.

L'iscrizione degli operatori economici in possesso dei requisiti all'albo della stazione appaltante è consentita senza limiti di tempo, mentre è onere dell'operatore economico avvisare tempestivamente la stazione appaltante delle eventuali variazioni intervenute nel possesso dei requisiti. La stazione appaltante deve procedere alla valutazione delle istanze di iscrizione entro il termine di trenta giorni dalla ricezione dell'istanza stessa, fatta salva la possibilità di un termine maggiore, che comunque non deve essere superiore a novanta giorni, nel caso di elevata numerosità delle istanze pervenute come può accadere per esempio in fase di costituzione dell'albo.

In ogni caso, la stazione appaltante prevede delle modalità di **revisione dell'albo** procedendo a richiedere agli operatori iscritti, con cadenza ad esempio semestrale o annuale, la conferma dei requisiti di carattere generale e speciale necessari ai fini dell'iscrizione.

La revisione dell'albo può però essere dettata anche dal verificarsi di ulteriori eventi quali, a titolo esemplificativo, modifiche normative o di indirizzi giurisprudenziali. La stazione appaltante in fase di revisione o in qualsiasi momento ne abbia notizia, può escludere e cancellare dagli elenchi gli operatori economici che secondo motivata valutazione della stessa stazione appaltante abbiano perduto i requisiti. È opportuno prevedere, nell'avviso pubblico di istituzione dell'albo, tutte le regole sopra descritte riferite ai tempi di trattazione delle istanze, ai tempi e modi di revisione del possesso dei requisiti degli operatori economici iscritti, ai casi di revisione dell'albo e alle ipotesi di cancellazione degli operatori dall'albo. Anche in tal caso, così come per le indagini di mercato, la scelta degli operatori economici dall'albo non potrà avvenire mediante sorteggio o altro metodo di estrazione casuale dei nominativi, «se non in presenza di situazioni particolari e specificamente motivate, nei casi in cui non risulti praticabile nessun altro metodo di selezione degli operatori».

Semplificazioni previste per le procedure sottosoglia

L'articolo 50 al comma 4, chiarisce che con riguardo agli appalti sottosoglia il Rup può scegliere il criterio di aggiudicazione, fermi restando i limiti previsti all'art. 108 comma 2 per il criterio del prezzo più basso; si noti che, in caso di utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa basata sul miglior rapporto qualità/prezzo, l'articolo 51 prevede, in modo inedito, che la commissione di gara possa essere presieduta anche dal Rup (pur non essendo dirigente/responsabile del servizio).

Il successivo comma 6 generalizza invece la possibilità di avviare immediatamente l'esecuzione dell'appalto ma, a differenza del regime introdotto dal d.l. 76/2020 art. 8, comma 1, lett. a), la consegna immediata può avvenire solo dopo la verifica positiva sui requisiti e fermo restando che, in caso di mancata stipula, l'operatore ha diritto al pagamento delle spese sostenute e delle prestazioni eseguite.

Infine, è disposto che l'esecuzione potrà essere «verificata» non più con il certificato di collaudo (lavori) o di verifica di conformità (forniture o servizi) ma con il **certificato di regolare esecuzione** rilasciato dal direttore-lavori o, nel caso ultimo, dal Dec (il direttore dell'esecuzione) se nominato.

L'articolo 52 prevede, invece, che, per appalti d'importo inferiore ai 40.000 euro, il possesso dei requisiti possa essere certificato con semplice dichiarazione oggetto di controllo a campione; se in seguito a verifica non venisse confermato il possesso di detti requisiti «la stazione appaltante procede alla risoluzione del contratto, all'escussione della eventuale garanzia definitiva, alla comunicazione all'Anac e alla sospensione dell'operatore economico dalla partecipazione alle procedure di affidamento indette dalla medesima stazione appaltante per un periodo da uno a dodici mesi decorrenti dall'adozione del provvedimento».

La richiamata norma prevede una semplificazione in ordine alla verifica dei requisiti in riferimento agli affidamenti diretti di importo inferiore ai 40.000 euro. La disciplina nasce dall'esigenza di ovviare alle difficoltà delle amministrazioni correlate alle verifiche sistematiche del possesso dei requisiti di partecipazione nelle ipotesi di microfilamenti. Per tali procedure la stazione appaltante è esonerata dall'obbligo di verifica puntuale dei requisiti dell'affidatario **il quale deve attestare, con dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà, la sussistenza dei requisiti di ordine generale e speciale richiesti per l'affidamento**. Ferma restando la facoltà di verificare il possesso dei requisiti da parte del singolo affidatario, il Codice prevede che la stazione appaltante, in luogo di un controllo in capo a tutti gli affidatari, è obbligata solo a verificare le dichiarazioni tramite di un campione di operatori economici individuato con modalità predeterminate ogni anno. Al fine di responsabilizzare l'affidatario allorché rende l'attestazione concernente il possesso dei requisiti, è stato previsto che nell'ipotesi in cui, in esito al controllo a campione, risulti il mancato possesso dei requisiti dichiarati, le stazioni appaltanti **procedono obbligatoriamente alla risoluzione del contratto, all'escussione dell'eventuale cauzione definitiva, alla comunicazione all'Anac e alla sospensione dell'operatore economico dalla partecipazione alle procedure di affidamento** pubblico, indette dalle medesime stazioni appaltanti, per un periodo da uno a 12 mesi decorrenti dall'adozione del provvedimento.

Si evidenzia che, in base a quanto espresso dal **supporto giuridico del Mit n. 20135 del 14/07/2023**, seppur la terminologia sembri riferirsi all'autocertificazione tradizionale, rimane ammesso l'utilizzo Dgue. Al riguardo è intervenuto il comunicato del Mit del 30 giugno 2023 che ha chiarito che per le procedure di cui all'art. 50 comma 1 lettere a) e b) di importo inferiore a € 40.000, l'art. 52 del Codice prevede che gli operatori economici attestano il possesso dei requisiti con dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà. Atteso che anche il Dgue consiste in una dichiarazione avente i requisiti di cui all'art. 47 del Dpr 445/2000, il

Ministero ha puntualizzato che, in tali fattispecie, la stazione appaltante ha facoltà di scegliere se predisporre un modello semplificato di dichiarazione oppure se adottare il Dgue, privilegiando esigenze di standardizzazione e uniformità.

Degno di menzione anche l'articolo 53 in base al quale **la cauzione provvisoria diventa facoltativa e, se richiesta, non può superare l'1% dell'importo di affidamento**, mentre relativamente alla cauzione definitiva il Rup, in situazioni motivate, può non richiederla ma, in tal caso, detta ammonterà al massimo pari al 5% dell'importo di gara.

Ancora, nei procedimenti sottosoglia privi di interesse transfrontaliero, se l'aggiudicazione avviene al ribasso, è possibile escludere immediatamente l'offerta anomala *«qualora il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a cinque»*, mentre l'esclusione automatica non si applica agli affidamenti diretti.

In ogni caso le stazioni appaltanti possono valutare la congruità di ogni altra offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa; i metodi di verifica, comunque sempre possibile, possono essere scelti anche tramite sorveglianza tra quelli indicati nell'allegato II.2 (articolo 54).

Infine, per accelerare il passaggio dalla gara all'esecuzione, con l'articolo 55 viene esclusa l'applicazione del c.d. «stand still» (35 giorni di pausa dall'aggiudicazione al contratto) e **il contratto dovrà essere firmato entro soli trenta giorni** dall'aggiudicazione (anziché sessanta giorni, come previsto sopra soglia).

In conclusione, analizzando le grandi novità introdotte dal Libro II, possiamo dire di essere di fronte alla creazione di un assetto procedurale ultra-semplificato, certamente a dimostrazione della volontà del legislatore di prediligere la tempestività e un minor formalismo, pur tuttavia nell'esigenza di rispettare valori come la trasparenza e l'oggettività ai quali non è possibile derogare.

Focus – Il principio di rotazione

Il principio di rotazione, contenuto all'art. 49 del nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 36/2023) mira, essenzialmente, ad assicurare l'avvicendamento degli affidatari di contratti pubblici. Tale principio trova applicazione negli affidamenti sottosoglia eu-rounitaria, in cui l'esigenza di prevedere procedure più rapide e per certi versi «semplificate», deve necessariamente essere controbilanciata con dei meccanismi volti ad evitare che il carattere discrezionale della scelta dei soggetti da invitare da parte dell'amministrazione si traduca in uno strumento di favoritismo dando così luogo ad una sostanziale elusione delle regole della concorrenza, a discapito degli operatori più deboli del mercato. Infatti, se nelle procedure «ordinarie» (per esempio una procedura aperta) tale principio non rileva perché il mercato è aperto a tutti i concorrenti, negli affidamenti diretti e nelle procedure negoziate la situazione è differente, perché possono partecipare solo coloro che sono individuati dalla stazione appaltante o tramite indagine di mercato o facendo riferimento ad elenchi precostituiti. La rotazione, proprio in quanto volta ad evitare situazioni di esclusiva o monopolio negli affidamenti pubblici, può essere intesa, dunque, quale corollario dei fondamentali principi della concorrenza, non discriminazione e parità di trattamento.

Nel nostro ordinamento, prima dell'entrata in vigore del d.lgs. 50/2016, il principio di rotazione non aveva una valenza precettiva e la sua mancata applicazione non inficiava *ex se* gli esiti di una gara già espletata, laddove fosse provato che la procedura si era svolta nel rispetto del principio di trasparenza e di parità di trattamento. Con la riforma dei contratti pubblici del 2016, finalmente acquista un ruolo centrale. In particolare, l'art. 36, comma 1, del Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 50/2016) – modificato prima dal correttivo al Codice (d.lgs. 56/2017) e poi dal d.l. 32/2019 (c.d. Sblocca Cantieri) – prevedeva la rotazione degli «affidamenti» e quella degli «inviti». La prima implica che al successivo affidamento l'aggiudicatario non potrà ottenere l'assegnazione del contratto; la seconda, invece, attiene all'individuazione del novero degli operatori che partecipano al confronto competitivo ed opera precludendo l'invito sia all'impresa aggiudicataria, sia anche all'impresa che, pur non essendo risultata aggiudicataria, era stata invitata al precedente affidamento, quindi alla semplice impresa partecipante. Giova poi ricordare che il principio in esame è stato definito dalla più recente e attenta dottrina come «un principio po' anomalo»: (i) in primo luogo, in quanto più che esprimere una direttiva valoriale finisce per sostanziarsi in una vera e propria regola di gara; (ii) in secondo luogo poiché non dotato di portata precettiva assoluta.

Il principio di rotazione, infatti, sopporta alcune limitate deroghe, come espressamente chiarito dalle Linee Guida n. 4 dell'Anac le quali stabiliscono che la rotazione non si applica laddove l'affidamento avvenga tramite «nuove procedure ordinarie o comunque aperte al mercato».

Nonostante le condivisibili finalità del principio di rotazione, non può essere sottoaciuto che lo stesso abbia generato contrasti interpretativi e problemi in ordine all'esatta individuazione del perimetro applicativo, dando luogo a pronunce giurisprudenziali spesso contrastanti e ad incertezze applicative.

Sintesi – Cosa cambia rispetto al previgente codice con riguardo ad appalti sottosoglia?

Si riportano di seguito dei *bullets points* di sintesi in ordine alle principali peculiarità in materia di appalti sottosoglia:

- alla commissione giudicatrice può partecipare il Rup, anche in qualità di Presidente;
- in caso di mancata conferma requisiti dichiarati: comunicazione all'Anac e sospensione da uno a dodici mesi gare stessa stazione appaltante;
- garanzia provvisoria di regola non è richiesta, se richiesta è massimo pari all'1%;
- esclusione automatica: sia in negoziata sia in procedura ordinaria (art. 50, comma 1 lett. d) se criterio del prezzo più basso + assenza interesse transfrontaliero certo, per offerte ≥ 5 . Solo per lavori e servizi (si presuppone siano gare più complesse e lunghe) e se negli atti di gara è individuato il criterio;
- non trova applicazione il c.d. stand still e la stipula del contratto deve entro 30 giorni dall'aggiudicazione;
- il principio di rotazione si applica solo con riguardo al contraente uscente se due affidamenti successivi rientrano in stesso settore merceologico, stessa categoria di opere, stesso settore di servizi;
- è stato introdotto il divieto di ricorrere al sorteggio per la selezione degli operatori da invitare, salvo situazioni particolari e specificamente motivate;
- non si applica il principio di rotazione nelle negoziate se non vi sono limiti al numero di operatori economici in possesso dei requisiti richiesti da invitare;
- non trova applicazione il principio di rotazione negli affidamenti diretti < 5.000 euro;
- il contraente uscente può essere reinvitato in casi motivati (struttura del mercato ed effettiva assenza di alternative, accurata esecuzione precedente contratto);
- allegato II.1 disciplina formazione elenchi e indagini di mercato (in maniera analoga alla disciplina contenuta nelle Linee Guida Anac).

Le novità sono finalizzate a:

- semplificare la disciplina delle offerte anomale;
- responsabilizzare le stazioni appaltanti nella scelta del sistema di anomalia e nella sua applicazione, tenendo in considerazione l'eterogeneità delle situazioni concrete, in coerenza con i principi del risultato e della fiducia.

2.12. *Gli appalti sopra soglia*

Tra i criteri che assumono rilevanza ai fini dell'esatta perimetrazione dell'ambito oggettivo di applicazione del Codice vi è senz'altro quello economico.

Con l'art. 14 (commi da 1 a 17), che si pone in continuità rispetto al previgente art. 35 del d.lgs. n. 50/2016, il legislatore ha individuato alcune soglie di importo (variabili in base all'oggetto del contratto e a seconda che si versi nei settori ordinari o in quelli speciali) il cui raggiungimento determina l'applicazione integrale delle disposizioni codicistiche, che a loro volta costituiscono il recepimento delle disposizioni poste dal diritto dell'Unione europea con le direttive n. 2014/23/Ue, n. 2014/24/Ue e n. 2014/25/Ue.

Le soglie eurounitarie di cui all'articolo 14 del nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 36/2023), tuttavia, vengono periodicamente ridefinite (ogni due anni) con appositi regolamenti europei al fine di adattarsi alle nuove esigenze di mercato.

Anche per il 2023 hanno, infatti, subito una rideterminazione. In particolare, nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea del 16 novembre 2023 sono stati pubblicati i regolamenti di aggiornamento delle soglie di applicazione della normativa europea in materia di procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici e delle concessioni.

Le nuove soglie di interesse europeo sono state rideterminate come segue.

Nei settori ordinari:

- euro 5.538.000 per gli appalti pubblici di lavori e per le concessioni;
- euro 143.000 per gli appalti pubblici di forniture, di servizi e per i concorsi pubblici di progettazione aggiudicati dalle amministrazioni aggiudicatrici che sono autorità governative centrali indicate nell'allegato III; se gli appalti pubblici di forniture sono aggiudicati da amministrazioni aggiudicatrici operanti nel settore della difesa, questa soglia si applica solo agli appalti concernenti i prodotti menzionati nell'allegato VIII;
- euro 221.000 per gli appalti pubblici di forniture, di servizi e per i concorsi pubblici di progettazione aggiudicati da amministrazioni aggiudicatrici sub-centrali; tale soglia si applica anche agli appalti pubblici di forniture aggiudicati dalle autorità governative centrali che operano nel settore della difesa, allorché tali appalti concernono prodotti non menzionati nell'allegato VIII;
- euro 750.000 (resta inalterato l'odierno importo di 750.000 euro) per gli appalti di servizi sociali e assimilati elencati all'allegato XIV alla direttiva 2014/24/Ue.

Nei settori speciali:

- euro 5.350.000 per gli appalti di lavori;
- euro 443.000 per gli appalti di forniture, di servizi e per i concorsi pubblici di progettazione;

- euro 1.000.000 (resta inalterato l'odierno importo di 1.000.000 di euro) per i contratti di servizi, per i servizi sociali e altri servizi specifici elencati all'allegato IX.

È stato lo stesso legislatore europeo a decidere di imporre il recepimento integrale delle direttive non già a tutte le procedure di affidamento di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, ma solo a quelle aventi un importo superiore a una determinata soglia di valore economico.

La necessità di fissare dei valori-soglia per le procedure di affidamento dei contratti pubblici nasce, quindi, dall'esigenza di individuare con precisione la disciplina applicabile alla singola procedura, ossia di capire se una determinata procedura sia o meno soggetta all'applicazione integrale delle direttive eurounitarie (e quindi della relativa normativa interna di recepimento).

Ciò posto, se le soglie di cui all'art. 14 segnano il confine della rilevanza europea dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture. Viene in rilievo la necessità di predefinire i metodi di calcolo del valore stimato delle procedure, per evitare che le stazioni appaltanti facciano uso di formule del tutto arbitrarie e finalizzate unicamente a eludere l'applicazione delle disposizioni codicistiche.

È a questo fine che lo stesso art. 14 fornisce una disciplina puntuale e dettagliata dei metodi di calcolo del valore stimato degli appalti, sostanzialmente riprodotto di quella precedentemente recata dall'art. 35 del vecchio Codice.

Gli ulteriori commi dell'art. 14 (da 18 a 29) stabiliscono invece la disciplina dei contratti misti, ossia di quei contratti il cui oggetto ricomprende diverse tipologie di prestazioni (es. lavori e servizi, lavori e forniture) ovvero di contratti che integrino prestazioni che solo in parte ricadono all'interno dell'applicazione del Codice, residuandone una parte estranea. Tale disciplina era in precedenza contenuta in un articolo *ad hoc* e, segnatamente, all'art. 28 del d.lgs. n. 50/2016.

2.13. L'obbligo di suddivisione in lotti e il divieto di artificioso frazionamento

Al fine di favorire le Mpmi e Pmi, sulla scia del diritto eurounitario, il Codice dei contratti pubblici prevede l'obbligo, per la stazione appaltante, di suddividere l'appalto in lotti.

Qualora l'amministrazione aggiudicatrice ritenga che non sia appropriato suddividere l'appalto in lotti, i documenti di gara devono contenere un'indicazione dei principali motivi della scelta dell'amministrazione aggiudicatrice. Tali motivi potrebbero, per esempio, consistere nel fatto che l'amministrazione aggiudicatrice ritiene che tale suddivisione possa rischiare di limitare la concorrenza o di rendere l'esecuzione dell'appalto eccessivamente difficile dal punto di vista tecnico o troppo costosa, ovvero che l'esigenza di coordinare i diversi operatori economici per i lotti possa rischiare seriamente di pregiudicare la corretta esecuzione dell'appalto.

Si segnala che accanto all'obbligo di suddivisione in lotti vige, in ogni caso, **il divieto di artificioso frazionamento o di artificiosa aggregazione**, al fine di non eludere la più rigorosa applicazione della disciplina per gli appalti sopra soglia.

Per tale ragione l'art. 14 del Codice dei contratti pubblici contiene regole specifiche per calcolare il valore stimato degli appalti. Per quanto in questa sede di interesse, basti ricordare che ai fini del predetto calcolo, la stazione appaltante deve tener conto dell'importo totale pagabile al netto dell'Iva, comprendo ogni forma di opzione e rinnovo ed anche eventuali premi o pagamenti previsti in favore di candidati e offerenti.

Quello della suddivisione in lotti non è un obbligo inderogabile, come pure non è esclusa dal legislatore la formazione di lotti di importo elevato e che includono prestazioni diverse, salvo il rispetto del necessario obbligo di motivazione e la ragionevolezza delle scelte, e ciò assume particolare rilievo se riferito alle procedure di acquisizione indette dalle pubbliche amministrazioni appartenenti al settore sanitario, caratterizzato da una forte spinta legislativa verso la centralizzazione degli acquisti, in funzione di contenimento della spesa pubblica, di razionalizzazione del sistema degli acquisti e di una più efficiente gestione del sistema sanitario.

Il punto – La suddivisione in lotti

Per favorire la partecipazione delle micro, piccole e medie imprese, anche di prossimità l'art. 58 del d.lgs. 36/2023 prevede, quale regola generale, che le stazioni appaltanti debbano suddividere gli appalti in lotti in conformità alle categorie o specializzazioni nel settore dei servizi «al fine di favorire l'accesso delle micro, piccole e medie imprese» alle gare pubbliche.

In particolare, gli appalti sono suddivisi in lotti **funzionali, prestazionali o quantitativi**.

La mancata suddivisione in lotti deve essere motivata negli atti di gara. Tuttavia, vige al contempo il divieto di artificioso frazionamento e di artificiosa aggregazione.

Viene introdotta la possibilità per le stazioni appaltanti di motivare la mancata suddivisione, tenendo conto dei principi europei sulla promozione di condizioni di concorrenza paritarie per le piccole e medie imprese. Nel caso di suddivisione in lotti, il relativo valore deve essere adeguato in modo da garantire l'effettiva possibilità di partecipazione da parte delle micro, piccole e medie imprese.

Nell'allegato I.1 al Codice, viene introdotta, all'art. 3, comma 1, lett. u) la nozione di lotto quantitativo, inteso quale «specifico oggetto di appalto o concessione funzionalmente autonomo da aggiudicare anche con separata e autonoma procedura, definito su base meramente quantitativa, in conformità alle varie categorie e specializzazioni presenti o in conformità alle diverse fasi successive del progetto adeguato alla capacità economico-finanziaria delle medie e piccole imprese.

I lotti prestazionali si identificano «su base qualitativa» ed hanno «uno specifico oggetto di appalto» correlato «alle varie categorie e specializzazioni presenti nell'appalto» oppure «in conformità alle diverse fasi successive del progetto» (art. 3, comma 1, lett. ggggg, del d.lgs. 50/2016).

Il lotto funzionale, invece, si riferisce alla messa a disposizione (non in modo frazionato in più lotti) di un intero «specifico oggetto di appalto» assente dagli altri lotti (art. 3, lett. qq, del d.lgs. 50/2016, che individua come caratteristiche «funzionalità, fruibilità e fattibilità indipendente dalla realizzazione di altre parti»).

In altre parole, il lotto funzionale è caratterizzato dal fatto che ha ad oggetto prestazioni non ricomprese in altri lotti e comunque assicura la fruizione di quelle prestazioni, indipendentemente dall'aggiudicazione di altri lotti. Il lotto prestazionale, invece, si caratterizza per il fatto che sono ricomprese le medesime tipologie di prestazioni presenti in altri lotti in cui la procedura risulta articolata.

Esemplificando, un appalto di facility management relativo ad un complesso di edifici (3 edifici identici) può essere articolato in:

- lotti funzionali: lotto avente ad oggetto servizi di portierato, lotto avente ad oggetto servizi di pulizie immobili, lotto avente ad oggetto servizi di manutenzione, lotto avente ad oggetto servizi di vigilanza armata;
- lotti prestazionali: lotto avente ad oggetto servizi di portierato, pulizie immobili, manutenzione, vigilanza armata per edificio 1, lotto avente ad oggetto servizi di

portierato, pulizie immobili, manutenzione, vigilanza armata per edificio 2, lotto avente ad oggetto servizi di portierato, pulizie immobili, manutenzione, vigilanza armata per edificio 3.

Le stazioni appaltanti possono derogare al principio della «suddivisione in lotti» per giustificati motivi, che devono però essere puntualmente espressi nell'atto di indizione della procedura di gara.

2.14. *Le tipologie di procedure di affidamento*

Negli appalti sopra soglia eurounitaria gli appalti devono essere obbligatoriamente affidati tramite una delle procedure di affidamento enucleate agli artt. 70 e ss. del Codice.

Generalmente, le stazioni appaltanti utilizzano le c.d. procedure ordinarie, ossia le procedure aperte o ristrette previa pubblicazione di un bando o avviso di indizione di gara, ma possono altresì utilizzare ulteriori procedure: il partenariato per l'innovazione, la procedura competitiva con negoziazione e il dialogo competitivo, la procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara quando sussistono i presupposti.

Di seguito, le procedure delineate dagli appalti:

a) Procedura aperta (art. 71 d.lgs. n. 36/2023)

È la procedura che garantisce la più ampia partecipazione. Infatti, ogni operatore economico può presentare un'offerta. La stazione appaltante rende nota la volontà di procedere ad un affidamento di lavori, servizi e forniture pubblicando il bando di gara e relativi allegati i quali contengono tutte le informazioni necessarie alla partecipazione.

La norma riproduce la disciplina eurounitaria.

L'elemento tipico della procedura aperta è la possibilità per ogni operatore economico interessato di presentare un'offerta in risposta a un avviso di indizione di gara. Rispetto al previgente Codice sono stati ridotti i termini per la presentazione delle offerte, da 35 a 30 giorni (art. 70, comma 2), in conseguenza dell'impiego delle procedure telematiche come modalità ordinaria di svolgimento delle gare.

Le stazioni appaltanti, eventualmente, dovranno dimostrare le ragioni di urgenza che consentono di fissare un termine per la ricezione delle offerte non inferiore a quindici giorni a decorrere dalla data di invio del bando di gara;

b) Procedura ristretta (art. 72 d.lgs. 36/2023)

È la procedura in cui ogni operatore economico può chiedere di partecipare ma a cui possono presentare l'offerta soltanto gli operatori economici invitati dalle stazioni appaltanti. Si articola in due fasi:

- 1) nella prima la stazione appaltante rende nota la volontà di procedere all'affidamento di un determinato contratto e fornisce tutte le indicazioni e le informazioni necessarie alla presentazione dell'offerta;
- 2) nella seconda fase, la stazione appaltante con la lettera di invito fornisce tutte le informazioni necessarie alla presentazione dell'offerta ai soggetti che intende invitare alla composizione. Dopo di ciò, gli operatori economici interessati presentano le offerte.

Si segnala, al pari di quanto osservato per la procedura aperta, la necessità, per le stazioni appaltanti, di dimostrare le ragioni di urgenza che consentono

di fissare un termine per la ricezione delle offerte non inferiore a quindici giorni a decorrere dalla data di invio del bando di gara.

c) Procedure competitive con negoziazione (art. 73)

Sono quelle procedure in cui qualsiasi operatore economico può presentare una domanda di partecipazione in risposta ad un avviso di indizione di gara, ma solo gli operatori invitati dall'amministrazione possono proporre una offerta iniziale. Salvo l'ipotesi in cui un appalto venga affidato sulla base dell'offerta iniziale, questa di solito costituisce solo il punto di partenza per la successiva negoziazione tra le parti al fine di migliorare il contenuto.

La disciplina in esame riproduce in linea di massima la disciplina eurounitaria, con particolare riferimento a:

- la legittimazione a presentare una domanda di partecipazione (comma 1);
- il contenuto dei documenti di gara (comma 2);
- lo scopo tipico sotteso alle informazioni fornite dalle stazioni appaltanti (di individuare la natura e l'ambito dell'appalto e decidere se partecipare alla procedura – comma 3);
- i termini per la ricezione delle domande di partecipazione (comma 4) e delle offerte iniziali (comma 5);
- la legittimazione a presentare un'offerta iniziale e la possibilità di negoziazione quale elemento caratteristico della procedura in parola (comma 6);
- la possibilità dello svolgimento della procedura in più fasi successive per ridurre il numero di offerte da negoziare (comma 7);
- la conclusione delle negoziazioni (comma 8);
- la possibilità di aggiudicazione degli appalti senza negoziazione (comma 9).

Rispetto al testo previgente, risultano eliminate le disposizioni sulla possibilità di limitare il numero di candidati idonei da invitare a partecipare alla procedura (trattandosi di facoltà già prevista dall'art. 70) e sul rispetto del principio di parità di trattamento (profilo regolato sempre dall'art. 70).

Il termine per la ricezione delle offerte tiene conto della scelta normativa di adottare le modalità telematiche quale strumento ordinario di svolgimento della procedura di gara.

d) Dialogo competitivo (art. 64)

Viene utilizzato laddove la stazione appaltante ritenga che le procedure ordinarie non permettano l'aggiudicazione dell'appalto. Qualsiasi operatore economico può presentare una domanda di partecipazione in risposta ad un bando o ad un avviso di indizione di gara, fornendo le informazioni richieste dalla stazione appaltante, per la selezione qualitativa. Tuttavia, la stazione appaltante avvia un dialogo finalizzato all'individuazione e alla definizione dei mezzi più idonei alle proprie necessità solo con gli operatori che, sulla base delle informazioni fornite, vengono dalla stessa invitata. Concluso il dialogo, l'amministrazione invita i partecipanti a presentare l'offerta finale in base alla

soluzione presentata e specificata nella fase del dialogo. In tal caso, la Sa può avviare un dialogo anche con gli altri candidati, al fine di elaborare una o più soluzioni volte a soddisfare le proprie necessità e sulla base delle quali i candidati saranno obbligati a presentare offerta.

La disciplina riproduce quella dell'Unione europea, con particolare riferimento a:

- la legittimazione a chiedere di partecipare al dialogo competitivo (comma 1);
- il termine per la ricezione delle domande di partecipazione (comma 2);
- il contenuto del bando di gara, dell'avviso di indizione di gara o del documento descrittivo e il criterio di aggiudicazione applicabile (comma 3);
- la strutturazione della procedura nelle fasi del dialogo e dell'aggiudicazione (comma 5);
- la valutazione delle offerte (comma 6);
- la fase di dialogo post aggiudicazione (comma 7).

e) Partenariato per l'innovazione (art. 75)

Si ricorre a tale procedura quando l'esigenza di sviluppare prodotti, servizi o lavori innovativi e di acquistare successivamente le forniture, i servizi e i lavori che ne risultano non può essere soddisfatta ricorrendo a soluzioni già disponibili sul mercato e a condizione che essi corrispondano ai livelli di prestazione e ai costi massimi concordati tra le stazioni appaltanti e i partecipanti.

Rispetto alla disciplina previgente, si segnala l'eliminazione di ogni riferimento all'ambito di applicazione dell'istituto, alla possibilità di limitare il numero di candidati idonei da invitare a partecipare alla procedura e al rispetto del principio di parità di trattamento, trattandosi di profili già disciplinati tuttavia all'art. 70.

f) Procedura negoziata senza pubblicazione di un bando (art. 76 del d.lgs. n. 36/2023)

Le stazioni appaltanti invitano gli operatori economici da loro scelti e/o sorvegliati e negoziano con gli stessi le condizioni dell'appalto. Si tratta di una variante della procedura ristretta, caratterizzata da maggiore flessibilità, che consente all'amministrazione di trattare direttamente con gli operatori economici.

La procedura negoziata senza bando si configura quale modalità di attribuzione di commesse pubbliche eccezionale, in quanto deroga al principio generale della libera concorrenza. Per tale ragione, l'amministrazione è legittimata a farne uso solo nei casi espressamente previsti all'art. 76 e previa adeguata motivazione, nel primo atto della procedura, della sussistenza dei relativi presupposti (si tratta di presupposti essenzialmente riconducibili a ipotesi di deserta o infruttuosa, infungibilità e unicità dell'operatore economico, urgenza di provvedere, ripetizione di lavori o servizi analoghi).

Il punto – Cosa cambia con riguardo alle procedure di aggiudicazione?

LA PARTE IV – TITOLO II – LIBRO II, RUBRICATO «DELLE PROCEDURE DI SCELTA DEL CONTRAENTE».

SI COMPONE DEI SEGUENTI ARTICOLI:

ART. 70 – PROCEDURE DI SCELTA E RELATIVI PRESUPPOSTI

ART. 71 – PROCEDURA APERTA

ART. 72 – PROCEDURA RISTRETTA

ART. 73 – PROCEDURA COMPETITIVA CON NEGOZIAZIONE

ART. 74 – DIALOGO COMPETITIVO

ART. 75 – PARTENARIATO PER L'INNOVAZIONE

ART. 76 – PROCEDURA NEGOZIATA SENZA BANDO

Focus sulla procedura negoziata (art. 76)

In ordine alle principali novità, in primo luogo, si segnala la nuova collocazione sistematica dell'articolo in materia di procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara, inserito successivamente agli articoli regolanti le procedure di gara pubbliche, al fine di segnalare l'eccezionalità della procedura, ciò, tenuto conto pure di quanto previsto nella direttiva n. 2014/24/UE, in cui la procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara è regolata nell'ultimo articolo dedicato alle «procedure».

Al fine di responsabilizzare le amministrazioni aggiudicatrici nell'utilizzo della procedura in parola, avente comunque natura eccezionale, è stato valorizzato l'obbligo di motivazione. È stato, altresì, evidenziato il collegamento con le consultazioni preliminari di mercato, utili per permettere a ciascuna amministrazione un'autonoma valutazione dei presupposti del provvedere, tenuto conto delle peculiari caratteristiche dei mercati potenzialmente interessati e delle dinamiche che li caratterizzano (dandone motivatamente conto nel primo atto della procedura in relazione alla specifica situazione di fatto e alle caratteristiche dei mercati potenzialmente interessati e delle dinamiche che li caratterizzano, e nel rispetto dei principi di cui agli articoli 1, 2 e 3. A tali fini le stazioni appaltanti tengono conto degli esiti delle consultazioni di mercato eventualmente eseguite, rivolte anche ad analizzare i mercati europei oppure, se del caso, extraeuropei).

Ai commi 2, 3, 4, 5 e 6 dell'art. 76 è regolato e circoscritto l'ambito di applicazione della procedura negoziata senza pubblicazione di un bando.

In particolare, le stazioni appaltanti possono ricorrere a una procedura negoziata senza pubblicazione nelle seguenti ipotesi:

- a) quando non sia stata presentata alcuna offerta o alcuna offerta appropriata, né alcuna domanda di partecipazione o alcuna domanda di partecipazione appropriata, in esito all'esperimento di una procedura aperta o ristretta (in tal caso, le condizioni iniziali dell'appalto non dovranno essere sostanzialmente modificate e

dovrà essere trasmessa una relazione alla Commissione europea, su richiesta di quest'ultima);

- b) quando i lavori, le forniture o i servizi possono essere forniti unicamente da un determinato operatore economico, in quanto: 1) lo scopo dell'appalto consiste nella creazione o nell'acquisizione di un'opera d'arte o rappresentazione artistica unica; 2) la concorrenza è assente per motivi tecnici; 3) per tutela di diritti esclusivi, inclusi i diritti di proprietà intellettuale;
- c) quando, per ragioni di estrema urgenza derivante da eventi imprevedibili dalla stazione appaltante, i termini per le procedure aperte o per le procedure ristrette o per le procedure competitive con negoziazione non possono essere rispettati; le circostanze invocate per giustificare l'estrema urgenza non devono essere in alcun caso imputabili alle stazioni appaltanti.

In casi di forniture, la procedura negoziata è consentita:

- a) quando i prodotti oggetto dell'appalto siano fabbricati esclusivamente a scopo di ricerca, di sperimentazione, di studio o di sviluppo;
- b) nel caso di consegne complementari effettuate dal fornitore originario e destinate al rinnovo parziale di forniture o di impianti o all'ampliamento di forniture o impianti esistenti, quando il cambiamento di fornitore obblighi la stazione appaltante ad acquistare forniture con caratteristiche tecniche differenti, il cui impiego o la cui manutenzione comporterebbero incompatibilità o difficoltà tecniche sproporzionate;
- c) per forniture quotate e acquistate sul mercato delle materie prime;
- d) per l'acquisto di forniture o servizi a condizioni particolarmente vantaggiose, da un fornitore che cessa definitivamente l'attività commerciale oppure dagli organi delle procedure concorsuali.

La procedura negoziata è, altresì, consentita negli appalti pubblici relativi ai servizi quando l'appalto faccia seguito a un concorso di progettazione e debba, in base alle norme applicabili, essere aggiudicato al vincitore o a uno dei vincitori del concorso. Con riguardo alla gara informale, prevista dal comma 7, sono state apportate alcune modifiche funzionali a garantire le esigenze di flessibilità e speditezza sottese all'istituto in parola. In primo luogo, è stata reintrodotta la clausola della possibilità (di indizione della gara informale), già prevista dall'art. 57, comma 6, decreto legislativo n. 163 del 2006: l'istituto in esame trova applicazione quando la gara, talvolta, non è in astratto configurabile (si pensi, ad esempio, alle ipotesi codificate in cui le forniture o i servizi possono essere forniti unicamente da un determinato operatore economico), oppure non è in concreto praticabile (si pensi, ad esempio, ai casi di urgenza qualificata che potrebbe anche impedire un previo confronto concorrenziale ove incompatibile con la tempistica dell'esecuzione della commessa).

Per l'effetto, attraverso la clausola di salvaguardia in esame, è stata rimessa alla valutazione concreta di ogni amministrazione aggiudicatrice la possibilità di indire una gara informale ai fini della selezione del contraente affidatario della commessa.

Per gli appalti nell'ambito del Pnrr/Pnc/Pniec si veda l'articolo 48, commi 4, 5 e 6 del decreto-legge n. 77 del 2021, convertito dalla legge n. 108 del 2021).

2.15. La scelta tra le procedure

Il precedente impianto normativo prevedeva che generalmente i contratti fossero affidati mediante procedura ordinaria, quindi mediante procedura aperta o ristretta. Il legislatore, ritenendole equipollenti, aveva infatti rimesso la scelta tra tali procedure in capo alla stazione appaltante.

Le altre procedure avevano carattere eccezionale essendo applicabili solo nei casi previsti.

Le procedure erano scelte dalle stazioni appaltanti anche tenendo conto della disponibilità del bene o del servizio prescelto sul mercato. L'immagine riportata sotto il presente paragrafo, scorrendo da destra verso sinistra, le procedure progressivamente più utilizzate in relazione alla presenza del bene o del servizio sul mercato.



Secondo il nuovo impianto normativo la scelta della procedura da adottare (aperta, ristretta, procedura competitiva con negoziazione, dialogo competitivo, partenariato per l'innovazione, è discrezionale e dunque spetta all'amministrazione scegliere la soluzione che, nel caso concreto, consenta di meglio perseguire il risultato, anche in termini di tempestività. Non a caso **l'art. 70 del nuovo Codice elenca in modo congiunto tutte le procedure utilizzabili, intendendole quali strumenti a disposizione della stazione appaltante, equiparati a livello legislativo e riservando agli organi amministrativi il potere di scegliere di volta in volta quella maggiormente idonea in relazione alla concreta fattispecie.**

Infatti, nella relazione che accompagna il Codice predisposta dal Consiglio di Stato si legge che l'elencazione congiunta all'articolo 70 delle procedure flessibili (dialogo competitivo, partenariato per l'innovazione e procedura competitiva con negoziazione) e delle procedure maggiormente vincolate nell'aggiudicazione (aperta e ristretta) mira a valorizzare la discrezionalità delle amministrazioni aggiudicatrici nella scelta della procedura maggiormente idonea a soddisfare le proprie esigenze. Non sono stati previsti vincoli motivazionali ulteriori a quelli posti dal diritto dell'Unione europea. L'amministrazione aggiudicatrice, pertanto, al fine di ricorrere ad una delle procedure maggiormente flessibili (competitiva con negoziazione, dialogo competitivo, partenariato per l'innovazione) non è tenuta

2. IL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

a motivare la maggiore convenienza della procedura flessibile rispetto alle procedure aperte o ristrette, essendo sufficiente la giustificazione dei rispettivi presupposti di utilizzo.

A ben vedere, infatti, il dialogo competitivo, la procedura competitiva con negoziazione, ed in genere i cosiddetti appalti innovativi, sino ad oggi sono state poco utilizzate, anche a causa di discipline legislative limitanti che con il Codice risultano ora superate.

Oggi le procedure diventano strumenti a disposizione della stazione appaltante, equiparati a livello legislativo e riservando agli organi amministrativi il potere di scegliere di volta in volta quella maggiormente idonea in relazione alla concreta fattispecie.

L'unica procedura a rivestire carattere eccezionale è la procedura negoziata, la quale ha carattere derogatorio rispetto al principio di pubblicità. Questa è utilizzabile al ricorrere dei soli presupposti tassativamente elencati nell'art. 76.

2.16. I tempi di conclusione delle procedure (cosa cambia)

Con riguardo alle procedure di gara che le stesse debbano concludersi entro termini precisi, la cui individuazione è contenuta nell'allegato I.3.

Conseguenza del superamento di tali termini costituisce silenzio inadempimento e rileva anche al fine della verifica del rispetto del dovere di buona fede, anche in pendenza di contenzioso.

Di seguito i termini.

Termini di conclusione delle procedure di aggiudicazione con *critério dell'offerta economicamente più vantaggiosa basato sul miglior rapporto tra qualità e prezzo o sul costo del ciclo di vita*

<i>Procedura</i>	<i>Termini</i>
Aperta	9 mesi
Ristretta	10 mesi
Competitiva con negoziazione	7 mesi
Procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara	4 mesi
Dialogo competitivo	7 mesi
Partenariato per l'innovazione	9 mesi

Termini di conclusione delle procedure di aggiudicazione con *critério del minor prezzo*

<i>Procedura</i>	<i>Termini</i>
Aperta	5 mesi
Ristretta	6 mesi
Competitiva con negoziazione	4 mesi
Procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara	3 mesi

I termini decorrono dalla pubblicazione del bando di gara o dall'invio degli inviti a offrire, fino all'aggiudicazione alla miglior offerta, e non possono essere sospesi neanche in pendenza di contenzioso sulla procedura se non a seguito di provvedimento cautelare del giudice amministrativo.

Proroghe dei termini: ove la stazione appaltante o l'ente concedente debba effettuare la procedura di verifica dell'anomalia, i termini sopraindicati sono prorogati per il periodo massimo di un mese. In presenza di circostanze eccezionali il Rup, con proprio atto motivato, può prorogare i termini suddetti per un massimo di tre mesi. In presenza di ulteriori situazioni imprevedibili di oggettiva difficoltà che rendono non sostenibili i tempi procedurali sotto il profilo dell'organizzazione amministrativa e della particolare complessità della procedura, certificate dal Rup, quest'ultimo, con proprio atto motivato, può prorogare i termini suddetti per ulteriori tre mesi.

La pendenza di un contenzioso non può mai giustificare la sospensione della procedura o dell'aggiudicazione (salvi i poteri cautelari del giudice amministrativo e quelli di autotutela della stazione appaltante).

3.

Le fasi dell'evidenza pubblica: il ciclo di vita del contratto

Dal punto di vista pratico, possiamo suddividere il ciclo dell'appalto pubblico in quattro diverse macro-fasi:

1. gli atti prodromici alla procedura: programmazione e pianificazione (l'individuazione dei fabbisogni);
2. la progettazione (la definizione dei fabbisogni in contenuti tecnici);
3. la gara (a sua volta suddivisa in ulteriori fasi che vanno dalla pubblicazione della determina a contrarre alla stipula. Si tratta del procedimento amministrativo per individuare l'appaltatore);
4. l'esecuzione del contratto di appalto (la gestione del contratto e la verifica della corretta esecuzione delle prestazioni).



3.1. *Gli atti prodromici alla procedura*

La procedura è anticipata da una serie di atti prodromici all'affidamento. Si tratta delle fondamentali fasi di pianificazione/programmazione e di progettazione.

Al fine dell'espletamento della procedura di gara deve essere nominato un Rup. Tra le novità più rilevanti del nuovo Codice dei contratti pubblici vi sono le modifiche alla figura del Rup, che da Responsabile unico di procedimento ex art. 31 del d.lgs. 50/2016 diventa **Responsabile unico di progetto**. Il ruolo di Rup è ora assimilabile a quello di un project manager, il «motore» che dà l'impulso all'intervento pubblico nel suo complesso e ne tiene le fila.

Non si tratta solo di una differente terminologia, ma dell'esatto inquadramento di tale figura nell'ambito della procedura di evidenza pubblica.

Detto altrimenti, al nuovo assetto normativo va attribuito il pregio di aver valorizzato espressamente il Rup, conferendogli non un diverso ruolo, bensì la corretta portata che la figura in argomento ha in realtà sempre avuto.

Il «mero» Responsabile unico del procedimento, così come delineato dalla l. 241/1990, non è mai stato sufficiente a delineare i compiti e i poteri del Rup del Codice dei contratti pubblici, come confermato a più riprese anche dalla giurisprudenza, che ha ammesso da tempo il potere/dovere del Rup di adottare provvedimenti a valenza esterna anche nell'ipotesi in cui tale figura non coincida con il dirigente/responsabile del servizio.

Pertanto, se da un lato appare fuorviante parlare di una nuova figura del Rup, trattandosi invero della fotografia a livello normativo di quello che già era ed è sempre stato il suo ruolo nell'ambito della contrattualistica pubblica, dall'altro lato è senz'altro condivisibile il ricorso alla terminologia di Responsabile unico di progetto, (in luogo del precedente Responsabile unico del procedimento), in quanto ne definisce meglio la complessità e la pluralità dei compiti di cui è titolare.

Il Rup è la figura presso cui agire la contrattazione d'anticipo al fine di garantire il corretto inserimento delle norme che tutelano i lavoratori nei contratti pubblici (Ccnl, costi della manodopera, clausole sociali, tutele nel subappalto, verifica di congruità).

3.1.1. *Nomina del Rup*

Al comma 1 dell'art. 15 del Codice si prevede che le stazioni appaltanti e gli enti concedenti che intendano avviare una procedura di evidenza pubblica debbano, **nel primo atto di avvio dell'intervento pubblico, nominare un Responsabile unico di progetto**. Si precisa, inoltre, che il Rup è il responsabile di una serie di fasi (ossia di una pluralità di procedimenti): programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione di ciascuna procedura soggetta al Codice. Inoltre, come meglio si dirà in seguito, per l'espletamento di ciascuna fase, è possibile la nomina di un «responsabile di fase» ad ausilio dell'attività del Rup.

3. LE FASI DELL'EVIDENZA PUBBLICA: IL CICLO DI VITA DEL CONTRATTO

Come avveniva già nel previgente assetto normativo, il comma 2 prescrive che il Rup sia nominato dal responsabile dell'unità organizzativa titolare del potere di spesa; il soggetto nominato deve essere in possesso dei requisiti espressamente indicati dall'allegato I.2 al Codice e di competenze professionali adeguate in relazione ai compiti al medesimo affidati.

Si conferma, inoltre, la previsione secondo cui l'ufficio del Rup è obbligatorio e non può essere rifiutato.

Nel periodo di chiusura del comma 2, si disciplina l'ipotesi di mancata nomina del Rup nell'atto di avvio dell'intervento pubblico: in questo caso, l'incarico è svolto dal responsabile dell'unità organizzativa competente per l'intervento. Tale prescrizione appare senz'altro in linea con la volontà (di cui si è detto in premessa) di affrancarsi dalla l. 241/1990 e di deflazionare il contenzioso in materia di appalti, evitando i giudizi per l'annullamento degli atti di gara per mancata indicazione del Rup (che in vigore del precedente Codice venivano rigettati, trattandosi di una mera irregolarità e non di un vizio di illegittimità degli atti di gara).

Nessuna novità rispetto al passato sancisce il comma 3, laddove si prevede che il nominativo del Rup sia indicato nel bando o nell'avviso di indizione della gara, o, in mancanza, nell'invito a presentare un'offerta o nel provvedimento di affidamento diretto.

Alcune disposizioni di dettaglio sono, infine, contenute nell'art. 15 commi 8 e 9. In particolare, il comma 8 precisa che negli appalti pubblici di lavori aggiudicati con la formula del contraente generale e nelle altre formule di partenariato pubblico-privato, è vietata l'attribuzione dei compiti di Rup, responsabile dei lavori, direttore dei lavori o collaudatore allo stesso contraente generale, al soggetto aggiudicatario dei contratti di partenariato pubblico-privato e ai soggetti a essi collegati. Il comma 9, invece, dispone che le centrali di committenza e le aggregazioni di stazioni appaltanti designano un Rup per le attività di propria competenza con i compiti e le funzioni determinate dalla specificità e complessità dei processi di acquisizione gestiti direttamente.

3.1.2. Requisiti del Rup

Come anticipato, i requisiti necessari per la nomina a Rup sono esplicitati nell'allegato 1.2 del Codice.

In termini generali, il Rup deve innanzitutto essere dotato di competenze professionali adeguate all'incarico da svolgere; pertanto, se l'intervento da realizzare ha natura tecnica, è necessario che il Rup sia una figura professionale dotata delle corrispondenti competenze, delle abilitazioni necessarie (se le norme vigenti lo prevedano), nonché di adeguata esperienza nello svolgimento di attività analoghe a quelle da realizzare (secondo i parametri indicati agli artt. 4 e 5 dell'allegato 1.2).

È altresì previsto che le stazioni appaltanti e gli enti concedenti adottino **un piano di formazione per il personale** che svolge funzioni relative alle procedure di evidenza pubblica, al fine di assicurare che l'esperienza professionale del Rup sia soggetta a costante aggiornamento (art. 15 comma 7 del Codice e art. 5 comma 1 dell'allegato 1.2 al Codice).

3.1.3. I responsabili di fase

Una novità importante introdotta dal Codice è **la possibilità per il Rup di nominare responsabili per le singole fasi** (art. 15, comma 4), con la finalità di offrire al Rup un ausilio nella gestione pratica dei numerosi compiti (e dunque numerose responsabilità) che gli sono attribuite.

Tale previsione costituisce anche la conferma della presa di coscienza (e teorizzazione a livello normativo) che la procedura di evidenza pubblica non è un procedimento amministrativo, bensì un'attività complessa caratterizzata da una pluralità di procedimenti amministrativi, che possono distinguersi in quattro macro-fasi: programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione. Invero, ciascuna di queste fasi si conclude con un provvedimento autonomo.

Occorre precisare che in linea teorica si deve escludere che i responsabili di fase rappresentino una duplicazione del Rup, che rimane l'unico titolare delle funzioni e delle responsabilità attribuite dal Codice; nella pratica, tuttavia, si auspica che in seguito vengano meglio chiariti i compiti e le prerogative dei responsabili di ciascuna fase. Si tratta senza dubbio di un aspetto da approfondire, posto che il Codice si limita a prevedere che le responsabilità dei responsabili di fase sono ripartite in base ai compiti svolti in ciascuna fase, e che in capo al Rup permangono obblighi di supervisione, indirizzo e coordinamento. In attesa di maggiori specifiche sul punto, appare tuttavia innegabile che sia stato introdotto un principio di responsabilità per fasi.

Sulla loro configurazione giuridica, si potrebbe ipotizzare che tali soggetti ausiliari siano i responsabili di procedimento così come delineati dalla l. 241/1990, a cui sia dunque possibile riconoscere una funzione soltanto propositiva (e non decisoria). Tuttavia, come si è detto, si auspica di ricevere maggiore chiarezza sul perimetro dei compiti dei responsabili di fase.

Parallelamente, nel caso di appalti di particolare complessità che richiedono competenze altamente specialistiche, il combinato disposto dell'art. 15 comma 6 del Codice e dell'art. 3 dell'allegato I.2, prevede **la facoltà delle stazioni appaltanti e degli enti concedenti di istituire una struttura a supporto del Rup**: in particolare, è possibile destinare risorse finanziarie non superiori all'1% dell'importo posto a base di gara per l'affidamento diretto da parte del Rup di incarichi di assistenza al medesimo. La struttura di supporto del Rup può essere istituita anche in comune tra più stazioni appaltanti, previa stipula di un accordo tra stazioni appaltanti ex art. 15 della l. 241/1990.

3.1.4. *La programmazione*

Si tratta di un'attività attraverso la quale la stazione appaltante fissa **i propri obiettivi e le modalità con cui gli stessi andranno realizzati al fine di rispettare i criteri della massima efficienza ed economicità**. La programmazione è essenzialmente un piano dettagliato degli approvvigionamenti redatto tenendo conto delle esigenze esistenti dell'ente. Durante la fase di programmazione, l'ente deve definire cosa vuole realizzare (gli obiettivi), come intende farlo (i mezzi), se è più opportuno raggiungere l'obiettivo attraverso un appalto o una concessione, e se il risultato sarà ottenuto con fondi propri o con finanziamenti da altri enti. Inoltre, l'ente deve indicare i tempi entro cui intende raggiungere l'obiettivo.

La programmazione riguarda sia lavori che servizi e forniture. Una delle novità introdotte dal nuovo Codice è che entrambe le tipologie di programmazione, sia per i lavori che per i servizi e le forniture, sono di **durata triennale**. Questa sovrapposizione tra le due tipologie di programmazione permette di allineare la programmazione stessa agli strumenti di programmazione dell'ente, come il bilancio, che solitamente ha una durata triennale.

La programmazione è disciplinata dall'art. 37 del Codice che prevede quindi l'obbligo per le amministrazioni di adottare:

- **il programma triennale degli acquisti di beni e servizi (e relativi aggiornamenti annuali) di importo pari o superiore a 140.000 euro;**
- **il programma triennale dei lavori pubblici (e relativi aggiornamenti annuali) di importo pari o superiore a 150.000 euro.**

Con l'introduzione dell'allegato 1.5 al Codice, è stata disciplinata l'attività di programmazione; in particolare, la nuova disciplina impone a tutte le stazioni appaltanti, di utilizzare i medesimi schemi, di garantire la coerenza di bilancio (intesa quale consistenza delle risorse per avviare le procedure), di definire i medesimi livelli di pubblicità, prevedendo che i programmi siano pubblicati sul profilo del committente nella sezione amministrazione trasparente. Le stazioni appaltanti sono tenute a individuare, nell'ambito della propria organizzazione, un soggetto referente a cui affidare la redazione dei programmi triennali dei lavori pubblici e degli acquisti di beni e servizi.

La programmazione è uno strumento di trasparenza utile non solo al cittadino e alle ditte del settore, ma anche per il sindacato al fine di favorire un'efficace contrattazione d'anticipo. Infatti, conoscere preventivamente la programmazione delle gare per l'affidamento di servizi e lavori pubblici, con indicazione specifica dei tempi per la pubblicazione dei bandi e degli ambiti territoriali interessati, consente di realizzare con congruo anticipo un confronto preventivo tra le rappresentanze dei lavoratori e le amministrazioni.

PARTE PRIMA: LA DISCIPLINA DEI CONTRATTI PUBBLICI

Proprio mediante la contrattazione d'anticipo, le organizzazioni sindacali possono coadiuvare le stazioni appaltanti nell'inserimento di clausole chiare e precise volte a favorire la tutela del lavoro, nel rispetto delle disposizioni contenute all'interno del Codice dei contratti. Tale programmazione è funzionale anche all'applicazione delle misure di contenimento della spesa pubblica per servizi e forniture, basate sulle economie di scala da realizzare attraverso l'aggregazione della domanda della committenza pubblica. A tal fine, il Codice ha previsto l'obbligo per le amministrazioni aggiudicatrici di comunicare al tavolo tecnico dei soggetti aggregatori, entro il mese di ottobre di ciascun anno, l'elenco di tutti i servizi di importo superiore ad un milione di euro.

CONFRONTO VECCHIO/NUOVO CODICE

D.Lgs. 50/2016 - ART. 21

DURATA PROGRAMMI:

- **LAVORI:** 3 anni
- **FORNITURE E SERVIZI:** 2 anni

VALORE INIZIATIVE DA INCLUDERE IN PROGRAMMAZIONE:

- **LAVORI:** maggiore di 100k €
- **FORNITURE E SERVIZI:** maggiore di 40k €

D.Lgs 36/2023 - ART. 37

DURATA PROGRAMMI:

- **LAVORI:** 3 anni
- **FORNITURE E SERVIZI:** 3 anni

VALORE INIZIATIVE DA INCLUDERE IN PROGRAMMAZIONE:

- **LAVORI:** maggiore di 150k €
- **FORNITURE E SERVIZI:** maggiore di 140k €

Il punto – Dove trovo la programmazione delle stazioni appaltanti di mio interesse?

Per garantire una maggiore tutela dei lavoratori che operano nei contratti pubblici, e dunque per garantire una efficace contrattazione di anticipo è indispensabile saper consultare la programmazione degli enti pubblici.

A tal proposito, preme evidenziare, anzitutto, che tutte le programmazioni devono essere pubblicate sul profilo del committente di ogni ente pubblico, nella sezione Amministrazione trasparente.

Il Ministero delle Infrastrutture e Trasporti ha realizzato una specifica Piattaforma unica nazionale denominata «**Servizio contratti pubblici**» (**Scp**), organizzata in cooperazione applicativa con i diversi sistemi informativi gestiti dagli Osservatori regionali dei contratti pubblici e con la Banca dati nazionale dei contratti pubblici di Anac.

Gli enti pubblici devono pubblicare sulla piattaforma Scp e sui propri siti internet nella sezione «Amministrazione Trasparente o Società Trasparente» la programmazione triennale dei lavori e la programmazione triennale di beni e servizi. La piattaforma nazionale del MIT contiene, quindi, tutte le programmazioni pubblicate ed è consultabile al sito web **www.serviziocontrattipubblici.it**, sezione denominata «Consultazione programmazione lavori, beni e servizi».

Accedendo alla predetta sezione è possibile ricercare i programmi utilizzando gli specifici criteri di filtro (ad es. tipologia programma, denominazione ente, regione, provincia, anno di pubblicazione). È, quindi, possibile consultare le programmazioni approvate dagli enti di un dato ambito territoriale (es. Provincia di Firenze), permettendo così al sindacato l'avvio una efficace interlocuzione con l'Amministrazione del proprio territorio.

3.2. La progettazione di servizi

Il Codice del 2023 non dedica particolare attenzione alla progettazione di servizi.

Mentre la progettazione di lavori è articolata di regola in due livelli di approfondimenti tecnici (progetto di fattibilità tecnica ed economica, e progetto esecutivo), **la progettazione in materia di servizi e forniture è articolata in un unico livello (il capitolato tecnico-prestazionale)**, salvo il caso di progettazione realizzata attraverso lo strumento del concorso di progettazione in cui la stazione appaltante può individuare più livelli di approfondimento, definendone requisiti e caratteristiche. La progettazione di servizi deve tener conto della complessità dell'intervento da realizzare e deve essere redatta in maniera proporzionata alla sua entità.

La progettazione di servizi è diretta a identificare l'oggetto della prestazione e consiste, pertanto, nell'insieme delle attività svolte e dei documenti redatti dalla stazione appaltante al fine di definire i contenuti tecnici, economici e contrattuali delle prestazioni necessarie a soddisfare i propri fabbisogni, permettere agli operatori economici di formulare un'offerta coerente con le esigenze espresse dalla stazione appaltante e sostenibile sotto il profilo operativo ed economico, nonché garantire il corretto svolgimento del rapporto negoziale e la qualità delle prestazioni dedotte in contratto.

Sebbene il nuovo Codice non contenga più alcun riferimento ai documenti che devono essere contenuti nella progettazione dei servizi, le stazioni appaltanti possono mutuare, come *best practice*, quanto previsto nell'art. 23 comma 15 del d.lgs. 50/2016 non più in vigore che elencava una serie di contenuti per il progetto di servizi:

- la relazione tecnico-illustrativa del contesto in cui è inserito il servizio;
- le indicazioni e disposizioni per la stesura dei documenti inerenti alla sicurezza di cui all'articolo 26, comma 3, del decreto legislativo n. 81 del 2008;
- il calcolo degli importi per l'acquisizione dei servizi, con l'indicazione degli oneri della sicurezza (e dei costi della manodopera) non soggetti a ribasso;
- il prospetto economico degli oneri complessivi necessari per l'acquisizione dei servizi;
- il capitolato speciale descrittivo e prestazionale, comprendente le specifiche tecniche, l'indicazione dei requisiti minimi che le offerte devono comunque garantire.

La fase di progettazione si può suddividere in tre diversi momenti:

- 1) la definizione degli obiettivi sulla base dell'analisi del contesto in cui si inserisce l'appalto;
- 2) la strategia di acquisto, che si compone di scelte tecniche ed amministrative;
- 3) la definizione dei documenti progettuali e contrattuali.

3. LE FASI DELL'EVIDENZA PUBBLICA: IL CICLO DI VITA DEL CONTRATTO

Nei tre momenti descritti quindi la stazione appaltante non deve solo descrivere tecnicamente le prestazioni da acquistare, ma compiere tutta una serie di scelte discrezionali (vedi un elenco di scelte nella figura successiva) per comporre la documentazione di gara. Tra le scelte da compiere vi sono, ad esempio, il Ccnl applicabile all'oggetto di gara, i criteri di selezione (fatturato o contratti analoghi), il criterio di aggiudicazione (minor prezzo o miglior rapporto qualità-prezzo), i criteri di valutazione e la determinazione dei punteggi. In particolare, il Codice prevede che l'offerta economicamente più vantaggiosa, individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, è valutata sulla base di criteri oggettivi, quali gli aspetti qualitativi, ambientali o sociali, connessi all'oggetto dell'appalto.

Si evidenzia, inoltre, che nella fase di definizione dei contenuti della prestazione – dunque già in fase di progettazione – **la stazione appaltante, al fine di soddisfare esigenze di natura sociale e ambientale, può, ai sensi dell'art. 113 del Codice, richiedere agli operatori economici particolari requisiti per l'esecuzione del contratto di appalto** (ad es. l'impiego di lavoratori svantaggiati).

Per contro, i concorrenti, in sede di offerta, dovranno dichiarare di accettare tali condizioni nel caso in cui risultassero aggiudicatari.

La stazione appaltante è poi sostanzialmente libera di decidere se e quali requisiti imporre per l'esecuzione del contratto: l'art. 113, comma 1, statuisce infatti che i requisiti di esecuzione devono essere compatibili con il diritto europeo e con i principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, innovazione e siano precisati nel bando di gara. Tra le condizioni che i concorrenti dovranno dichiarare di accettare rientrano le c.d. «clausole sociali», alle quali verrà dedicato uno specifico approfondimento nella seconda parte del presente volume.



Focus – Aspetti sociali nei criteri di valutazione

Tra i criteri di valutazione è possibile premiare il possesso di sistemi di gestione della responsabilità sociale d'impresa.

Le imprese hanno sviluppato una serie di iniziative per integrare la responsabilità sociale nel loro *modus operandi*, per inviare segnali alle varie parti interessate con le quali hanno rapporti (lavoratori, dipendenti, azionisti, investitori, consumatori, poteri pubblici e Ong). Si tratta, essenzialmente, di:

- codici di condotta;
- codici per gruppi di imprese;
- bilancio sociale;
- operazioni di *marketing* e sponsorizzazioni sociali;
- standard Sa 8000.

● La certificazione *Social Accountability = Responsabilità Sociale Sa 8000*

È lo standard diffuso a livello internazionale (gestito dalla Social Accountability International, Sai) circa la responsabilità sociale di una «organizzazione» (pubblica e privata).

È applicabile a tutti i settori di attività e mira a garantire il massimo rispetto dei diritti dei lavoratori e, più in generale, dei diritti umani nell'ambito delle organizzazioni.

Che cos'è la Sa 8000?

Di seguito, le caratteristiche principali:

- l'organizzazione deve rispettare gli otto requisiti previsti dalla norma e le leggi nazionali vigenti; nel caso lo standard e le leggi riguardino la stessa materia, l'organizzazione deve applicare quella più restrittiva (a garanzia dei lavoratori);
- l'organizzazione deve garantire che la catena dei fornitori e subfornitori rispetti i requisiti sociali;
- il meccanismo della certificazione del sistema, da parte di un organismo terzo, è analogo a quello riguardante i sistemi di gestione della qualità Iso 9001 e di gestione ambientale Iso 14001.

Il Codice, prevede che può essere attribuito un punteggio addizionale per il possesso della certificazione della parità di genere e, all'articolo 61, comma 2, prevede che possono essere attribuiti ulteriori requisiti premiali per le misure volte a favorire la parità di genere e l'inclusione lavorativa di soggetti svantaggiati o disabili. **Non sembra, quindi, possibile attribuire un punteggio premiale alla stabilità occupazionale che rappresenta un requisito necessario dell'offerta ai sensi degli articoli 57 e 102.**

Anac ha precisato che potrebbero essere oggetto di valutazione le modalità del riassorbimento e le garanzie riconosciute al personale riassorbito contenute nel c.d. piano di riassorbimento. In alternativa alla valutazione del piano di riassorbimento, per gli appalti ad alta intensità di manodopera e in ogni caso per gli appalti che prevedono il mantenimento dei livelli occupazionali, le stazioni appaltanti possono prevedere criteri premiali per le condizioni praticate al personale riassorbito.

Il punto – I documenti progettuali: *best practices*

I documenti di progettazione dei servizi sono predisposti secondo gli usi della stazione appaltante, in attuazione del principio di semplificazione, e mediante risorse interne, in possesso di idonea competenza nelle materie oggetto dell'appalto.

Costituisce una *buona pratica* redigere i documenti di progettazione come di seguito indicato.

Nella relazione tecnica illustrativa la stazione appaltante individua i propri obiettivi e descrive l'insieme delle circostanze che hanno contribuito alle scelte effettuate nei documenti di gara con particolare riferimento a:

- a) analisi dei fabbisogni da soddisfare e strumenti utilizzati per la rilevazione dei fabbisogni;
- b) normativa applicabile, politiche intraprese sugli appalti e caratteristiche dell'utenza destinataria dell'intervento nonché, se pertinenti, esiti delle consultazioni preliminari;
- c) valutazione in merito alla suddivisione in lotti.

Il capitolato speciale contiene gli elementi ritenuti necessari a definire le caratteristiche tecniche ed economiche dell'oggetto del servizio. Nel capitolato speciale possono essere definiti, inoltre, le specifiche tecniche e qualitative, i requisiti minimi e le modalità di realizzazione delle attività richieste, le modalità di valutazione degli standard qualitativi del servizio, l'eventuale programma secondo cui eseguire la prestazione.

Lo schema di contratto dovrebbe completare il capitolato speciale, prevedendo le clausole necessarie a regolare i rapporti tra la stazione appaltante e l'esecutore dell'appalto.

La stazione appaltante, nel capitolato speciale, dovrebbe prevedere strumenti di controllo idonei a verificare il rispetto dei contenuti dell'offerta da parte dell'aggiudicatario nell'esecuzione delle prestazioni oggetto dell'appalto. In questo senso, il capitolato e lo schema di contratto dovrebbero contenere disposizioni precise con riferimento a: condizioni dell'esecuzione; clausole in materia di sostenibilità ambientale, sociali, di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro; specifici oneri e obbligazioni a carico dell'esecutore (es. obblighi derivanti dalla disciplina dei rapporti di lavoro); disciplina dei controlli e delle verifiche sull'esecuzione del contratto; penali; condizioni o clausole risolutive; clausola di recesso.

Il calcolo degli importi del servizio comprende tutti i costi connessi all'esecuzione delle prestazioni, ivi compresi le spese generali e gli utili di impresa.

La stazione appaltante, anche secondo le indicazioni del bando tipo, deve inoltre evidenziare la quantificazione del costo della manodopera, ad eccezione dei servizi aventi natura intellettuale, nonché i criteri e gli elementi sui quali è basata la quantificazione.

L'art. 41, comma 13, del Codice dispone che le stazioni appaltanti individuano il costo della manodopera sulla base delle tabelle redatte dal Ministero del Lavoro e delle Politiche sociali.

Il prospetto economico è generalmente redatto in forma schematica e descrive:

- 1) il valore delle prestazioni oggetto del contratto e il valore, non soggetto a ribasso, dei costi per la sicurezza (Duvri);
- 2) le ulteriori somme, non soggette a ribasso, per rinnovi, opzioni come espressamente indicato nei documenti di gara;
- 3) le ulteriori somme a disposizione della stazione appaltante per spese per commissioni giudicatrici, contributi Anac;
- 4) le ulteriori somme necessarie al pagamento dei tributi ovvero imposte, tasse e contributi.

3. LE FASI DELL'EVIDENZA PUBBLICA: IL CICLO DI VITA DEL CONTRATTO

3.3. La fase dell'affidamento: dall'adozione della decisione di contrarre alla stipula del contratto

Venendo alla fase di affidamento vera e propria dei contratti pubblici, la procedura di gara sopra soglia europea si snoda attraverso le seguenti fasi:

- 1) la fase di avvio: la decisione di contrarre e la pubblicazione del bando;
- 2) la fase di scelta del contraente che termina con l'aggiudicazione;
- 3) la conclusione del contratto.

3.3.1. La decisione di contrarre

Il procedimento di approvvigionamento prende le mosse dall'adozione da parte della stazione appaltante della decisione di contrarre (art. 17 del Codice) con cui si approva tutta la documentazione di gara (sia amministrativa che tecnica). Si tratta dell'atto che rappresenta l'asse portante dell'intera procedura di affidamento e costituisce l'anello di congiunzione tra la programmazione, la progettazione e il procedimento del contraente. Data la sua funzione, è necessario che sia redatta in modo dettagliato e completo. Essa include gli elementi essenziali del contratto, i criteri di selezione degli operatori economici, i criteri di valutazione delle offerte. In questa fase deve essere acquisito (e inserito nella decisione) il Codice identificativo di gara (Cig) attraverso la Banca dati nazionale dei contratti pubblici di Anac. Occorre in ogni caso tener presente che la decisione di contrarre deve contenere:

- elementi specifici richiesti da particolari disposizioni del Codice a seconda di scelte sulla procedura (es. deroghe al bando tipo di Anac, motivazione di mancata suddivisione in lotti, ecc.);
- elementi necessari per il collegamento con procedure contabili (prenotazione di impegno).

La documentazione di gara approvata con la decisione di contrarre, usualmente, comprende:

1. bando di gara;
2. relazione tecnico-illustrativa;
3. disciplinare di gara;
4. capitolato tecnico;
5. domanda di partecipazione e dichiarazioni ulteriori;
6. schema documento di gara unico europeo;
7. schema di contratto;
8. schema offerta economica;
9. informativa sul trattamento dati personali;
10. schema offerta tecnica per criteri quantitativi e tabellari;
11. accordo di riservatezza unilaterale;
12. (negli appalti ad alta intensità di manodopera) elenco personale attualmente impiegato.

Focus – Decisione di contrarre nell'affidamento diretto

Negli affidamenti diretti è possibile redigere una determina di affidamento in modo «semplificato» che contiene, in modo riassuntivo:

- l'oggetto dell'affidamento;
- l'importo, il fornitore;
- le ragioni della scelta del fornitore;
- il possesso da parte sua dei requisiti di carattere generale;
- nonché il possesso dei requisiti tecnico-professionali, ove richiesti.

Quindi, a differenza della decisione di contrarre nelle procedure ordinarie, in cui c'è una decisione di contrarre all'inizio del procedimento e una decisione di aggiudicazione alla fine, in questo caso si ha una decisione unica che riassume sia la volontà di contrarre che quella di aggiudicare.

3.3.2. *La pubblicazione del bando*

Alla decisione di contrarre segue la pubblicazione di un bando di gara, unitamente all'ulteriore documentazione di gara (nelle procedure sottosoglia, il bando di gara viene sostituito dalla lettera di invito, con cui, oltre a fissare l'insieme delle prescrizioni e delle regole della procedura, le stazioni appaltanti invitano gli operatori economici prescelti a presentare le offerte).

Con il bando di gara viene, in sostanza, manifestata la volontà della pubblica amministrazione di procedere ad un affidamento pubblico. Pertanto, deve essere data adeguata pubblicità, secondo quanto previsto dagli artt. 18, 83, 84 e 85 del Codice, al fine di garantire la più ampia concorrenza e la massima partecipazione.

I bandi di gara devono essere pubblicati:

- a livello europeo (art. 84): i bandi vengono redatti dalla stazione appaltante e trasmessi all'Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea per il tramite della Banca dati nazionale dei contratti pubblici;
- a livello nazionale (art. 85): dopo essere stati trasmessi all'Ufficio dell'Ue, sono pubblicati sulla Banca dati nazionale dei contratti pubblici dell'Anac e sul sito istituzionale della stazione appaltante o dell'ente concedente.

Sul punto, una delle novità del nuovo Codice del 2023 **consiste nell'eliminazione dell'obbligo di pubblicazione sulla Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana e sui quotidiani locali e nazionali**. Tali pubblicazioni erano a pagamento e venivano rimborsate alla stazione appaltante dagli aggiudicatari della gara.

Nel nuovo Codice, le pubblicazioni sulla banca dati Anac e sul sito istituzionale della stazione appaltante avvengono invece senza oneri. La pubblicazione di informazioni ulteriori, complementari o aggiuntive rispetto a quelle indicate nel codice avviene esclusivamente in via digitale sul sito istituzionale della stazione appaltante. La documentazione di gara è sempre resa costantemente disponibile attraverso le piattaforme digitali e i siti istituzionali delle stazioni appaltanti e rimarrà costantemente accessibile attraverso il collegamento con la Banca dati nazionale dei contratti pubblici.

Il bando, insieme alla documentazione di gara allegata, costituiscono la c.d. *lex specialis* con cui vengono cristallizzate «le regole del gioco»: da un lato la stazione appaltante si autovincola alle prescrizioni ivi contenute, dall'altro impone agli offerenti il rispetto delle stesse.

3.3.3. *Cosa deve contenere il disciplinare di gara?*

Nel redigere il disciplinare di gara, la stazione appaltante gode di discrezionalità che, tuttavia, deve essere esercitata al fine di garantire il rispetto della *par condicio* tra concorrenti.

Il disciplinare di gara ha la funzione di definire le regole di partecipazione e di svolgimento di gara, dall'indizione della procedura all'aggiudicazione del contratto.

Ai sensi dell'art. 222 del Codice, al fine di agevolare l'attività delle stazioni appaltanti omogeneizzandone le condotte, l'Anac predispone i bandi tipo¹ (si tratta, in realtà, di «disciplinari di gara-tipo») che contengono l'intera disciplina per lo svolgimento della procedura.

Le stazioni appaltanti sono tenute ad utilizzare i suddetti bandi tipo, personalizzandoli in relazione alle caratteristiche della prestazione, fermo restando che i bandi tipo di Anac contengono tutte le disposizioni che un disciplinare di gara deve prevedere ai sensi del Codice dei contratti pubblici.

Il bando tipo Anac vincola, dunque, le stazioni appaltanti, le quali, qualora dovessero discostarsene, sono tenute ad indicare, nel provvedimento di indizione, le parti sostituite e le relative motivazioni.

Attenzione!

È importante non confondere il bando di gara con il disciplinare di gara.

Il bando è caratterizzato da un testo breve e generico con il quale, la stazione appaltante diffonde la notizia in merito ad una gara di appalto per l'aggiudicazione di un contratto.

Il disciplinare detta le regole per il procedimento di gara.

A questi documenti si aggiungono i documenti tecnici. Il capitolato speciale, infatti, detta le regole per quanto riguarda gli aspetti tecnici, anche in funzione dell'assumendo vincolo contrattuale.

La giurisprudenza amministrativa è orientata ad affermare che bando, disciplinare e capitolato speciale hanno differenti funzioni ed una propria autonomia: il bando di gara fissa le regole principali, il disciplinare specifica il procedimento di gara, il capitolato speciale integra gli aspetti tecnici.

Nel caso di controversie in merito all'interpretazione della documentazione prodotta dall'ente appaltante ad uso degli operatori economici, l'orientamento è di ammettere l'esistenza di una gerarchia dei documenti di gara, con prevalenza del contenuto del bando, mentre le altre disposizioni contenute nel disciplinare e nel capitolato speciale possono solo integrare ma non modificare il bando pubblicato.

¹ L'Anac nella seduta del 27 giugno 2023, ha approvato il primo bando tipo ai sensi del nuovo Codice, avente ad oggetto «Procedura aperta per l'affidamento di contratti pubblici di servizi e forniture nei settori ordinari di importo superiore alle soglie europee con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo».

3.4. La scelta del miglior offerente

Si procede quindi con la selezione dei partecipanti vera e propria.

A seguito della pubblicazione del bando, i concorrenti possono presentare la propria offerta entro un termine (di minimo 30 giorni decorrenti dalla pubblicazione) per la ricezione delle domande di partecipazione stabilito dalle stazioni appaltanti, tenendo conto, in particolare, la complessità dell'appalto e il tempo necessario per preparare le offerte. Ciascun concorrente non può presentare più di un'offerta (principio dell'unicità dell'offerta), la quale è vincolante per un termine fissato nel bando ovvero, in mancanza, per 180 giorni dalla scadenza del termine per la sua presentazione. Oltre al principio dell'unicità vige il principio della segretezza dell'offerta.

L'operatore economico partecipa alla gara sottoponendo tutta la documentazione richiesta dal disciplinare di gara. In particolare, i) la busta amministrativa è composta dalla domanda di partecipazione, dal documento di gara unico europeo e dalle dichiarazioni di avvalimento; ii) la busta tecnica è composta dalla relazione tecnica (eventualmente integrata con certificazioni, curricula, progetto di riassorbimento del personale e dichiarazione di equivalenza delle tutele, in caso di Ccnl diverso da quello indicato dalla stazione appaltante); iii) la busta economica contiene l'offerta economica.

Momento cruciale dell'intero procedimento è la valutazione delle offerte che avviene mediante uno dei criteri di aggiudicazione delineati dal Codice dei contratti pubblici e preventivamente scelto dalla stazione appaltante.

3.4.1. I criteri di aggiudicazione

Ai criteri di aggiudicazione è dedicato l'art. 107 del nuovo Codice. Tale norma prevede che, nel rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di parità di trattamento, le stazioni appaltanti aggiudicano gli appalti sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (Oepv) individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, oppure sulla base dell'elemento prezzo o del costo, seguendo un criterio costo/efficacia quale costo/ciclo di vita dell'appalto.

Il criterio del miglior rapporto qualità/prezzo è basato sull'attribuzione di punteggi sia ad un'offerta tecnica, da valutarsi sulla base di criteri oggettivi quali gli aspetti qualitativi, ambientali e/o sociali collegati all'oggetto dell'appalto, sia ad un'offerta economica. Il disciplinare di gara, in particolare, deve indicare gli elementi qualitativi e precisarne la ponderazione relativa, espressa in un numero di punti da attribuire. Ove necessario i criteri relativi agli elementi qualitativi possono essere articolati anche in sub-criteri.

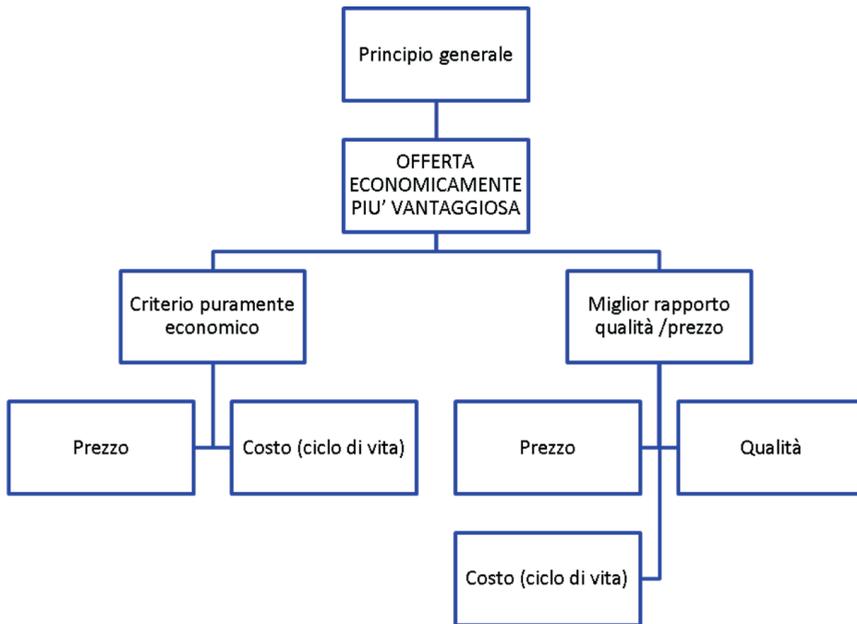
Il criterio del minor prezzo o del costo è basato invece su elementi puramente economici, seguendo un approccio costo/efficacia quale il costo del ciclo di vita del contratto. Per costi del ciclo di vita si intendono tutti i costi legati al ciclo di vita di un prodotto, di un servizio o di un lavoro: oltre al costo di acquisizione dei prodotti necessari all'esecuzione, anche i costi relativi al consumo di energia, alla manutenzione ed allo smaltimento finale del prodotto.

Il criterio del miglior rapporto qualità/prezzo costituisce il criterio privilegiato dalle direttive europee e ciò in contrasto con la tradizione del nostro Paese che ha privilegiato, invece, il criterio del prezzo più basso che non concede all'amministrazione spazi di discrezionalità. Si prevede che nei documenti di gara si stabiliscono i criteri di aggiudicazione dell'offerta, pertinenti alla natura, all'oggetto e alle caratteristiche del contratto. In particolare, l'offerta economicamente più vantaggiosa, individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, è valutata sulla base di criteri oggettivi, quali gli aspetti qualitativi, ambientali o sociali (o tesi a favorire la partecipazione delle piccole e medie imprese), connessi all'oggetto dell'appalto. Al fine di promuovere la parità di genere, le stazioni appaltanti prevedono nei bandi di gara, negli avvisi e negli inviti, il maggior punteggio da attribuire alle imprese che comprovano il possesso della certificazione di cui all'articolo 46-bis del Codice delle pari opportunità tra uomo e donna di cui al decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198.

In virtù della maggiore discrezionalità caratterizzante il criterio del miglior rapporto qualità/prezzo, il legislatore ha specificato che la stazione appaltante dovrà assicurare l'effettiva individuazione del miglior rapporto qualità/prezzo, valorizzando gli elementi qualitativi dell'offerta e individuando criteri tali da garantire un confronto concorrenziale effettivo sui profili tecnici. Inoltre, affinché durante la valutazione alla qualità venga attribuito maggior peso rispetto al prezzo, per i contratti ad alta intensità di manodopera², la predetta norma specifica che al punteggio economico non può essere attribuito un punteggio superiore al limite del 30%. È possibile utilizzare il criterio del minor prezzo per i servizi e le forniture con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato, fatta eccezione per i servizi ad alta intensità di manodopera.

² Non è stata riproposta la disciplina di cui al comma 10-bis dell'art. 95 del d.lgs. 50/2016, il quale, allo scopo di valorizzare gli elementi qualitativi dell'offerta, disponeva che la stazione appaltante dovesse stabilire un tetto massimo per il punteggio economico entro il limite del 30%.

3. LE FASI DELL'EVIDENZA PUBBLICA: IL CICLO DI VITA DEL CONTRATTO



Criterio del prezzo più basso

- La valutazione avviene confrontando esclusivamente i prezzi offerti;

Criterio dell' Oepv

- La valutazione impone di prendere in considerazione molteplici elementi il cui peso ponderale dovrà essere stabilito dalla stazione appaltante.

3.4.2. *La necessaria nomina della commissione giudicatrice*

Nel caso in cui sia prescelto il criterio del miglior rapporto qualità/prezzo la valutazione tecnico/oggettiva deve essere affidata ad una commissione giudicatrice, composta da 3 o 5 funzionari della stazione appaltante o da esperti esterni. A differenza del precedente Codice, alla commissione può partecipare anche il Rup.

La commissione procede all'esame di ciascuna offerta e all'attribuzione dei punteggi. Valuta dapprima gli elementi qualitativi dell'offerta (contenuti in una busta separata), poi gli elementi quantitativi. Questo per evitare che la commissione possa essere influenzata nel suo giudizio sugli elementi qualitativi dalla componente prezzo. La commissione, su richiesta del Rup, può svolgere anche attività di supporto per la verifica dell'anomalia dell'offerta.

3.4.3. *Vantaggi e svantaggi del criterio del miglior rapporto qualità/prezzo*

Il criterio del miglior rapporto qualità/prezzo è considerato tra i più rilevanti strumenti offerti dal diritto per le integrazioni dei criteri con considerazioni di ordine sociale. Diversamente dal criterio del minor prezzo, si ritiene che possa rispondere in modo più efficace alle esigenze espresse dalla collettività anche di tipo ambientale e sociale, attraverso la valorizzazione della specificità qualitativa dell'impresa.

Spesso il massimo ribasso si associa a scarsa qualità dell'esecuzione e al lavoro nero. Infatti, le imprese che offrono ribassi elevati tendono a risparmiare sul costo del lavoro o sulla qualità, soprattutto negli appalti *labour intensive*.

Dall'altro lato, il criterio dell'offerta basata sul miglior rapporto qualità/prezzo comporta l'attribuzione di una maggiore discrezionalità in capo alla stazione appaltante ed una maggiore complessità tecnica della valutazione una maggiore capacità sia da parte dell'amministrazione nel definire a monte i criteri sia da parte della commissione nel valutare l'offerta. Per tale motivo, comporta inoltre una dilatazione dei tempi di affidamento.

3.4.4. *Quando deve essere utilizzata l'Opv basata sul miglior rapporto qualità/prezzo?*

L'art. 108 comma 2 elenca i contratti che devono essere aggiudicati esclusivamente sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo. Essi sono:

- a) **i contratti relativi ai servizi sociali e di ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica, nonché ai servizi ad alta intensità di manodopera;**
- b) **i contratti relativi all'affidamento dei servizi di ingegneria e architettura e degli altri servizi di natura tecnica e intellettuale di importo pari o superiore a 140.000 euro;**
- c) **i contratti di servizi e le forniture di importo pari o superiore a 140.000 euro caratterizzati da notevole contenuto tecnologico o che hanno un carattere innovativo;**
- d) **gli affidamenti in caso di dialogo competitivo e di partenariato per l'innovazione;**
- e) **gli affidamenti di appalto integrato.**

Il punto – Criteri di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa

I criteri di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo devono essere pertinenti **alla natura, all'oggetto e alle caratteristiche del contratto**.

I criteri devono essere oggettivamente misurabili e possono riguardare, ad esempio, aspetti quali l'impatto sull'ambiente, le caratteristiche tecniche, l'impatto sociale, ecc. La stazione appaltante deve tener sempre conto della struttura del settore merceologico a cui afferisce l'oggetto del contratto, delle caratteristiche tecniche del servizio rispondenti alle esigenze della stazione appaltante e di quelle che il mercato di riferimento è in grado di esprimere.

3.4.5. *L'apertura delle offerte dei concorrenti e l'inversione procedimentale*

Dopo la scadenza del termine per presentare le offerte, avviene l'apertura delle offerte dei concorrenti che hanno partecipato alla gara. Questa si svolge, di norma, in due o tre fasi, a seconda che la selezione delle offerte avvenga con il criterio del minor prezzo o del miglior rapporto qualità/prezzo (ex offerta economicamente più vantaggiosa). Ad oggi, abbiamo due diversi *iter*, come di seguito riportato.

A) *Iter ordinario*

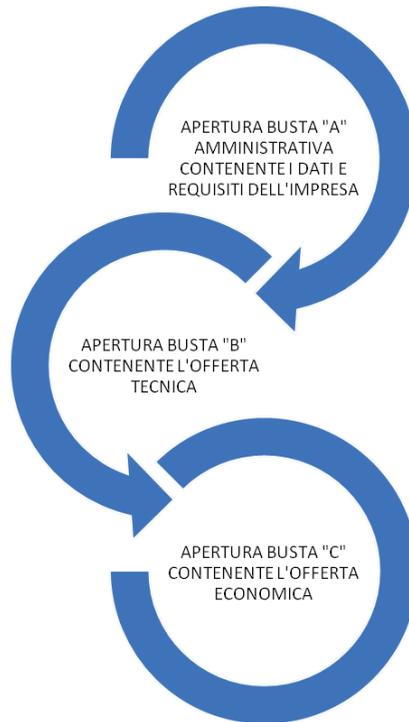
Nella prima fase l'amministrazione, dopo aver ricevuto le offerte, provvede in seduta pubblica all'apertura dei plichi contenenti, ciascuno, tre buste (in caso di utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa): la busta A (documentazione amministrativa), la busta B (documentazione tecnica) e la busta C (offerta economica); ovvero due buste (in caso di utilizzo del criterio del prezzo più basso): la busta A (documentazione amministrativa) e la busta C (offerta economica).

La stazione appaltante procede quindi all'apertura delle buste A contenenti la documentazione amministrativa di tutti i concorrenti per verificarne il contenuto e per consentire la successiva verifica dei requisiti generali previsti dalla normativa sugli appalti pubblici e dei requisiti speciali dettati dagli atti di gara, nonché di tutte le altre condizioni dettate per la partecipazione alla gara.

L'amministrazione procede poi a nominare la commissione giudicatrice (e a pubblicare i cv sul sito istituzionale) e, sempre in seduta pubblica, all'apertura delle buste B (solo in caso di offerta economicamente più vantaggiosa), contenenti la documentazione tecnica, per prendere atto del relativo contenuto e per verificare l'effettiva presenza dei documenti richiesti nel bando (o nella lettera di invito) e nel disciplinare di gara (schede tecniche, relazioni tecniche illustrative, certificazioni tecniche ecc.). Anche tale documentazione è poi conservata in plico sigillato.

Dopo la preliminare fase di verifica dei contenuti dell'offerta, si passa alla seconda fase (prevista soltanto in caso di utilizzo del criterio del miglior rapporto qualità/prezzo) in cui la commissione giudicatrice (nominata dopo la scadenza del termine per la presentazione delle offerte), in una o più sedute riservate, accerta la conformità tecnica delle offerte e valuta le stesse, assegnando i relativi punteggi sulla base di quanto previsto dal disciplinare di gara. Completato l'esame dell'offerta tecnica l'amministrazione procede, nuovamente in seduta pubblica, ad informare i partecipanti delle valutazioni compiute, a dare notizia di eventuali esclusioni e a dare lettura dei punteggi assegnati dalla commissione sulle offerte tecniche dei concorrenti non esclusi.

3. LE FASI DELL'EVIDENZA PUBBLICA: IL CICLO DI VITA DEL CONTRATTO



Verificata l'integrità dei plichi elettronici contenenti le offerte economiche, si passa alla terza fase nella quale l'amministrazione procede all'apertura delle stesse con la lettura delle singole offerte, con l'indicazione dei ribassi offerti e dei conseguenti prezzi netti e la determinazione (matematica) dei punteggi connessi ai prezzi.

All'esito di queste operazioni viene formulata, quindi, la graduatoria finale sulla base della somma dei punteggi assegnati per l'offerta tecnica (in casi di offerta economicamente più vantaggiosa) e per l'offerta economica e, salva la verifica delle offerte anomale ove necessario, la stazione appaltante procede all'aggiudicazione, prima provvisoria (o non efficace) poi definitiva, in favore dell'offerta che avrà raggiunto il maggiore punteggio complessivo.

B) *Inversione procedimentale*

L'istituto dell'inversione procedimentale è stato concepito per semplificare le procedure di gara e ridurre il tempo necessario per la verifica della documentazione amministrativa presentata da tutti i partecipanti. L'inversione prevede che prima avvenga l'esame delle offerte tecniche ed economiche e poi la verifica della documentazione amministrativa relativa al possesso dei requisiti dei concorrenti (non di tutti ma solo dei primi graduati).

Con questo diverso iter, dunque, le offerte tecniche ed economiche sono esaminate prima della verifica dell' idoneità degli offerenti. In tal caso, al fine di garantire la verifica dell' assenza di motivi di esclusione e del rispetto dei criteri di selezione affinché sia effettuata in maniera imparziale e trasparente e, conseguentemente, l' appalto sia aggiudicato a un offerente in possesso dei requisiti di ordine generale e speciale e di idoneità professionale, le operazioni di gara si svolgono secondo le modalità di seguito riportate.



Prima fase – Valutazione offerte tecniche. La commissione giudicatrice procederà, nella prima seduta pubblica, a verificare il rispetto del termine e delle modalità di presentazione dei plichi di trasmissione inviati dai concorrenti nonché l' integrità degli stessi e, una volta aperti, a verificare la presenza e l' integrità della busta A, contenente la documentazione amministrativa, della busta B e della busta C, contenenti, rispettivamente, l' offerta tecnica e l' offerta economica-temporale.

Successivamente la commissione giudicatrice, nella medesima seduta pubblica, procederà all' apertura della busta B – offerta tecnica, al fine del solo controllo formale del corredo documentale, secondo quanto richiesto dal presente disciplinare, disponendo, se del caso, le esclusioni per carenza o incompletezza documentale.

3. LE FASI DELL'EVIDENZA PUBBLICA: IL CICLO DI VITA DEL CONTRATTO

La commissione, chiusa la prima seduta pubblica, in una o più sedute riservate, procederà all'esame ed alla valutazione delle offerte tecniche e all'assegnazione dei punteggi relativi agli elementi e sub-elementi di valutazione ivi previsti. Saranno esclusi dalla gara e, pertanto, non si procederà all'apertura della loro offerta economica, i concorrenti il cui punteggio tecnico non superi la soglia indicata.

Seconda fase – Scrutinio offerte economiche. La commissione giudicatrice, in seduta pubblica: a) darà atto delle eventuali esclusioni dalla gara dei concorrenti (ad esempio in caso di mancato superamento della soglia di sbarramento oppure di offerte imputabili ad un unico centro decisionale, ecc.); b) darà lettura dei punteggi già attribuiti, nelle precedenti sedute riservate, alle offerte tecniche (buste B – offerta tecnica), verbalizzati a conclusione dell'ultima seduta riservata; c) procederà all'apertura delle buste C – offerta economica-temporale, all'attribuzione del punteggio secondo i criteri e le modalità descritte.

Terza fase – Esame documentazione amministrativa. Qualora la commissione non rilevi la presenza di offerte anormalmente basse, disporrà, nella seduta pubblica di apertura delle offerte economiche, l'apertura della busta A – documentazione amministrativa, del primo graduato (la stazione appaltante può prevedere nel disciplinare di gara la verifica della busta amministrativa anche in capo al secondo graduato o a un campione di concorrenti) e, previo controllo della completezza della documentazione amministrativa presentata, procederà a:

- a) verificare la conformità della documentazione amministrativa a quanto richiesto nel presente disciplinare;
- b) attivare l'eventuale procedura di soccorso istruttorio di cui al successivo paragrafo;
- c) redigere apposito verbale relativo alle attività svolte;
- d) rimettere le risultanze al responsabile del procedimento, il quale adotterà il provvedimento di ammissione/esclusione dalla procedura di affidamento del Codice e ne disporrà le pubblicazioni e comunicazioni di legge.

3.4.6. Il soccorso istruttorio

Le carenze di qualsiasi elemento formale dei documenti contenuti nella busta amministrativa (autodichiarazioni sul possesso dei requisiti morali, garanzia provvisoria, ecc.), presentata dall'operatore economico, possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio.

Disciplinato dall'art. 101 del Codice, si tratta di un istituto che consente di regolarizzare la documentazione presentata dal concorrente qualora omissiva o carente, evitando ai partecipanti di essere subito esclusi a causa di mere formalità o dimenticanze. Quindi, il soccorso istruttorio favorisce la più ampia partecipazione, in quanto non preclude a valide imprese (che hanno presentato buone offerte) di essere escluse per irregolarità meramente formali.

Si tratta di norma introdotta nell'ambito della leale collaborazione delle parti (amministrazione appaltante e operatori economici), ispirata alla fiducia nell'attività dell'amministrazione e alla responsabilità dell'operatore economico, secondo i noti principi di buona fede, il tutto evidentemente nel rispetto del principio della par condicio.

Una novità rispetto al testo previgente riguarda la possibilità per la stazione appaltante di richiedere chiarimenti sui contenuti dell'offerta tecnica e dell'offerta economica e su ogni allegato, alla cui richiesta l'operatore economico è tenuto a fornire risposta nel termine fissato dalla stazione appaltante, che non può essere inferiore a 5 giorni e superiore a 10 giorni. Tali chiarimenti non possono modificare il contenuto dell'offerta tecnica e dell'offerta economica. Non sono sanabili tramite soccorso istruttorio le inesattezze, omissioni, irregolarità che comportino l'assoluta incertezza sull'identità dell'operatore economico che ha presentato l'offerta.

Altra rilevante novità è che fino al giorno fissato per l'apertura delle offerte, è consentito all'operatore economico di richiedere la rettifica di un errore materiale contenuto nell'offerta tecnica o nell'offerta economica, di cui si sia avveduto dopo la scadenza del termine di presentazione, a condizione che la rettifica non comporti la presentazione di una nuova offerta, o comunque la sua modifica sostanziale, e che resti comunque assicurato l'anonimato. L'operatore può, infatti, emendare un proprio mero errore materiale in cui sia incorso nella elaborazione dell'offerta (ad es. una incongruenza tra importi unitari e importo complessivo dell'offerta economica).

Al riguardo, la relazione illustrativa al Codice sottolinea che *«una simile possibilità concessa all'operatore economico non sembra creare particolari problemi di trasparenza, né impone particolari oneri all'amministrazione appaltante di rendere edotti gli altri concorrenti, dal momento che questi ultimi potranno esercitare le loro facoltà di accesso alle offerte e agli altri atti di gara»*.

Dal punto di vista procedurale:

- la stazione appaltante assegna un termine minimo di 5 giorni e massimo di 10 giorni all'operatore economico per rendere, integrare o regolarizzare le dichiarazioni, integrando il contenuto delle stesse;
- l'operatore economico dovrà integrare le suddette dichiarazioni entro il termine indicato dalla stazione appaltante pena, in caso di inutile decorso del tempo, l'esclusione dalla gara.

Focus – Il rapporto tra il soccorso istruttorio e la mancata indicazione del costo della manodopera

Una questione posta all'attenzione della giurisprudenza ha riguardato proprio il rapporto tra obbligo di indicazione dei costi della manodopera da parte dell'operatore e possibilità di ricorrere al soccorso istruttorio.

In particolare, l'art. 108, dispone che nell'offerta economica l'operatore debba indicare i propri costi della manodopera e gli oneri aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e di sicurezza sui luoghi di lavoro eccetto che nelle forniture senza posa in opera e nei servizi di natura intellettuale. Tale obbligo, essendo espressamente previsto dal Codice, opera anche in assenza di esplicita previsione nella *lex specialis*; tuttavia, la questione relativa all'ammissibilità del soccorso istruttorio nel caso di mancanza di indicazione dei costi della manodopera e degli oneri della sicurezza anima un dibattito giurisprudenziale ultradecennale.

▪ *La regola*

In un'offerta di gara, anche se l'appalto è ad alta intensità di manodopera per la natura intrinseca dei servizi richiesti, i costi della manodopera vanno indicati sempre a parte, a pena esclusione dalla procedura e senza possibilità di attivare il soccorso istruttorio.

La portata escludente dell'inosservanza di tale obbligo è stata confermata dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nelle sentenze del 2 aprile 2020, n. 7 e n. 8. L'omessa indicazione separata dei propri costi della manodopera, in quanto componente essenziale dell'offerta economica, è di regola sottratta alla sanatoria mediante soccorso istruttorio.

Non vale che la stazione appaltante abbia chiesto all'operatore di fornire le giustificazioni inerenti all'offerta del costo della manodopera, ritenute appropriate, evidenziando, anche che i costi relativi alla manodopera sarebbero risultati di fatto intrinseci all'interno dell'offerta presentata, essendo solo manodopera.

▪ *Le deroghe enucleate dalla Corte Ue*

La Corte di Giustizia europea ha enucleato talune ipotesi nelle quali, in base ai principi di trasparenza e di proporzionalità, deve ritenersi consentita la regolarizzazione dell'offerta mediante l'attivazione del soccorso istruttorio da parte della stazione appaltante, ovvero quando le disposizioni della gara d'appalto non consentono agli offerenti di indicare i costi in questione nelle loro offerte economiche. In questo caso, 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.

In questo caso non sono ravvisabili i presupposti per l'eccezionale attivazione del soccorso istruttorio stabiliti dalla Cgue (impossibilità di indicare separatamente i costi

della manodopera) in quanto la *lex specialis* non conteneva un apposito modulo predefinito, nel quale era assente tale indicazione separata, né vi erano preclusioni a provvedere in tal senso. Ad esempio, il Consiglio di Stato, sez. V, con sentenza n. 10633 del 7.12.2023, ammette il soccorso istruttorio se la piattaforma telematica utilizzata dalla stazione appaltante non consente di indicare separatamente i costi della manodopera e della sicurezza.

Tuttavia, correlare l'esclusione di un'offerta alla mancata indicazione di una componente di costo appare forse eccessivo, anche perché se è vero che le amministrazioni devono agire con logiche di speditezza, è anche vero che devono individuare la migliore offerta ai fini del soddisfacimento di un fabbisogno pubblico e nel rispetto del principio del risultato di cui all'articolo 1 del d.lgs. 36/2023. Pertanto, correlare una esclusione immediata al verificarsi di una simile carenza appare sproporzionato allo scopo. Quello che è certo è che, dal tenore letterale delle disposizioni normative che regolano la questione non ci sono margini per operare diversamente.

3.4.7. *La verifica delle offerte anomale*

La stazione appaltante è tenuta a valutare la sostenibilità delle offerte, il costo del lavoro e i costi per la sicurezza.

Tale momento di verifica, compreso tra l'apertura delle buste e l'esame delle offerte, costituisce un autonomo sub-procedimento in cui il contenuto delle offerte è sottoposto a un controllo di affidabilità per evitare che il futuro contratto non sia in linea con gli standard qualitativi richiesti e con la tempistica prevista.

La disciplina relativa all'individuazione delle offerte anomale è da sempre oggetto di reiterati interventi legislativi e giurisprudenziali, in ragione della fondamentale importanza di individuare le offerte anormalmente basse nell'ambito dell'affidamento di una commessa pubblica. Infatti, a seguito dell'aggiudicazione ad un operatore che non abbia presentato un'offerta congrua, potrebbe accadere che il contraente esegua la prestazione con standard qualitativi inferiori a quelli promessi o, addirittura, che non sia in grado di portarne a termine l'esecuzione, frustrando l'interesse pubblico, nonché producendo un *vulnus* alla concorrenza a causa dell'indebita esclusione di proposte contrattuali in realtà più serie e convenienti. Da qui la necessità di addivenire a formule matematiche che garantiscano la corretta individuazione delle offerte anomale e che, contestualmente, impediscano ai concorrenti di predeterminare la soglia di anomalia, falsando la procedura di gara attraverso condotte scorrette.

Proprio per l'importanza del tema, si è deciso di dedicare alla verifica dell'anomalia un apposito focus di approfondimento.

3.4.8. *Il sub-procedimento di verifica dell'anomalia*

La verifica di anomalia delle offerte, disciplinata dall'articolo 110 del Codice, è un sub-procedimento che viene attivato dalla stazione appaltante prima dell'adozione del provvedimento di aggiudicazione e risulta finalizzato all'accertamento della serietà e dell'affidabilità dell'offerta presentata dall'operatore economico concorrente, risultato primo in graduatoria, e dell'effettiva possibilità da parte di quest'ultimo di eseguire correttamente l'appalto alle condizioni definite dalla stazione appaltante.

Il procedimento costituisce «espressione di un tipico potere tecnico-discrezionale insindacabile in sede giurisdizionale, salvo che la manifesta e macroscopica erroneità o irragionevolezza dell'operato renda palese l'inattendibilità complessiva dell'offerta»³. Si tratta, in altri termini, di valutare se l'importo, indicato dal concorrente per l'esecuzione delle prestazioni come individuate dalla stazione appaltante, sia «congruo»; occorre verificare, dunque, se la remunerazione, ri-

³ *Ex multis* v. Consiglio di Stato, Sez. V, 15/09/2023, n. 8356; Tar Lombardia-Milano Sez. I, 19 aprile 2022.

chiesta dall'operatore economico, sia sufficiente ad assicurare la corretta esecuzione dell'appalto e il rispetto degli standard qualitativi che, nel caso di offerta selezionata con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, interessano anche la proposta tecnica presentata dal concorrente medesimo. In presenza di un'offerta che appaia anormalmente bassa le stazioni appaltanti richiedono per iscritto all'operatore economico le spiegazioni sul prezzo o sui costi proposti assegnando a tal fine un termine non superiore a quindici giorni. Ne deriva un quadro normativo che conferma l'impostazione del procedimento di verifica nel rispetto del principio del contraddittorio.

L'articolo 110 introduce una rilevante novità rispetto al testo precedente. Viene meno, infatti, la previsione di cui all'articolo 97 del d.lgs. n. 50/2016 secondo la quale «la congruità delle offerte è valutata sulle offerte che presentano sia i punti relativi al prezzo, sia la somma dei punti relativi agli altri elementi di valutazione, **entrambi pari o superiori ai quattro quinti** dei corrispondenti punti massimi previsti dal bando di gara. Il calcolo di cui al primo periodo è effettuato ove il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a tre». L'articolo 110 del nuovo Codice ha quindi eliminato la previsione della verifica automatica della congruità dell'offerta al superamento del criterio oggettivo dei 4/5. Ciò al fine di evitare di dover procedere ad accertare la serietà e l'affidabilità di un'offerta pienamente in linea con i riferimenti di mercato.

Tuttavia, la stazione appaltante procede discrezionalmente ad individuare un parametro al di sopra del quale valuterà in ogni caso l'anomalia dell'offerta. Tale discrezionalità non si traduce però in mero arbitrio, dato che il legislatore delinea l'ambito di valutazione a cui la stazione appaltante deve attenersi. In particolare, la congruità, la serietà, la sostenibilità e la realizzabilità della migliore offerta deve essere valutata sulla base di elementi specifici, inclusi i costi della manodopera e della sicurezza dichiarati dagli operatori economici ai sensi dell'articolo 108, comma 9. Al fine di garantire il rispetto dei principi di parità di trattamento e di trasparenza, il nuovo Codice prevede che la stazione appaltante indichi nel disciplinare gli elementi specifici di cui terrà conto ai fini della valutazione delle offerte potenzialmente anomale.

Resta ferma, ovviamente, la possibilità per il concorrente di produrre giustificazioni a sostegno della propria offerta. Non sono, tuttavia, ammesse giustificazioni in relazione ai trattamenti salariali minimi inderogabili nonché in relazione agli oneri di sicurezza di cui alla normativa vigente. Sotto quest'ultimo aspetto il nuovo articolo 110 non apporta alcuna modifica alla precedente disciplina. Inoltre, è stata mantenuta la facoltà per le stazioni appaltanti, di sottoporre a verifica un'offerta che, in base anche ad elementi diversi rispetto a quelli predeterminati in fase di gara, ivi inclusi i costi della manodopera, appaia anormalmente bassa.

3. LE FASI DELL'EVIDENZA PUBBLICA: IL CICLO DI VITA DEL CONTRATTO

Come sopra affermato la verifica di anomalia dell'offerta consiste in una valutazione di tipo globale e sintetico – non tesa ad appurare la presenza di singole voci di prezzo, eventualmente ritenute incongrue e prive di incidenza sull'offerta economica nel suo insieme – di competenza esclusiva della stazione appaltante e costituisce esercizio di discrezionalità tecnica⁴. Il giudice amministrativo può sindacare le valutazioni della pubblica amministrazione sotto il profilo della logicità, ragionevolezza e adeguatezza dell'istruttoria, senza poter tuttavia procedere ad un'autonoma verifica della congruità dell'offerta e delle singole voci, che rappresenterebbe un'inammissibile invasione nelle attribuzioni della stazione appaltante stessa⁵. La verifica di anomalia compete di regola al Rup, che può chiedere la collaborazione alla commissione giudicatrice o a consulenti esterni individuati con le norme previste dal Codice dei contratti pubblici.

Un'ultima questione che occorre trattare afferisce all'oggetto della verifica di anomalia, nel senso che la stessa deve vertere, oltre che sull'offerta presentata dal concorrente, anche sulle giustificazioni e sui chiarimenti forniti dall'operatore economico. Sul punto l'Autorità nazionale anticorruzione ha affermato, riprendendo copiosa e costante giurisprudenza⁶, che, se con riguardo all'offerta vige il principio, insuperabile, della sua immodificabilità con riferimento alle giustificazioni e ai chiarimenti forniti dal concorrente, vige il principio della «sicura modificabilità delle giustificazioni, nonché l'ammissibilità di giustificazioni sopravvenute e di compensazione tra sottostime e sovrastime, purché l'offerta risulti nel suo complesso affidabile al momento dell'aggiudicazione e a tale momento dia garanzia di una seria esecuzione del contratto»⁷. Dunque, a fronte della immutabilità dell'offerta, insuscettibile di modifiche una volta presentata, si contrappone la possibile dinamicità delle giustificazioni che l'operatore economico può presentare nel corso del sub-procedimento di verifica dell'anomalia.

3.4.9. La verifica del costo del lavoro

Nel paragrafo precedente si è trattato della verifica dell'anomalia in generale, intesa come sub-procedimento attivato dalla stazione appaltante per un esame globale e sintetico dell'offerta che mira ad accertare la serietà e l'affidabilità della stessa. Non è stato fatto cenno alla questione «costi del personale» che, in considerazione della rilevanza di tale voce, specie negli appalti ad alta intensità di manodopera, merita una trattazione dedicata.

⁴ Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 3 gennaio 2019, n. 69.

⁵ Consiglio di Stato, sez. V, sentenze: 24 settembre 2019, n. 6419; 22 dicembre 2014, n. 6231; 18 febbraio 2013, n. 974; 19 novembre 2012, n. 5846; 23 luglio 2012, n. 4206; 11 maggio 2012, n. 2732.

⁶ Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 26 giugno 2019, n. 4400.

⁷ Anac, parere di precontenzioso di cui alla delibera n. 475 del 23 maggio 2018.

Intanto, occorre affermare un principio: la verifica sui costi del personale viene attivata dalle stazioni appaltanti indipendentemente dalla verifica di congruità delle offerte.

Si è già detto del «filo rosso» presente nel Codice dei contratti pubblici che unisce e interessa tutte le questioni afferenti alle tutele dei lavoratori impiegati negli appalti pubblici partendo dalla determinazione del costo della manodopera di competenza delle stazioni appaltanti e chiudendo con la verifica del costo della manodopera, come indicata dall'operatore economico e relativa alla migliore offerta.

Occorre quindi rammentare che, in forza del combinato disposto degli artt. 108 comma 9 e 110 comma 5 lett. d) del Codice, al pari di quanto stabilivano gli artt. 95, comma 10, e 97, comma 5, lett. d) del d.lgs. n. 50/2016, **prima dell'aggiudicazione le stazioni appaltanti devono verificare che il costo del personale non sia inferiore ai minimi salariali retributivi**⁸.

Tale accertamento (che non dà luogo a un sub-procedimento di verifica di anomalia dell'intera offerta, ma mira esclusivamente a controllare il rispetto del salario minimo: cfr. Tar Lazio, Roma, sez. III, 11 novembre 2022, n. 14776) è sempre obbligatorio, anche nei casi, quale quello in esame, di gara al massimo ribasso. Diversamente, infatti, potrebbe essere compromesso il diritto dei lavoratori alla retribuzione minima, tutelato dall'art. 36 Cost.

In altri termini, la stazione appaltante ha l'obbligo di procedere, prima dell'aggiudicazione, sempre e comunque, a prescindere dalla valutazione di anomalia dell'offerta, alla verifica della congruità del costo della manodopera rispetto ai minimi salariali retributivi. In ogni caso, nella seconda parte verrà trattato un approccio metodologico per effettuare la verifica del costo manodopera.

Inoltre, al fine di consentire alla stazione appaltante tale doverosa attività di controllo, occorre distinguere i «costi indiretti della commessa», ovvero i costi relativi al personale di supporto all'esecuzione dell'appalto o adibito a servizi esterni, dai «costi diretti della commessa», comprensivi di tutti i dipendenti impiegati per l'esecuzione della specifica commessa. L'obbligatoria indicazione dei costi della manodopera in offerta – e la correlativa verifica della loro congruità imposta alla stazione appaltante – si impone solo per i dipendenti impiegati stabilmente nella commessa, in quanto voce di costo che può essere variamente articolata nella formulazione dell'offerta per la specifica commessa; non è così, invece, per le figure professionali impiegate in via indiretta, che operano solo occasionalmente, ovvero in modo trasversale a vari contratti, il cui costo non si presta ad essere rimodulato in relazione all'offerta da presentare per il singolo appalto⁹.

⁸ Tar Napoli, 07.11.2023 n. 6128.

⁹ Tar Lazio, Roma, sez. III, 12/07/2021, n.8261.

3.5. *Verso l'aggiudicazione*

A conclusione dei lavori, nel caso di gara con miglior rapporto qualità/prezzo, la commissione giudicatrice formula una graduatoria e la proposta di aggiudicazione. Si ricorda che l'offerta dell'operatore è vincolante per 180 giorni dalla scadenza del termine per la sua presentazione.

La proposta di aggiudicazione della gara al miglior offerente non è un provvedimento definitivo ma diventa tale solo a seguito dei controlli sulla regolarità delle operazioni di gara, della verifica del possesso dei requisiti autodichiarati da parte dell'operatore primo graduato in sede di partecipazione e all'approvazione dell'organo competente tenuto a formalizzare l'aggiudicazione. Nel caso in cui le offerte di due o più concorrenti ottengano lo stesso punteggio complessivo, ma punteggi differenti per il prezzo e per tutti gli altri elementi di valutazione, è rimessa alla stazione appaltante la scelta se preferire il concorrente che abbia ottenuto il miglior punteggio sul prezzo o sull'offerta tecnica, indicando nel bando di gara l'opzione prescelta. Nel caso in cui le offerte di due o più concorrenti ottengano lo stesso punteggio complessivo e gli stessi punteggi parziali per il prezzo e per l'offerta tecnica, il disciplinare-tipo di Anac ha previsto ai sensi dell'articolo 77 del regio decreto n. 827/1924 che la stazione appaltante inviti i predetti concorrenti a presentare un'offerta migliorativa e, ove permanga l'ex aequo, che la commissione proceda mediante sorteggio ad individuare il concorrente da collocare primo nella graduatoria.

Quindi, il Rup o il dirigente responsabile dispone il provvedimento di aggiudicazione che è immediatamente efficace¹⁰.

La verifica dei requisiti autodichiarati dall'aggiudicatario in sede di gara comprende l'acquisizione di alcuni documenti e tra gli altri: il certificato di iscrizione alla camera di commercio industria e artigianato, casellario giudiziale, comunicazione di regolarità fiscale, comunica. Inoltre, si deve verificare il Durc, documento unico di regolarità contributiva. Dal 2023 presso la Banca dati nazionale dei contratti pubblici di Anac opera il fascicolo virtuale dell'operatore economico (Fvoe) che consente alle stazioni appaltanti e agli enti aggiudicatori l'acquisizione dei documenti a comprova del possesso dei requisiti di carattere generale, tecnico-organizzativo ed economico-finanziario per l'affidamento dei contratti pubblici e per la verifica del mantenimento dei requisiti in fase di esecuzione. Agli operatori economici permette di inserire a sistema i documenti la cui pro-

¹⁰ L'articolo 17 comma 5 del Codice prevede testualmente che «l'organo competente a disporre l'aggiudicazione esamina la proposta, e, se la ritiene legittima e conforme all'interesse pubblico, dopo aver verificato il possesso dei requisiti in capo all'offerente, dispone l'aggiudicazione, che è immediatamente efficace».

duzione è a proprio carico e di utilizzare tali documenti per ciascuna delle procedure di affidamento alle quali partecipa, entro il periodo di validità del documento individuato convenzionalmente in 120 giorni dalla data di emissione, ove non diversamente indicato. I dati e i documenti contenuti nel fascicolo virtuale dell'operatore economico, nei termini di efficacia di ciascuno di essi, sono aggiornati automaticamente mediante interoperabilità tra le banche dati della pubblica amministrazione e sono utilizzati in tutte le gare procedure di affidamento cui l'operatore partecipa.

Il punto – Il Durc

Tramite la richiesta del Durc (il documento di regolarità contributiva), si evince l'assolvimento da parte delle imprese degli obblighi legislativi e contrattuali nei confronti di Inps, Inail e Cassa edili.

Introdotta nel 2002, si impernia su tre fondamentali pilastri:

- la sicurezza del lavoro;
- la tutela redistributiva e assicurativa;
- la contribuzione previdenziale.

Nato per contrastare il lavoro sommerso, il Durc riduce notevolmente le imprese irregolari migliorando la qualità delle imprese che operano sul mercato pubblico.

Dal momento che il Durc è requisito generale per l'affidamento dei contratti pubblici sussiste l'obbligo di acquisizione tramite il Fvoe per ogni appalto pubblico, nonché per eventuali subappaltatori.

3.5.1. *La stipula del contratto*

Divenuta efficace l'aggiudicazione, l'amministrazione procede alla stipula del contratto entro un termine di 60 giorni dall'aggiudicazione, anche in pendenza di contenzioso, o nel diverso termine previsto nel disciplinare, decorso inutilmente il quale l'aggiudicatario può sciogliersi dal vincolo contrattuale o, in alternativa far constatare il silenzio inadempimento della stazione appaltante e chiedere una condanna alle spese.

Occorre, tuttavia, specificare che il diritto europeo impone alle stazioni appaltanti il divieto di stipulare il contratto prima di 35 giorni dalla comunicazione del provvedimento di aggiudicazione (si tratta del c.d. *stand still period*, art. 18, comma 3).

La stipula consiste nella formalizzazione dell'obbligazione tramite la sottoscrizione del contratto e nella sottoscrizione dello stesso.

3.6. *L'esecuzione del contratto*

L'aggiudicazione e la stipulazione del contratto segnano, rispettivamente, il momento terminale della fase dell'evidenza pubblica e quello iniziale del rapporto negoziale tra l'amministrazione e il privato, quest'ultimo regolato dalla disciplina civilistica.

Infatti, stipulato il contratto, questo viene eseguito dalle parti nel rispetto delle condizioni previste dal Codice civile (si vedano in particolare gli artt. 1175 e 1375 c.c.) e previe apposite garanzie fideiussorie e assicurative.

Il Codice dei contratti pubblici prevede poi delle disposizioni speciali nel Titolo VI, artt. 113-126, dedicate all'esecuzione dei contratti.

La direzione dei contratti è diretta dal Rup (il responsabile unico del progetto) che controlla i livelli di qualità della prestazione avvalendosi del direttore dell'esecuzione e del verificatore di conformità (negli appalti di servizi) o del direttore dei lavori e del collaudatore (nei lavori).

3.6.1. *Il direttore dell'esecuzione*

Il Codice stabilisce espressamente all'art. 114 che l'esecuzione dei contratti di servizi e forniture è diretta dal Rup che assicura il controllo sui livelli di qualità delle prestazioni. La medesima norma precisa altresì che il Rup si avvale, tra gli altri, anche del direttore dell'esecuzione, accertando il corretto ed effettivo svolgimento delle funzioni affidate ad esso.

A tal fine, con l'allegato II.14 al Codice è stata disciplinata la direzione di esecuzione che si sostanzia in un insieme di attività volte a garantire che l'esecuzione del contratto avvenga nei tempi stabiliti ed in conformità alle prescrizioni contenute nei documenti contrattuali e nelle condizioni offerte in sede di affidamento.

3. LE FASI DELL'EVIDENZA PUBBLICA: IL CICLO DI VITA DEL CONTRATTO

È, anzitutto, necessario che nel contratto sottoscritto tra le parti siano dettagliatamente riportate, tra l'altro, le condizioni migliorative proposte nell'ambito della relazione tecnica dell'appaltatore e le modalità di esecuzione del servizio e/o di consegna della fornitura. Devono, inoltre, essere indicati in modo preciso i controlli sulla regolarità e qualità della prestazione resa, le penali per eventuali inadempimenti, i casi di sospensione, risoluzione o recesso del contratto e quelli relativi ad eventuali premi o incentivi, precisando le modalità per l'irrogazione delle penali, per la sospensione, risoluzione o recesso del contratto o per la corresponsione dei premi. Nel contratto devono, poi, essere indicati i mezzi e le risorse messi eventualmente a disposizione da parte di un'impresa ausiliaria, allegando il relativo contratto di avalimento, nonché l'intenzione di ricorrere al subappalto, specificando per quale parte dell'affidamento.

I contratti di servizi e forniture sono oggetto di verifica di conformità per certificare che l'oggetto del contratto in termini di prestazioni, obiettivi e caratteristiche tecniche, economiche e qualitative sia stato realizzato ed eseguito nel rispetto delle previsioni contrattuali e delle condizioni offerte in sede di aggiudicazione o affidamento.

Le attività di controllo del direttore dell'esecuzione devono essere, quindi, strettamente correlate a quanto definito nei documenti contrattuali, che devono richiamare le prestazioni indicate dall'esecutore nella propria offerta. In particolare, l'attività di controllo è tesa a verificare che le previsioni del contratto siano pienamente rispettate, sia con riferimento alle scadenze temporali che alle modalità di consegna, alla qualità e quantità dei prodotti e/o dei servizi, per le attività principali come per le prestazioni accessorie. In generale, le attività di controllo devono essere indirizzate a valutare, ad esempio, i seguenti profili:

- la qualità del servizio/fornitura (aderenza/conformità a tutti gli standard qualitativi/livelli minimi richiesti nel contratto e/o nel capitolato);
- l'adeguatezza delle prestazioni o il raggiungimento degli obiettivi (con riferimento, ad esempio, ai contratti di efficientamento/risparmio energetico per edifici e illuminazione pubblica, ai contratti di gestione delle proprietà immobiliari);
- il rispetto dei tempi e delle modalità di consegna;
- l'adeguatezza della reportistica sulle prestazioni e le attività svolte;
- la soddisfazione del cliente/utente finale (per quei beni/servizi non strumentali – es. servizi alla persona e all'infanzia);
- il rispetto della normativa sulla sicurezza e sulla tracciabilità dei flussi finanziari;
- il rispetto della normativa sul lavoro e dei contratti collettivi;
- il rispetto della normativa ambientale;
- il rispetto delle norme sulla sicurezza e sulla salute dei lavoratori da parte dell'appaltatore.

Tali verifiche sono condotte nel corso dell'intera durata del rapporto – *in itinere* ed *ex post* – e devono essere realizzate con criteri di misurabilità della qualità, non limitati al generico richiamo delle regole dell'arte. Gli esiti delle stesse debbono risultare da apposito processo verbale, al fine di assicurare la trasparenza dell'attività amministrativa.

È inoltre utile evidenziare, a ulteriore conferma dell'importanza attribuibile alle attività di verifica del direttore dell'esecuzione, come il mancato utilizzo in sede esecutiva degli strumenti di controllo del livello qualitativo delle prestazioni fornite dall'appaltatore renda difficoltoso, se non impossibile, valersi della possibilità di escludere da gare successive gli imprenditori che abbiano svolto precedenti contratti con negligenza e malafede. L'utilizzo concreto della facoltà di esclusione dalle gare successive di quelle imprese che non hanno rispettato, in fase esecutiva, i livelli di qualità richiesti in sede di gara e/o offerti dalle stesse rappresenta una leva estremamente importante per scoraggiare la presentazione di offerte eccessivamente aggressive sul prezzo e/o con livelli qualitativi concretamente insostenibili.

3.6.2. *Ulteriori principi della fase esecutiva*

Durante l'esecuzione di un contratto pubblico, vige il divieto di cessione del contratto pena la nullità di ogni atto che implichi la sostituzione soggettiva del contraente.

Vige, altresì, il principio di invariabilità del contratto. In quest'ottica il Codice pone, come si vedrà meglio nel prosieguo, il principio di tassatività delle modifiche contrattuali.

La normativa consente, invece, la cessione di ramo d'azienda e gli atti di trasformazione, fusione, scissione che riguardano il contraente privato da cui derivi un mutamento soggettivo (si badi bene, non la sostituzione) del contratto. Tali operazioni devono essere comunicate all'amministrazione aggiudicatrice, accompagnata dall'ostensione della documentazione comprovante il possesso dei requisiti e della necessaria qualificazione in capo al soggetto che, per l'effetto del mutamento dell'assetto societario, assume la qualità di esecutore.

3.6.3. *La modifica dei contratti in corso di esecuzione*

L'articolo 120 del Codice reca la disciplina della modifica dei contratti ancora in essere, senza necessità di una nuova procedura di affidamento, resasi necessaria in ragione del verificarsi di una serie di condizioni.

La disposizione normativa contiene una disciplina piuttosto complessa ed eterogenea che, seppur sostanzialmente in linea con la direttiva 2014/24 e con la giurisprudenza della Corte di Giustizia europea in materia, avrebbe richiesto una «migliore semplificazione, la suddivisione in più articoli, distinguendo la fattispecie delle variazioni progettuali da quelle concernenti le modifiche inerenti alla determinazione del corrispettivo, e da quelle riguardanti la durata del contratto».

3. LE FASI DELL'EVIDENZA PUBBLICA: IL CICLO DI VITA DEL CONTRATTO

La disposizione sulle modifiche dei contratti in corso di esecuzione distingue 5 diverse ipotesi:

- a) **modifiche contrattuali a prescindere dal valore monetario previste nei documenti di gara iniziali.** Le clausole afferenti alle modifiche ed inserite nei bandi di gara devono essere chiare, precise ed inequivocabili al fine di definire la portata, la natura, nonché le condizioni alle quali è possibile ricorrervi;
- b) **lavori, servizi e forniture supplementari** da parte del contraente originario, quando la variazione del contraente risulti impossibile sia per motivi economici o tecnici (quali il rispetto di interoperabilità e intercambiabilità tra apparecchiature, servizi o impianti forniti nell'appalto iniziale), sia perché esporrebbe la stazione appaltante a notevoli disguidi e ad una notevole duplicazione dei costi;
- c) **varianti in corso d'opera propriamente dette**, riferite a modificazioni rese necessarie a seguito di circostanze impreviste e imprevedibili che non alterino la natura del contratto. Trattasi di eventi non solo non previsti dalla stazione appaltante al momento della progettazione, ma che non lo erano comunque, anche con l'uso dell'ordinaria diligenza. La direttiva eurounitaria (24/2014/Ue) precisa che il concetto di circostanze imprevedibili si riferisce a circostanze che non si potevano prevedere nonostante una ragionevole e diligente preparazione della stazione appaltante. Tra le circostanze che possono determinare la variante in questione è ricompresa la sopravvenienza di nuove disposizioni legislative o regolamentari o provvedimenti di autorità o enti preposti alla tutela di interessi rilevanti;
- d) **sostituzione dell'aggiudicatario originario** con un nuovo contraente, qualora ricorrano determinate circostanze (ad esempio, caso di morte o ristrutturazioni societarie);
- e) **modifiche non sostanziali**, secondo le soglie stabilite nei documenti di gara.

Per le modifiche di cui alle lett. b) e c) il legislatore ha fissato quale limite di aumento del prezzo il 50% del valore iniziale. Inoltre, è stata individuata nella figura del responsabile unico del procedimento il soggetto che può autorizzare le modifiche suddette, che peraltro è quello cui potranno essere comminate le eventuali sanzioni Anac nell'ipotesi di violazione degli obblighi previsti, compresi quelli di comunicazione, in tema di modifiche contrattuali.

Al comma 3 dell'articolo 120 si contempla una ulteriore modifica del contratto in termini esclusivamente di importo. In particolare, è consentita la modifica del contratto (con la sola condizione che non modifichi la natura dello stesso) qualora la variazione sia contenuta nei limiti di valore della soglia di rilevanza eurounitaria e del 10% del valore iniziale del contratto per i servizi e le forniture ovvero del 15% per i lavori. Nell'ambito delle stesse modifiche rientrano anche quelle per errore progettuale, nel rispetto dei medesimi limiti d'importo.

Con riferimento all'istituto della **proroga**, il nuovo Codice ha distinto le due

tipologie tipiche di proroga di un contratto pubblico, ossia quella «**contrattuale**» e quella «**tecnica**»:

i) la proroga c.d. «**contrattuale**» è così definita poiché trova la sua fonte nel disciplinare di gara e/o nel contratto. Trattasi, pertanto, di una circostanza negoziale già preventivata dalla stazione appaltante;

ii) la proroga c.d. «**tecnica**», sussiste nel caso in cui la durata del contratto venga modificata dalla stazione appaltante per cause ad essa non imputabili, allo scopo di garantire la continuità di un servizio essenziale, nelle more della conclusione della procedura di gara per scegliere il nuovo contraente, la quale deve essere bandita prima dell'originaria scadenza contrattuale. La proroga tecnica, pertanto, avendo carattere di temporaneità e imprevedibilità, rappresenta uno strumento atto esclusivamente ad assicurare il passaggio da un regime contrattuale a un altro.

L'art. 120 del nuovo Codice fa propria l'impostazione sopra riferita e disciplina le due fattispecie in due commi separati:

i) il comma 10 si riferisce esclusivamente all'**opzione di proroga preventivamente prevista nei documenti di gara**;

ii) il successivo comma 11 disciplina invece **la proroga del contratto funzionale al completamento della procedura di gara finalizzata alla scelta del nuovo appaltatore**.

Ne consegue che la proroga «tecnica» trova nel nuovo Codice una collocazione autonoma e sganciata dalla proroga conseguente all'esercizio dell'opzione, purché concorrano una serie di condizioni «limitative» già emerse nell'interpretazione giurisprudenziale del precedente Codice¹¹:

i) essa viene essenzialmente circoscritta a ipotesi eccezionali, in cui sussistano oggettivi e insuperabili ritardi nella conclusione della procedura di gara;

ii) deve avere una durata commisurata al tempo strettamente necessario per giungere a tale conclusione;

iii) deve essere giustificata alla luce del fatto che l'interruzione delle prestazioni potrebbe determinare situazioni di pericolo per persone, animali o cose o per l'igiene pubblica o ancora un grave danno dell'interesse pubblico.

3.6.4. La revisione dei prezzi

L'articolo 60 prevede che nei documenti di gara iniziali delle procedure di affidamento è obbligatorio (nel precedente Codice era facoltativo) l'inserimento delle **clausole di revisione dei prezzi**.

Il comma 1 prevede l'obbligo di inserimento delle clausole di revisione dei

¹¹ *Ex multis* Consiglio di Stato, sez. III, n. 5059 del 2018; Consiglio di Stato, sez. VI, n. 3478 del 2019; Consiglio di Stato, sez. VI, n. 8219 del 2019; Consiglio di Stato, sez. V, n. 3874 del 2020.

3. LE FASI DELL'EVIDENZA PUBBLICA: IL CICLO DI VITA DEL CONTRATTO

prezzi nei documenti di gara iniziali delle procedure di affidamento. Tale disposizione consente di ottemperare a quanto richiesto dal criterio di delega di cui alla lettera g) ove si richiede la «previsione dell'obbligo per le stazioni appaltanti di inserire nei bandi di gara, negli avvisi e inviti, in relazione alle diverse tipologie di contratti pubblici, un regime obbligatorio di revisione dei prezzi [...] compresa la 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, stabilendo che gli eventuali oneri derivanti dal suddetto meccanismo di revisione dei prezzi siano a valere sulle risorse disponibili del quadro economico degli interventi e su eventuali altre risorse disponibili per la stazione appaltante da utilizzare nel rispetto delle procedure contabili di spesa».

Il comma 3 dell'art. 60 fissa il meccanismo revisionale ad un sistema di indicizzazione, allo scopo di facilitare e renderne più rapida e «sicura» l'applicazione. Si è pertanto fatto ricorso agli indici sintetici dell'Istat e in particolare a quelli di costo di costruzione, per i lavori, e agli indici dei prezzi al consumo, dei prezzi alla produzione dell'industria e dei servizi e agli indici delle retribuzioni orarie (come richiesto dalla legge delega) con riguardo ai contratti di servizi e forniture, periodicamente pubblicati dall'Istat, unitamente alla metodologia di calcolo, con l'obiettivo di renderli conoscibili e verificabili ex ante da parte di tutti gli operatori.

Il cambio di rotta con il nuovo Codice è visibile perché mentre prima la rinegoziazione era rimessa unicamente al potere discrezionale riconosciuto alla stazione appaltante, ora è un obbligo la cui inosservanza determina una responsabilità in capo alla stessa. Chiaramente occorrerà verificare quanto la rinegoziazione automatica dei prezzi metterà alla prova la sostenibilità dei bilanci delle singole stazioni appaltanti.

Sul punto, è utile richiamare la sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, 07/07/2023, n. 6652, intervenuta a chiarire che *«la stipula del nuovo Ccnl di settore, sopravvenuta nel corso della procedura di verifica della congruità dell'offerta, per un verso comporta la sua applicazione al personale impiegato nell'esecuzione dell'appalto; per altro verso, impone alla stazione appaltante di tenere conto dei nuovi livelli retributivi previsti, in quanto sicuramente applicabili alla futura esecuzione del contratto da affidare, e conseguentemente di verificare se l'offerta economica dell'impresa individuata come possibile aggiudicataria sia in grado di sostenere anche i nuovi costi»*.

3.6.5. Il sistema delle penali

Nel caso di non corretta esecuzione delle prestazioni contrattuali, il Rup e il direttore dell'esecuzione possono far ricorso al sistema delle penali, disciplinate all'art. 126.

In particolare, tale norma prevede che: «*I contratti di appalto prevedono penali per il ritardo nell'esecuzione delle prestazioni contrattuali da parte dell'appaltatore commisurate ai giorni di ritardo e proporzionali rispetto all'importo del contratto o alle prestazioni del contratto*». Le penali dovute per il ritardato adempimento sono calcolate in misura giornaliera compresa tra lo **0,3 per mille e l'1 per mille** dell'ammontare netto contrattuale, da determinare in relazione all'entità delle conseguenze legate al ritardo, **e non possono comunque superare, complessivamente, il 10% di detto ammontare netto contrattuale**. Si ricorda, infatti che, se le penali per ritardo applicate superano, complessivamente, il 10% dell'importo netto del contratto, occorre che la stazione appaltante proceda alla risoluzione del contratto.

Benché il Codice preveda espressamente solo le penali derivanti da ritardo, le stazioni appaltanti possono altresì prevedere – negli atti di gara e poi anche nel contratto – penali dovute all'inesatto adempimento, correlate alla mancata esecuzione della prestazione secondo le modalità concordate, nonché in caso di mancato rispetto degli standard qualitativi previsti. È opportuno che la stazione appaltante circoscriva l'entità della penale in relazione all'importanza della prestazione. Si deve sempre ricordare che, per quanto non espressamente previsto nel codice dei contratti pubblici, alla stipula del contratto e alla fase di esecuzione si applicano le disposizioni del Codice civile.

Le penali possono riferirsi sia alle prestazioni contrattuali definite nel capitolato speciale, sia alle prestazioni offerte dall'appaltatore in fase di gara. In quest'ultimo caso, è necessario che il contratto recepisca gli impegni contenuti nell'offerta tecnica presentata dal concorrente risultato aggiudicatario, affinché sia il Rup che il direttore dell'esecuzione, ove nominato, possano verificare il rispetto di quanto proposto dall'operatore nell'offerta.

Quanto alla definizione dell'entità della penale, questa è rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante e deve essere commisurata alla rilevanza dell'inadempimento, nonché correlata alle finalità perseguite dall'amministrazione con l'acquisizione del servizio.

In particolare, la penale per inadempimento può essere strutturata quale penale *una tantum* nel caso in cui l'amministrazione non abbia più interesse a che la prestazione oggetto di mancato adempimento sia eseguita in un momento successivo, oppure in termini di penale giornaliera da applicarsi per tutto il tempo in cui la prestazione non è effettuata secondo le modalità preventivamente offerte.

Quanto al procedimento di contestazione all'operatore economico, generalmente, prende avvio mediante la trasmissione di una nota formale da parte della stazione appaltante in cui siano contestati i fatti accertati, previa l'assegnazione di un termine non inferiore a 15 giorni per la presentazione da parte dell'appaltatore di controdeduzioni scritte. Qualora non pervenga alcuna risposta da parte dell'appaltatore ovvero nel caso in cui lo stesso non dimostri che l'inesatto adempimento non è a lui imputabile, la stazione appaltante può applicare le penali a

3. LE FASI DELL'EVIDENZA PUBBLICA: IL CICLO DI VITA DEL CONTRATTO

decorrere dalla data del fatto accertato. Nel caso, invece, in cui la stazione appaltante ritenga valida la motivazione della controdeduzione presentata dall'aggiudicatario, non si procederà all'applicazione delle penali. In tal caso, la Sa potrà disporre un nuovo termine per l'esecuzione della prestazione oggetto di contestazione.

Si ricorda, infine, che in relazione all'inesatta esecuzione occorre distinguere tra inadempimento totale o parziale: nel primo caso, si intende la mancata effettuazione delle prestazioni secondo le modalità previste dall'amministrazione, nel capitolato ed eventuali allegati, o offerte dall'operatore economico nell'offerta tecnica; nel secondo caso, invece, si intende l'effettuazione solo in parte o con modalità diverse rispetto alle prestazioni previste o offerte. L'inadempimento totale darà luogo alla risoluzione del contratto.

3.6.6. Recesso e risoluzione

Nel corso dell'esecuzione possono verificarsi situazioni che determinano lo scioglimento del vincolo contrattuale, sia in forma di recesso che di risoluzione:

– quanto al recesso, la stazione appaltante può sciogliere in ogni momento il vincolo contrattuale previo pagamento delle prestazioni eseguite e dei materiali utilizzati, oltre al decimo dell'importo dei servizi o delle forniture non eseguiti (art. 123). La stazione appaltante deve, tuttavia, comunicare formalmente all'appaltatore il recesso con un preavviso non inferiore a 20 giorni¹²;

– quanto alla risoluzione occorre specificare che, nei contratti pubblici, si verifica una parziale sovrapposizione fra la disciplina generale, prevista dal Codice civile (artt. 1453 e ss., 1662 e 1467 e ss.) e quella speciale stabilita dal Codice dei contratti pubblici. In particolare, la disciplina speciale è prevista all'art. 122 del Codice.

L'art. 122 è frutto, da un lato, del recepimento dell'art. 73 della direttiva 2014/24/UE¹³, dall'altro riproduce sostanzialmente quanto già previsto nel previgente Codice dei contratti, d.lgs. n. 50/2016.

¹² Per ulteriori approfondimenti giuridici sul tema, si veda l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, sentenza 20 giugno 2014 n. 14, che si è occupata dei rapporti fra recesso e revoca dopo la conclusione del contratto. È stato enunciato il seguente principio di diritto: le pubbliche amministrazioni che rinvergono sopravvenute ragioni di inopportunità nella prosecuzione del rapporto negoziale non possono utilizzare lo strumento pubblicistico della revoca dell'aggiudicazione, ma devono utilizzare il diritto potestativo.

¹³ Le circostanze al ricorrere delle quali il legislatore eurounitario stabilisce che l'amministrazione possa risolvere il contratto, sono le seguenti:

– il contratto ha subito una modifica sostanziale che avrebbe richiesto una nuova procedura di appalto ai sensi dell'art. 72 della medesima direttiva;

– l'aggiudicatario si è trovato, al momento dell'aggiudicazione dell'appalto, in una delle situazioni previste dall'art. 57, paragrafo 1, della direttiva, che avrebbero dovuto comportarne l'esclusione dalla gara, per carenza dei requisiti di ordine generale;

È interessante osservare come, in alcuni casi, il legislatore nazionale imponga l'obbligo di risolvere il contratto; in altri casi la risoluzione è disciplinata in termini di facoltà, probabilmente ritenendo che, in taluni casi, fosse più appropriato rimettere alla stazione appaltante una valutazione di costi/benefici, valutando cioè l'opportunità della risoluzione in relazione allo stato dell'esecuzione ed alle eventuali conseguenze correlate alla finalità dell'intervento¹⁴. Nella tabella che segue sono riportate le ipotesi di risoluzione cui all'art. 122.

<i>Ipotesi previste dal Codice</i>	<i>Casistica</i>	<i>Obbligo/facoltà</i>
Art. 122, comma 1, lett. a) e b)	Necessità di modifiche o varianti al contratto eccedenti i limiti previsti dall'art. 120	Facoltà
Art. 122, comma 1, lett. c)	L'aggiudicatario si è trovato, al momento dell'aggiudicazione dell'appalto, in una delle situazioni di cui all'art. 94 comma 1, e pertanto avrebbe dovuto essere escluso dalla procedura	Facoltà
Art. 122, comma 1, lett. d)	L'appalto non avrebbe dovuto essere aggiudicato in considerazione di una grave violazione degli obblighi derivanti dai trattati, come riconosciuto dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea in un procedimento ai sensi dell'art. 258 Tfu, o di una sentenza passata in giudicato per violazione del presente Codice	Facoltà
Art. 122, comma 2, lett. a)	Nei confronti dell'appaltatore è intervenuta la decadenza dell'attestazione Soa per aver prodotto falsa documentazione o dichiarazioni mendaci (nei lavori)	Obbligo
Art. 122, comma 2, lett. b)	Nei confronti dell'appaltatore sia intervenuto: – un provvedimento definitivo che dispone l'applicazione di una misura di prevenzione di cui al Codice antimafia; – una sentenza di condanna passata in giudicato per i reati di cui all'art. 94	Obbligo
Art. 122, comma 3	Grave inadempimento dell'appaltatore, tale da compromettere la buona riuscita della prestazione	Facoltà (cfr. Anac, delib. 308/2001)
Art. 122, comma 3	Ritardo nell'esecuzione dell'opera, dovuto a negligenza dell'appaltatore	Facoltà

– L'appalto non avrebbe dovuto essere aggiudicato in considerazione di una grave violazione, ascrivibile all'aggiudicatario, degli obblighi derivanti dai trattati e dalla direttiva stessa, come riconosciuto dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea in un procedimento ai sensi dell'articolo 258 Tfu.

¹⁴ Cfr. Marco Salina, *La risoluzione del contratto*, del 18 marzo 2020, in *lamministrativista.it*.

3. LE FASI DELL'EVIDENZA PUBBLICA: IL CICLO DI VITA DEL CONTRATTO

Da ultimo si richiama l'articolo 121, che disciplina la **sospensione dell'esecuzione del contratto** al ricorrere di circostanze speciali e imprevedibili che impediscono temporaneamente la prosecuzione dei lavori o a fronte di ragioni di necessità o di pubblico interesse.

La disposizione in esame, che riproduce con alcune modificazioni l'articolo 107 del d.lgs. n. 50 del 2016, è declinata per i lavori pubblici e dispone che al ricorrere di circostanze speciali, imprevedibili al momento della stipulazione e che impediscono in via temporanea l'utile prosecuzione dei lavori a regola d'arte, la sospensione dell'esecuzione del contratto possa essere disposta dal direttore dei lavori, compilando il verbale di sospensione da inoltrare entro cinque giorni al Rup, o dal Rup stesso, ove ricorrano ragioni di necessità o di pubblico interesse. Il comma 11 prevede che le disposizioni del dell'articolo 121 si applicano, in quanto compatibili, ai contratti relativi a servizi e forniture, intendendosi riferite al direttore dell'esecuzione, se nominato, le previsioni riguardanti il direttore dei lavori.

Il punto – La risoluzione nei contratti pubblici

Come anticipato, in riferimento alla risoluzione dei contratti pubblici, si verifica una parziale sovrapposizione fra la disciplina generale, prevista del Codice civile, e quella speciale stabilita dal Codice dei contratti pubblici.

Secondo il Codice civile la risoluzione del contratto può intervenire per inadempimento di una delle parti (artt. 1453 e ss. c.c. e art. 1662 c.c.), per impossibilità sopravvenuta (art. 1463 e ss. c.c.), nonché per eccessiva onerosità sopravvenuta (art. 1467 e ss. c.c.). Si tratta di ipotesi valide anche nell'appalto pubblico e, anzi, si tratta delle sole ipotesi percorribili, se la risoluzione è richiesta dall'appaltatore.

Invece, la stazione appaltante, in ragione del superiore interesse pubblico cui è preposta, può beneficiare di una disciplina speciale e di alcune facoltà aggiuntive, volte a garantire la celerità della risoluzione e ad evitare l'incertezza ed i ritardi che potrebbero derivare dall'applicazione del diritto comune.

Il tratto caratteristico dell'istituto sta nel riconoscimento, in capo all'amministrazione, del potere di risolvere il contratto in via di autotutela, ossia con determinazione unilaterale della propria volontà, senza necessità di adire la via giurisdizionale e di attendere la valutazione del giudice ordinario. Infatti, in tal caso, il giudice, ove interpellato dall'appaltatore, potrà caso mai decidere delle conseguenze risarcitorie dell'atto che fosse adottato in assenza dei necessari presupposti o in violazione dell'iter procedimentale previsto.

Tale potere dell'amministrazione sussiste al ricorrere di ipotesi tipiche, che l'art. 122 ha descritto in conformità ai dettami del diritto eurounitario.

Si precisa che la giurisprudenza ha chiarito che la facoltà di risolvere il contratto d'appalto in via autoritativa non preclude all'amministrazione di chiedere al giudice ordinario la risoluzione giudiziale del contratto per inadempimento della controparte *ex* art. 1453 c.c., nell'eventualità che l'atto di esercizio del potere di autotutela sia riconosciuto illegittimo, trattandosi di due rimedi aventi natura giuridica diversa e caratterizzati da presupposti e modalità differenti (Cass. civ., sez. I, 16 febbraio 2016, n. 2984).

3. LE FASI DELL'EVIDENZA PUBBLICA: IL CICLO DI VITA DEL CONTRATTO

3.6.7. Il Collegio consultivo tecnico

L'articolo 215 disciplina l'istituzione del Collegio consultivo tecnico (Cct) quale organo consultivo, di mediazione e conciliazione, destinato a prevenire le controversie che possano insorgere nell'esecuzione dei contratti, o comunque consentirne una rapida risoluzione.

Le norme sul Collegio consultivo tecnico (Cct) danno attuazione al criterio direttivo della legge delega (legge 21 giugno 2022, n. 78) concernente «estensione e rafforzamento dei metodi di risoluzione delle controversie alternativi al rimedio giurisdizionale, anche in materia di esecuzione del contratto». L'allegato V.2 del Codice detta alcune regole in tema di modalità di costituzione e funzionamento del Collegio consultivo tecnico, requisiti dei suoi componenti e criteri di determinazione dei compensi loro spettanti.

Si premette che l'istituto, temporaneamente introdotto dagli articoli 4 e 5 del d.l. 16 luglio 2020, n. 76, successive modifiche e integrazioni, è confermato come rimedio generale per dirimere sul nascere i possibili contenziosi, tra committente e appaltatore, che rischierebbero di pregiudicare l'esecuzione tempestiva e a regola d'arte del contratto di appalto. **Il Cct è obbligatorio anche per forniture e servizi di importo pari o superiore a 1 milione di euro.** In ogni caso, l'osservanza delle sue pronunce (pareri o determinazioni) è valutata ai fini della responsabilità del soggetto agente per danno erariale e costituisce, salvo prova contraria, grave inadempimento degli obblighi contrattuali, mentre, l'osservanza di tali determinazioni, salvo l'ipotesi di dolo, è causa di esclusione della responsabilità per danno erariale.

3.7. Ricapitoliamo: quali sono le fasi di una procedura di gara per l'affidamento di servizi?

La volontà della stazione appaltante si manifesta attraverso l'adozione di un procedimento ad evidenza pubblica per l'affidamento di servizi con il criterio del miglior rapporto qualità/prezzo, che si svolge con il seguente iter:

1. Inserimento del servizio nella programmazione triennale. In questa fase è individuato il Rup;

2. Definizione del fabbisogno attraverso la redazione del progetto del servizio;

3. Avvio della procedura con l'adozione della decisione di contrarre con la quale si approvano i documenti che costituiscono documenti di gara (disciplinare di gara, domanda di partecipazione, documento di gara unico europeo, capitolato tecnico e suoi allegati, modulo offerta economica e modulo offerta tecnica nel caso di miglior rapporto qualità/prezzo). In questa fase si acquisisce il Cig;

4. Pubblicazione del bando (profilo del committente della stazione appaltante, Gazzetta ufficiale Unione europea, Banca dati dei contratti pubblici di Anac) da cui decorrono i termini per il ricevimento delle offerte da parte dei concorrenti

(almeno 35 giorni). Si ricordi sempre che tutta la documentazione di gara è pubblicata sul profilo del committente della stazione appaltante;

4.1. Richieste di chiarimento da parte dei concorrenti e risposta ai quesiti posti da parte della stazione appaltante nel rispetto della parità di trattamento.

Da qui in poi occorre prestare attenzione: se il disciplinare di gara prevede l'iter ordinario, si apre prima la busta amministrativa; se, invece, il disciplinare prevede l'inversione procedimentale si apre prima la busta tecnica, poi la busta economica e in ultimo la busta amministrativa.

A. *Iter ordinario*

5. Dopo la scadenza del termine per presentare le offerte, si avvia l'esame della documentazione costituente la busta amministrativa (autodichiarazioni e autocertificazioni del concorrente) ai fini della definizione dell'elenco delle offerte ammesse e di quelle escluse;

5.1. Approvazione dei verbali di gara e dell'elenco ammessi/esclusi;

5.2. Pubblicazione dell'elenco ammessi/esclusi ed invio della comunicazione ai concorrenti dell'avvenuta pubblicazione;

5.3. Apertura della fase di possibilità di accesso alla documentazione amministrativa ai fini della proposizione di eventuali ricorsi;

6. Nomina della commissione giudicatrice con determina/decreto per la valutazione delle offerte tecniche ed economiche;

6.1. Pubblicazione del provvedimento di nomina e *curricula* della commissione giudicatrice;

6.2. Apertura della documentazione che costituisce l'offerta tecnica;

6.3. Valutazione in seduta riservata delle offerte tecniche;

6.4. In caso di non conformità di un'offerta tecnica esclusione della stessa;

6.5. Approvazione del verbale con determina/decreto e comunicazione dell'esclusione all'operatore ai fini della proposizione di eventuale ricorso avverso l'esclusione;

6.6. Alla fine della valutazione tecnica, si comunicano i punteggi attribuiti alle offerte e si aprono le offerte economiche;

7. Valutazione dell'offerta economica (se necessario la commissione si riunisce al fine di valutarne la conformità anche in relazione alle offerte tecniche proposte);

7.1. Attribuzione del punteggio economico e definizione della classifica di gara (la graduatoria);

8. Verifica della sussistenza per la verifica dell'anomalia dell'offerta sulla base dei criteri fissati dall'art. 110;

8.1. Se sussistono presupposti di anomalia, trasmissione al Rup dell'offerta per attivare il sub-procedimento di verifica;

8.2. In mancanza dei presupposti per la verifica dell'anomalia, formulazione

3. LE FASI DELL'EVIDENZA PUBBLICA: IL CICLO DI VITA DEL CONTRATTO

della proposta di aggiudicazione da parte della commissione giudicatrice al Rup oppure segnalazione al Rup della presenza di elementi sintomatici di anomalia per valutare l'eventuale attivazione del procedimento di anomalia;

8.3. Attivazione del procedimento di verifica costi della manodopera.

B. *Inversione procedimentale*

▪ Dopo la scadenza del termine per presentare le offerte, si nomina la commissione giudicatrice con determina/decreto per la valutazione delle offerte tecniche ed economiche:

– pubblicazione del provvedimento di nomina e *curricula* della commissione giudicatrice;

– apertura della documentazione che costituisce l'offerta tecnica;

– valutazione in seduta riservata delle offerte tecniche;

– in caso di non conformità di un'offerta tecnica, esclusione della stessa;

– approvazione del verbale con determina/decreto e comunicazione dell'esclusione all'operatore ai fini della proposizione di eventuale ricorso avverso l'esclusione;

– alla fine della valutazione tecnica, si comunicano i punteggi attribuiti alle offerte e si aprono le offerte economiche.

▪ Valutazione dell'offerta economica (se necessario la commissione si riunisce al fine di valutarne la conformità anche in relazione alle offerte tecniche proposte):

– attribuzione del punteggio economico e definizione classifica di gara (la graduatoria).

▪ Verifica della sussistenza per verifica di anomalia dell'offerta sulla base dei criteri fissati dall'art. 110:

– se sussistono presupposti di anomalia, trasmissione al Rup dell'offerta per attivare il procedimento di verifica;

– in mancanza dei presupposti per la verifica dell'anomalia, formulazione della proposta di aggiudicazione da parte della commissione giudicatrice al Rup oppure segnalazione al Rup della presenza di elementi sintomatici di anomalia per valutare l'eventuale attivazione del procedimento anomalia;

– attivazione del procedimento di verifica dei costi della manodopera.

▪ In parallelo alla verifica dei costi della manodopera (e dell'anomalia), si avvia l'esame della documentazione costituente la busta amministrativa (autodichiarazioni e autocertificazioni del concorrente) nei confronti del primo e del secondo aggiudicatario (o su un campione) di ciascun lotto:

– approvazione dei verbali di gara e dell'elenco ammessi/esclusi;

– pubblicazione dell'elenco ammessi/esclusi e invio della comunicazione ai concorrenti dell'avvenuta pubblicazione;

– apertura della fase di possibilità di accesso alla documentazione amministrativa ai fini della proposizione di eventuali ricorsi.

PARTE PRIMA: LA DISCIPLINA DEI CONTRATTI PUBBLICI

Al termine della verifica dell'anomalia, e della successiva verifica della busta amministrativa, avviene l'approvazione dell'ultimo verbale di gara.

Da qui in poi, la procedura di affidamento torna unitaria, sia in caso di iter ordinario che in caso di inversione procedimentale.

9. Adozione della decisione di aggiudicazione, previa verifica dei requisiti generali e speciali sull'aggiudicatario ed altri soggetti (subappaltatore, ausiliaria) sulla base delle modalità indicate nel disciplinare di gara;

10. Comunicazione di aggiudicazione agli offerenti per l'esercizio del diritto di accesso sulle offerte e possibile proposizione di ricorso avverso aggiudicazione;

11. Richiesta dei documenti al fornitore (garanzia definitiva, polizze, procure, ecc.) per la stipula del contratto.

N.B. L'esecuzione del contratto non ancora stipulato può essere egualmente iniziata, con determina motivata della stazione appaltante o dell'ente concedente (art. 17 comma 8).

Come può essere stipulato un contratto?

- dal notaio per atto pubblico informatico;
- in modalità elettronica in forma pubblica amministrativa a cura dell'ufficiale rogante;
- in modalità elettronica per scrittura privata;
- in caso di procedura negoziata o per gli affidamenti fino a 40.000 euro mediante corrispondenza secondo l'uso del commercio consistente in un apposito scambio di lettere, anche tramite posta elettronica certificata.

1. SCELTA DEL CRITERIO DI AGGIUDICAZIONE



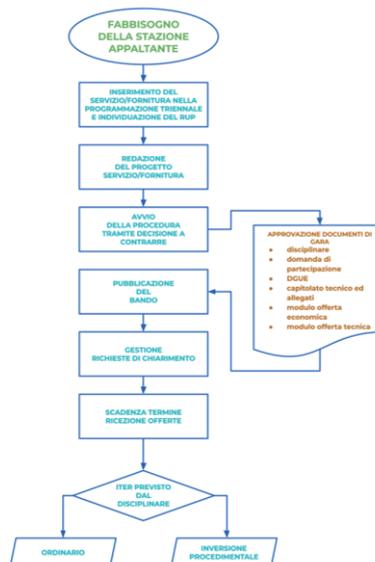
In base a cosa si sceglie un criterio anziché un altro?

Secondo quanto previsto dall'art.108 c.1 del Codice, l'aggiudicazione degli appalti di lavori, servizi e forniture avviene sulla base del **critero dell'offerta economicamente più vantaggiosa, individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo o sulla base dell'elemento prezzo o del costo.**

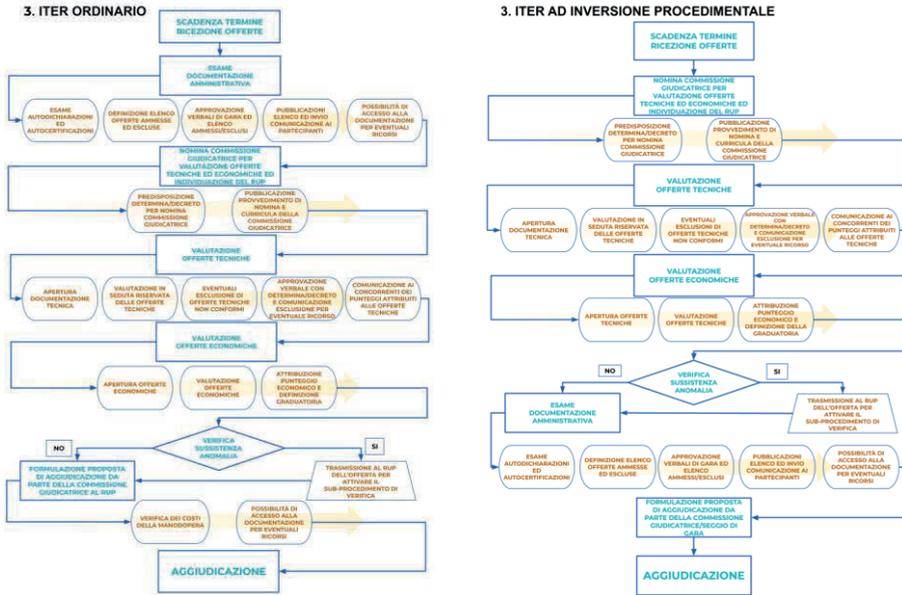
L'art. 108 c.3 del Codice prevede che può essere utilizzato il criterio del **minor prezzo** per i servizi e le forniture con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato, fatta eccezione per i servizi ad alta intensità di manodopera.

L'art. 108 c.2 del Codice impone il ricorso al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del **miglior rapporto qualità/prezzo** per determinate tipologie di contratti/servizi (es. servizi sociali e di ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica, ecc.)

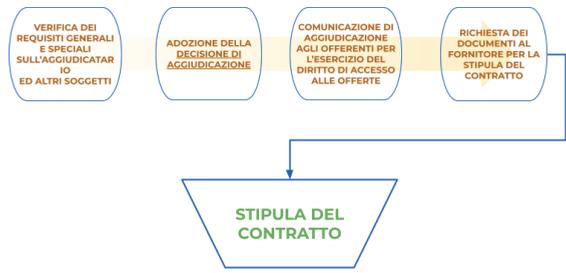
2. PROCEDIMENTO AD EVIDENZA PUBBLICA



3. LE FASI DELL'EVIDENZA PUBBLICA: IL CICLO DI VITA DEL CONTRATTO



4. AGGIUDICAZIONE



Appendice n. 1. Formule per l'attribuzione del punteggio all'elemento prezzo

Il disegno di una gara aggiudicata con il criterio del miglior rapporto qualità/prezzo è costituito da un insieme di elementi strettamente interconnessi tra loro che concorrono a formulare la «strategia di gara» (definizione dell'oggetto dell'appalto, disegno del contratto, suddivisione in lotti, criteri di selezione, criterio di aggiudicazione, criteri di valutazione e relativi pesi/punteggi massimi, criteri motivazionali di attribuzione dei punteggi...). Solo l'analisi congiunta di tutti questi elementi permette di fornire un quadro completo del meccanismo di selezione e valutazione delle offerte e, dunque, dello schema di incentivi offerto ai concorrenti, sulla cui base questi ultimi formulano la propria offerta al fine di soddisfare al meglio (almeno in fase di gara!) le esigenze espresse dalla stazione appaltante.

Nel seguito di questa sezione, tuttavia, ci si concentrerà esclusivamente sul meccanismo di valutazione dell'offerta economica.

La determinazione dell'incidenza del prezzo nella valutazione dell'offerta rientra, in via generale, nella discrezionalità della stazione appaltante, fatto salvo che il Codice prevede che i punteggi economici di una gara ad alta intensità di manodopera non possono mai superare il 30% di tutti i punti assegnati (quindi massimo 30 punti su 100).

È importante sapere che nei servizi altamente standardizzati, è difficile avere distanze importanti tra le offerte tecniche. Pertanto un concorrente riesce ad aggiudicarsi la gara prevalendo sugli altri operatori grazie all'offerta economica. Va ricercato dunque un equilibrio tra prezzo e qualità che è necessariamente correlato alla specificità dei servizi (della loro qualità e della tutela degli utenti finali) nonché alle esigenze sociali.

A tale ultimo proposito, occorre prestare attenzione al peso attribuito all'elemento prezzo affinché sia coerente con l'obiettivo di assicurare, da un lato, alla stazione appaltante il risultato migliore e più conveniente salvaguardando i livelli salariali e, dall'altro, di consentire ai partecipanti di confidare in una equilibrata valutazione dell'offerta.

La scelta dei meccanismi di valutazione non può che scaturire, in ogni caso, da un'analisi, da parte della stazione appaltante, dei propri fabbisogni ed obiettivi, delle proprie esperienze pregresse e del contesto di mercato di riferimento anche in relazione al contesto sociale in cui muove l'appalto. È indubbio che negli appalti ad alta intensità di manodopera si consiglia quindi l'utilizzo di formule che possono disincentivare ribassi troppo aggressivi.

Vengono di seguito indicate alcune formule per l'attribuzione del punteggio relativo all'elemento prezzo¹⁵, che la stazione appaltante può discrezionalmente scegliere in fase di redazione della documentazione di gara.

¹⁵ Per ogni utile approfondimento si rimanda alla Linea Guida n. 2 del 2016 di Anac nonché al *Quaderno* pubblicato dall'Autorità sullo stesso tema nel dicembre 2011.

3. LE FASI DELL'EVIDENZA PUBBLICA: IL CICLO DI VITA DEL CONTRATTO

Formula n. 1

Questa formula, la più diffusa per la sua semplicità, comporta un'elevata competizione sul prezzo e produce gli effetti di appiattimento di cui sopra poiché, «a fronte di piccole differenze nel ribasso offerto si evidenzia una forte variazione del punteggio assegnato»:

$$V_i = R_i / R_{max}$$

Con:

$$V_i = \text{Coefficiente dell'offerta } i\text{-esima} \quad 0 \leq V_i \leq 1$$

R_i = Ribasso relativo all'offerta i -esima

R_{max} = Ribasso massimo tra tutte le offerte presentate

Formula n. 2

Formula in cui il calcolo dei coefficienti relativi all'elemento prezzo è effettuato «considerando un valore soglia rappresentato dalla media dei diversi ribassi offerti al di sopra del quale si ottiene un abbattimento dell'incremento del punteggio».

Questa formula si fonda su un valore soglia pari alla media delle offerte e su un indice X fissato dalla stazione appaltante, individuabile in 0,80 o 0,85 o 0,90:

$$C_i \text{ (per } A_i \leq A_{soglia}) = X * A_i / A_{soglia}$$

$$C_i \text{ (per } A_i > A_{soglia}) = X + (1,00 - X) * ((A_i - A_{soglia}) / (A_{max} - A_{soglia}))$$

dove:

C_i = coefficiente attribuito al concorrente i -esimo;

A_i = valore dell'offerta (ribasso) del concorrente i -esimo;

A_{soglia} = media aritmetica dei valori delle offerte (ribasso sul prezzo) dei concorrenti;

X = 0,80 oppure 0,85 oppure 0,90 (occorre indicare nei documenti di gara quale delle tre percentuali va applicata).

Al riguardo, per diminuire l'importanza dell'elemento prezzo, è necessario utilizzare gli indici X più elevati (0,85 o 0,90). Tale formula ha lo scopo di scoraggiare il superamento di determinate soglie, per garantire la qualità dell'offerta o evitare una eccessiva compressione del costo del lavoro. Si presta, quindi, ad essere utilizzata laddove la stazione appaltante voglia disincentivare i concorrenti a praticare ribassi troppo elevati (come, ad esempio, nel caso di servizi ad alta intensità di lavoro, quali i servizi di pulizia). Anche in questo caso, resta rispettato

il principio che il coefficiente è crescente all'aumentare del ribasso o al diminuire del prezzo.

A tale proposito si sottolinea che, in presenza di un numero basso di offerte, la richiamata formula potrebbe produrre effetti di «appiattimento» analoghi a quelli precedentemente descritti. Pertanto, al fine di mitigare questi effetti distortivi, risulta opportuno prevedere l'utilizzo del valore soglia pari a 0,9, congruo a limitare eventuali eccessivi ribassi.

Formula n. 3

Infine, si rileva che nell'ambito dei servizi in cui è prevalente la componente collegata alla valorizzazione del costo del lavoro, è in uso la formula del metodo inversamente proporzionale:

Punteggio attribuito = (Prezzo più basso offerto/Prezzo offerto in esame) * Punteggio Offerta Economica.

Questa formula assume in riferimento il valore assoluto del prezzo offerto e, pur non essendo prevista dal regolamento 2010 (d.p.r. n. 207/2010), ha trovato il suo fondamento nelle considerazioni sopra espresse in ordine alla sfera di discrezionalità riconosciuta alle stazioni appaltanti nella scelta delle formule matematiche da applicare.

Sull'utilizzabilità di tale formula si sono registrati orientamenti diversi.

Da un lato, vi è chi l'ha censurata in quanto non consente di attribuire tutto il differenziale di punteggio disponibile (dunque finirebbe per rendere totalmente ininfluenza l'offerta economica, riducendo il possibile scarto tra il minimo e il massimo ribasso).

Per converso, in applicazione del ricordato indirizzo secondo cui le stazioni appaltanti godono di ampia discrezionalità nella scelta delle formule matematiche, con il solo limite della manifesta illogicità, il Consiglio di Stato, quando ha avuto occasione di esprimersi su tale formula, ha ritenuto che questa «assicura, al di là di ogni ragionevole dubbio, un differenziale adeguato, logico e ragionevole tra le offerte, garantendo un significativo rapporto proporzionale in grado di determinare [...] un notevole differenziale di punteggio allorché l'offerta economica migliore sia significativamente inferiore alla base d'asta. In definitiva, la discrezionalità utilizzata dall'amministrazione appaltante nella scelta della contestata formula matematica per l'attribuzione del punteggio alle offerte economiche in gare non risulta macroscopicamente affetta da irragionevolezza, illogicità, ingiustizia manifesta o arbitrarietà».

Occorre peraltro precisare che, secondo il giudice amministrativo, il metodo della proporzionalità inversa «non conduce a risultati abnormi o manifestamente ingiusti per l'attribuzione dei punteggi degli elementi della parte economica dell'offerta, perché i valori maggiori offerti possono attenuare l'effetto non proporzionale del risultato conseguito».

3. LE FASI DELL'EVIDENZA PUBBLICA: IL CICLO DI VITA DEL CONTRATTO

Questa formula, che è prevista fra quelle impiegabili per l'assegnazione del punteggio al prezzo offerto nell'ambito degli acquisti sul Mepa, «assegna un punteggio inversamente proporzionale al prezzo offerto, con coefficiente di proporzionalità dato dal prezzo più basso offerto in gara. La pendenza della curva (e, dunque, le differenze di punteggi attribuiti) è minore rispetto a quella della formula lineare alla migliore offerta, fatto salvo per casi particolari in cui i ribassi offerti risultino molto elevati (superiori al 50% rispetto alla base d'asta). In conseguenza, di ciò, questa formula induce minori differenze tra i punteggi attribuiti e, dunque, minore competizione sul prezzo».

Formula n. 4

Infine, l'obiettivo di non «premiare» ribassi alti può essere perseguito con l'utilizzo di formule di tipo non lineare.

A titolo esemplificativo, la formula può essere del tipo:

$$V_i = \left(\frac{R_i}{R_{max}} \right)^\alpha$$

Con:

R_i = ribasso offerto dal concorrente i -esimo

R_{max} = ribasso massimo offerto in gara

α = coefficiente > 0

Impiegando valori del coefficiente alfa inferiori a 1 si scoraggiano i ribassi elevati.

Parte seconda

La tutela dei lavoratori nei contratti pubblici

1.

Il quadro normativo eurounitario

1.1. Il Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea, la Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea e la posizione della Commissione europea

La tutela dei lavoratori nel diritto eurounitario vigente trova il suo presupposto nel Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea che all'articolo 9 espressamente prevede: «*Nella definizione e nell'attuazione delle sue politiche e azioni, l'Unione tiene conto delle esigenze connesse con la promozione di un elevato livello di occupazione, la garanzia di un'adeguata protezione sociale, la lotta contro l'esclusione sociale e un elevato livello di istruzione, formazione e tutela della salute umana*». In sostanza le azioni e le politiche dell'Unione europea sono orientate e tengono a riferimento il lavoro, la protezione sociale, la tutela della salute.

In maniera specifica, la Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea, entrata in vigore il 1° dicembre 2009, consolida quanto espresso dal richiamato articolo 9 del Tfeue e, con particolare riferimento alle questioni afferenti al mondo del lavoro, ricomprende fra i diritti fondamentali:

- il diritto di lavorare;
- il diritto dei lavoratori all'informazione e alla consultazione;
- il diritto dei lavoratori e dei datori di lavoro di negoziare e di concludere contratti collettivi;
- il diritto di sciopero;
- la tutela dei lavoratori verso licenziamenti ingiustificati, a prestare l'attività in condizioni di lavoro sane, sicure e dignitose;
- il diritto a una limitazione della durata massima del lavoro, a periodi di riposo giornalieri e settimanali e a ferie annuali retribuite;
- il divieto del lavoro minorile e il diritto per i giovani ammessi al lavoro di beneficiare di condizioni di lavoro appropriate alla loro età ed essere protetti contro lo sfruttamento economico o contro ogni lavoro che possa minarne la sicurezza, la salute, lo sviluppo fisico, psichico, morale o sociale o che possa mettere a rischio la loro istruzione.

La Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea ha cura di soffermarsi

sul tema della libertà di iniziativa economica; in particolare, il tema del riconoscimento della libertà di impresa¹ è posto di seguito all'esplicitazione del diritto di lavorare e della libertà professionale², quasi a volere affermare come la «libertà di impresa» sia una *species* nel *genus* «attività lavorativa», attraverso la quale, tutti i cittadini dell'Unione contribuiscono alla crescita economica e sociale, elevano il loro benessere e realizzano la dignità della persona.

La Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea precisa che la libertà di impresa viene riconosciuta «conformemente al diritto dell'Unione europea e alle legislazioni e prassi nazionali»; risulta, pertanto, codificato il principio per cui il diritto eurounitario e quello interno sono fonti di regolazione della libertà di impresa stessa. Come sopra espresso, la collocazione della disposizione normativa sulla libertà di impresa, che segue quella relativa al riconoscimento del «diritto di lavorare» – a sua volta basato sul presupposto che le condizioni di lavoro sono definite (*dagli Stati*) – si traduce in un richiamo al rispetto generalizzato delle regole e delle condizioni di lavoro (*applicabili ai sensi del diritto interno e dell'Unione*) che definiscono il limite all'esercizio dell'attività di impresa che, pur riconosciuto fra i Diritti Fondamentali dell'Unione, non può incondizionatamente esercitarsi.

Le disposizioni del Trattato relative alle tutele del lavoro e dei lavoratori devono essere, in ogni caso, interpretate, nonché trovare attuazione, nel rispetto dei principi dell'Unione europea della «libera circolazione dei servizi» (articolo 56 Tfu) e della «concorrenza» (artt. 101 e ss. Tfu), considerati essenziali nell'attuazione del processo di integrazione europea, in quanto deve essere consentito alle imprese di competere, a parità di condizioni, sui mercati di tutti gli Stati membri. Nel proseguo verranno affrontate, nel dettaglio, la portata dei principi sopra richiamati, le indicazioni e le misure, anche recenti, adottate dall'Unione europea per rendere effettiva la tutela del lavoro e dei lavoratori nel rispetto dell'ordinamento europeo ed interno.

È utile conoscere, *in primis*, la posizione delle istituzioni dell'Unione in merito alle questioni di carattere «sociale» che interessano tutti i cittadini; la Commissione europea ha, in particolare, presentato, nell'ambito dei documenti tematici annunciati nel Libro Bianco sul futuro dell'Europa³, il Documento di riflessione

¹ *Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea* – Articolo 16 «Libertà d'impresa» – È riconosciuta la libertà d'impresa, conformemente al diritto dell'Unione e alle legislazioni e prassi nazionali.

² *Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea* – Articolo 15 «Libertà professionale e diritto di lavorare» – 1. Ogni persona ha il diritto di lavorare e di esercitare una professione liberamente scelta o accettata. 2. Ogni cittadino dell'Unione ha la libertà di cercare un lavoro, di lavorare, di stabilirsi o di prestare servizi in qualunque Stato membro. 3. I cittadini dei paesi terzi che sono autorizzati a lavorare nel territorio degli Stati membri hanno diritto a condizioni di lavoro equivalenti a quelle di cui godono i cittadini dell'Unione.

³ https://eur-lex.europa.eu/content/news/white_paper.html.

1. IL QUADRO NORMATIVO EUROUNITARIO

sulla dimensione sociale dell'Europa (Ce) – Bruxelles 26.4.2017 Com(2017) 206⁴ final – ove vengono definiti gli obiettivi dell'Europa al 2025. Nel suddetto documento, si legge espressamente: «*Il miglioramento delle condizioni di lavoro e del tenore di vita e la promozione dell'uguaglianza di genere sono obiettivi centrali dell'Ue da quando i trattati di Roma hanno sancito, nel 1957, il principio della parità retributiva tra donne e uomini. Da allora, lo sviluppo di una dimensione sociale è andato di pari passo con l'approfondimento del mercato unico e del concetto di cittadinanza europea, garantendo la parità di condizioni e i diritti essenziali in tutti i paesi.*».

Individuare la posizione dell'Unione europea sulle tematiche del lavoro e delle tutele dei lavoratori è fondamentale per poter inquadrare le questioni che ruotano intorno al tema che coinvolge, necessariamente, ma non solo, le questioni afferenti alle clausole sociali, per come sono disciplinate all'articolo 57⁵ del nuovo Codice dei contratti pubblici, con particolare riferimento alla stabilità occupazionale del personale impiegate. Le clausole sociali, per loro peculiarità, rappresentano strumenti che possono, stante l'evoluzione registrata dalla Commissione con il Documento 26.4.2017 Com(2017) 206, tutelare la «*dimensione sociale*» dei lavoratori intesa, soprattutto come stabilità del rapporto del lavoro, fermo, almeno, un determinato livello di erogazione dei servizi. Occorre, innanzi tutto tenere in considerazione due aspetti essenziali, più volte ribaditi dalla Commissione, che sono da ricercarsi «*nell'incremento del settore dei servizi*» e «*nella dimensione del mercato pubblico dei servizi*», soggetto a cambi di gestione conseguenti all'effettuazione di idonee procedure di scelta del contraente svolte ai sensi:

- della direttiva 2014/23/Ue del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione;
- della direttiva 2014/24/Ue del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici;
- della direttiva 2014/25/Ue del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali.

⁴ https://eur-lex.europa.eu/content/news/social_package.html?locale=it.

⁵ Le clausole sociali, nella formulazione dell'articolo 57 del d.lgs. 36/2023, sono qualificate come requisiti necessari dell'offerta e si riferiscono: alle misure orientate a garantire le pari opportunità generazionali, di genere e di inclusione lavorativa per le persone con disabilità o svantaggiate; alla stabilità occupazionale del personale impiegato, all'applicazione di contratti collettivi stipulati dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e di quelli il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto dall'impresa anche in maniera prevalente; alla garanzia di riservare ai lavoratori in subappalto, rispetto ai dipendenti dell'appaltatore, le stesse tutele economiche e normative per e contro il lavoro irregolare.

BOX DI SINTESI

Il Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea all'articolo 9 prevede che *«Nella definizione e nell'attuazione delle sue politiche e azioni, l'Unione tiene conto delle esigenze connesse con la promozione di un elevato livello di occupazione, la garanzia di un'adeguata protezione sociale, la lotta contro l'esclusione sociale e un elevato livello di istruzione, formazione e tutela della salute umana».*

La Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea, consolida quanto espresso dal Tfu. Questa sembra configurare la «libertà di impresa» come una species nel genus di «attività lavorativa»: «il diritto di lavorare» – le cui condizioni sono definite dagli stati membri – costituisce un limite al diritto di impresa che non può, dunque, esercitarsi incondizionatamente.

Nel **Documento di riflessione sulla dimensione sociale dell'Europa** (Ce) – Bruxelles 26.4.2017 Com(2017) la Commissione afferma che *«Il miglioramento delle condizioni di lavoro e del tenore di vita e la promozione dell'uguaglianza di genere sono obiettivi centrali dell'Ue da quando i trattati di Roma hanno sancito, nel 1957, il principio della parità retributiva tra donne e uomini. Da allora, lo sviluppo di una dimensione sociale è andato di pari passo con l'approfondimento del mercato unico e del concetto di cittadinanza europea, garantendo la parità di condizioni e i diritti essenziali in tutti i paesi».* La Commissione prende, altresì, atto di una serie di mutamenti (soprattutto derivanti dal progresso tecnologico) che avranno un impatto determinante e cambieranno significativamente i modelli lavorativi.

Individuare la posizione dell'Unione europea sulle questioni del lavoro e delle tutele ai lavoratori è fondamentale per poter inquadrare le questioni che ruotano intorno al tema delle clausole sociali e di salvaguardia della stabilità occupazionale.

1.2. La direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici che abroga la direttiva 2004/18/CE

Tutte le direttive sopra richiamate contengono riferimenti espliciti sulla necessità di rafforzare la tutela di valori e il perseguimento di obiettivi di rilievo sociale. In questa sede verranno analizzate le disposizioni contenute nella direttiva 2014/24/UE relativa agli appalti pubblici, evidenziando, in particolare:

- il considerando (1) ai sensi del quale l'aggiudicazione degli appalti pubblici 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;
- il considerando (2) ai sensi del quale si riconosce che gli appalti pubblici costituiscono uno degli strumenti basati sul mercato necessari alla realizzazione di una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva;
- il considerando (37) ai sensi del quale, *«in vista di un'adeguata integrazione dei requisiti in materia ambientale, sociale e di lavoro nelle procedure di appalto pubblico, è particolarmente importante che gli Stati membri e le amministrazioni aggiudicatrici adottino misure pertinenti per garantire il rispetto degli obblighi in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro che si applicano nel luogo in cui i lavori sono eseguiti o i servizi forniti e derivanti da leggi, regolamenti, decreti e decisioni, adottati sia a livello nazionale che dell'Unione, e da contratti collettivi purché tali norme, nonché la loro applicazione, siano conformi al diritto dell'Unione. Parimenti, durante l'esecuzione di un appalto dovrebbero essere applicati gli obblighi derivanti da accordi internazionali ratificati da tutti gli Stati membri ed elencati nell'allegato X. Tuttavia, ciò non dovrebbe in alcun modo impedire l'applicazione di condizioni di lavoro e di occupazione che siano più favorevoli ai lavoratori»*;
- il considerando (39) ai sensi del quale, negli appalti pubblici, dovrebbero trovare spazio clausole che assicurino il rispetto dei contratti collettivi, in conformità del diritto dell'Unione e il cui mancato rispetto potrebbe considerarsi quale illecito professionale;
- il considerando (40) ai sensi del quale risulta opportuno che la vigilanza sull'osservanza delle disposizioni in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro sia svolta in tutte le fasi della procedura d'appalto, nell'applicare i principi generali che disciplinano la selezione dei partecipanti e l'aggiudicazione dei contratti, nell'applicare i criteri di esclusione e le disposizioni riguardanti le offerte anormalmente basse;
- il considerando (99) ai sensi del quale possono essere oggetto dei criteri di aggiudicazione o delle condizioni di esecuzione dell'appalto anche misure di tutela della salute del personale coinvolto nei processi produttivi, misure di promozione dell'integrazione sociale di persone svantaggiate o di membri di

gruppi vulnerabili nel personale incaricato dell'esecuzione dell'appalto o misure di promozione della formazione riguardante le competenze richieste per l'appalto, purché riguardino i lavori, le forniture o i servizi oggetto dell'appalto. Per esempio, tali criteri o condizioni potrebbero riferirsi, tra l'altro, all'assunzione di disoccupati di lunga durata, all'attuazione di azioni di formazione per disoccupati o giovani nel corso dell'esecuzione dell'appalto da aggiudicare;

- il considerando (103) in riferimento alle offerte che appaiono anormalmente basse si esprime verso un rifiuto dell'offerta stessa nei casi in cui il prezzo o i costi anormalmente bassi proposti risultano da una non conformità con il diritto vincolante dell'Unione o con il diritto nazionale con esso compatibile nei settori della previdenza sociale, del diritto del lavoro, del diritto ambientale o nelle disposizioni internazionali di diritto del lavoro.

La direttiva 2014/24/UE espressamente riporta:

- articolo 18, comma 2: «*Gli Stati membri adottano misure adeguate per garantire che gli operatori economici, nell'esecuzione di appalti pubblici, rispettino gli obblighi applicabili in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dal diritto dell'Unione, dal diritto nazionale, da contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro elencate nell'allegato X⁶*»;
- articolo 67, comma 2: «*L'offerta economicamente più vantaggiosa dal punto di vista dell'amministrazione aggiudicatrice è individuata sulla base del prezzo o del costo, seguendo un approccio costo/efficacia, quale il costo del ciclo di vita conformemente all'articolo 68, e può includere il miglior rapporto qualità/prezzo, valutato sulla base di criteri, quali gli aspetti qualitativi, ambientali e/ o sociali, connessi⁷ all'oggetto dell'appalto pubblico in questione...*»;
- articolo 70: «*Le amministrazioni aggiudicatrici possono esigere condizioni particolari in merito all'esecuzione dell'appalto, purché collegate all'oggetto dell'appalto ai sensi dell'articolo 67, paragrafo 3, e indicate nell'avviso di indizione di una gara o nei documenti di gara. Dette condizioni possono comprendere considerazioni economiche, legate all'innovazione, di ordine ambientale, sociale o relative all'occupazione*».

⁶ Allegato X contiene l'elenco delle Convenzioni Internazionali in materia sociale e ambientale, si citano: la Convenzione OIL 87 sulla libertà d'associazione e la tutela del diritto di organizzazione, la Convenzione OIL 98 sul diritto di organizzazione e di negoziato collettivo, la Convenzione OIL 29 sul lavoro forzato, la Convenzione OIL 105 sull'abolizione del lavoro forzato, la Convenzione OIL 138 sull'età minima, la Convenzione OIL 111 sulla discriminazione nell'ambito del lavoro e dell'occupazione, la Convenzione OIL 100 sulla parità di retribuzione, la Convenzione OIL 182 sulle peggiori forme di lavoro infantile.

⁷ Ai sensi della direttiva, i criteri di aggiudicazione sono considerati connessi all'oggetto dell'appalto pubblico ove riguardino lavori, forniture o servizi da fornire nell'ambito di tale appalto sotto qualsiasi aspetto e in qualsiasi fase del loro ciclo di vita, compresi fattori coinvolti:

- nel processo specifico di produzione, fornitura o scambio di questi lavori, forniture o servizi;
- in un processo specifico per una fase successiva del loro ciclo di vita.

1. IL QUADRO NORMATIVO EUROUNITARIO

In relazione alla previsione di cui all'articolo 18 comma 2, nella stessa direttiva 2014/24/UE si riscontrano una serie di disposizioni normative che consentono alle «amministrazioni aggiudicatrici», in caso di accertata non soddisfazione o mancato rispetto degli obblighi ivi indicati, di non aggiudicare un appalto (articolo 56, comma 1), di escludere un operatore economico dalla procedura di scelta del contraente (articolo 57, comma 4, lett. a), di respingere l'offerta anormalmente bassa in funzione del mancato rispetto degli obblighi in parola (articolo 69, comma 3, secondo capoverso).

BOX DI SINTESI

Il quadro giuridico rappresentato evidenzia come, a livello europeo, sia riscontrabile una particolare attenzione alle questioni afferenti alle tutele dei lavoratori: si registra la presenza di disposizioni dirette agli Stati membri che, dunque, sono chiamati a tenerne conto in occasione del recepimento della stessa direttiva 2014/24/UE e disposizioni dirette alle amministrazioni aggiudicatrici e come tali, di diretta ed immediata applicazione. Per quel che riguarda le disposizioni dirette agli Stati membri emerge, dalla direttiva in commento, la volontà dell'Unione europea di essere estremamente riguardosa degli ordinamenti interni degli Stati membri, limitandosi ad affermare, quale condizione di legittimità della normativa di recepimento della direttiva, la necessità del «*rispetto del Trattato*».

1. IL QUADRO NORMATIVO EUROUNITARIO

È indubbio come la direttiva 2014/24/UE, rispetto alla precedente direttiva in materia di appalti pubblici 2004/18/CE, apra degli spazi al possibile utilizzo di clausole di tutela dei lavoratori impiegati negli appalti, purtuttavia non risulta consentito alle stazioni appaltanti inserire disposizioni tese a gravare le imprese, comprese quelle stabilite in altri Stati membri, di oneri relativi al costo del lavoro non derivanti da disciplina normativa specifica o da altre fonti non valevoli *erga omnes*. In particolare, la direttiva 2014/24/UE, con il considerando (37), delinea l'importanza che gli Stati membri e le amministrazioni aggiudicatrici, al fine di addivenire un'adeguata integrazione dei requisiti in materia sociale e di lavoro nelle procedure di appalto pubblico, adottino misure pertinenti per garantire il rispetto degli obblighi in materia di diritto sociale e del lavoro derivanti da *«leggi, regolamenti, decreti e decisioni, adottati sia a livello nazionale che dell'Unione, e da contratti collettivi purché tali norme, nonché la loro applicazione, siano conformi al diritto dell'Unione»*. Si anticipa in questa sede, come il legislatore del 2023 abbia, in maniera sicuramente molto più incisiva e organica rispetto al legislatore del 2016, inteso occupare appieno lo spazio rimesso alla discrezionalità degli Stati membri in tema di tutela del lavoro che non è solo – come anticipato prima e come si tratterà, più approfonditamente, in seguito – riassorbimento dei lavoratori impiegati nell'appalto cessato. Questo per rimarcare un concetto basilare, cioè che non risulta percorribile, come auspicato a più riprese, di recepire, in Italia, la direttiva appalti con un semplice *«copia incolla»*. Chi afferma ciò, dimostra di non conoscere l'atto giuridico «direttiva» – che stabilisce un obiettivo e individua spazi, necessari, di regolazione, più o meno ampi, per gli Stati membri al fine di conseguire il risultato cui la direttiva stessa, imponendolo agli Stati membri, tende – e, più specificamente, di non conoscere la direttiva appalti del 2014 che, in maniera chiara e definita, individua ambiti necessari di regolazione per la fisiologica caratteristica degli appalti pubblici la cui disciplina investe una pluralità di settori, uno fra questi è, appunto, quello giuslavoristico. Recentemente l'Unione europea con la direttiva (UE) 2022/2041 del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 ottobre 2022 relativa a salari minimi adeguati nell'Unione europea, di cui si tratterà in seguito, è intervenuta ponendo l'attenzione su una materia che, fino a questo momento non era stata, almeno espressamente, oggetto di armonizzazione.

Ecco la novità più importante sul tema: il legislatore interno rende esplicita la consapevolezza che la fonte della disciplina in materia di diritto sociale e del lavoro debba essere, al fine di renderlo compatibile con il diritto europeo, di rango primario o secondario e che, comunque, abbia, quantomeno valenza di provvedimento, anche pattizio, di natura generale applicabile *«erga omne»*. Sul tema si anticipa che, a parere di chi scrive, per mettere al riparo la legislazione del 2023 contenuta nel Codice dei contratti pubblici da possibili richiami sul rispetto del Trattato e della direttiva appalti da parte dell'Unione

europea, occorrerebbe definire, con legge la soglia di salario minimo, attuando, appieno, la direttiva 2022/2041/Ue, di cui si dirà, approfonditamente, in seguito. Si evidenzia, a tal proposito, sempre ai sensi del richiamato considerando (37), che durante l'esecuzione di un appalto dovrebbero essere applicati gli obblighi derivanti da accordi internazionali ratificati da tutti gli Stati membri ed elencati «nell'allegato X», senza impedire l'applicazione di condizioni di lavoro e di occupazione più favorevoli ai lavoratori. Viene altresì esplicitato che le misure pertinenti dovrebbero essere applicate in conformità ai principi fondamentali del diritto dell'Unione, in particolare per garantire «parità di trattamento». Le suddette «misure pertinenti» devono applicarsi «conformemente alla direttiva 96/71/CE» del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 1996, relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi e, in ogni caso, in modo da garantire «parità di trattamento» e «non discriminazione», diretta o indiretta, degli operatori economici di altri Stati membri. I richiami contenuti nella direttiva 2014/24/Ue agli accordi internazionali riportati nell'allegato X – al cui rispetto espressamente rinvia l'articolo 18, comma 2 – e alla direttiva del 1996 relativa al distacco dei lavoratori sono di notevole importanza per individuare l'ambito oggettivo di operatività della disciplina in materia di tutele al lavoro e ai lavoratori.

È necessario precisare che l'allegato X alla direttiva 2014/24 – sopra richiamato e contenente l'elenco delle convenzioni Oil⁸, cioè delle convenzioni e disposizioni internazionali in materia di lavoro – non riporta la Convenzione Oil «C94 Convenzione sulle clausole di lavoro nei contratti stipulati da un'autorità pubblica – 1949». Ai sensi della suddetta Convenzione 94/49, in tutti i contratti stipulati da un'autorità pubblica, che comportino utilizzo di fondi pubblici, utilizzo di lavoratori e il cui oggetto sia esecuzione di opere o di servizi devono essere riportate clausole che garantiscano, ai lavoratori interessati, salari (incluse indennità), durata di lavoro e altre condizioni di lavoro non meno favorevoli di quelle stabilite per un lavoro dello stesso genere nella professione o nell'industria interessate della stessa regione, come risultanti da contratti collettivi fra organizzazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori che rappresentino, rispettivamente, una proporzione considerevole dei datori di lavoro e dei lavoratori della professione o dell'industria interessate. In sostanza, il mancato richiamo della Convenzione Oil 94/49, che si riferisce espressamente ai contratti collettivi non aventi efficacia *erga omnes*, nell'allegato X della direttiva 2014/24/Ue, comporta l'assenza di un chiaro ed espresso riconoscimento di condizionare l'affidamento di un appalto anche al rispetto di contratti collettivi privi di efficacia generale. Le

⁸ Oil è un'agenzia specializzata delle Nazioni Unite costituita per promuovere la giustizia sociale e il lavoro dignitoso.

1. IL QUADRO NORMATIVO EUROUNITARIO

Convenzioni Oil sono state qualificate dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea quali strumenti interpretativi delle norme europolitane senza diretta rilevanza nell'ordinamento; pertanto, in assenza di un espresso richiamo della Convenzione Oil operato da una norma dell'Unione le disposizioni ivi contenute non sono direttamente efficaci nell'ordinamento dell'Unione stessa. Come, autorevolmente sostenuto in dottrina⁹, già prima dell'entrata in vigore del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, in assenza di esplicito riconoscimento del legislatore europeo della possibilità di subordinare l'aggiudicazione di un appalto al rispetto di contratti collettivi, privi di efficacia generale, pone in risalto l'incertezza, per quanto riguarda l'ordinamento italiano, che detta subordinazione possa essere legittimamente prevista stante l'assenza di efficacia generale che caratterizza la configurazione giuridica del contratto collettivo nazionale di lavoro a causa della mancata attuazione dell'articolo 39 della Costituzione. Come meglio si dirà infra la questione «*interna*», connessa con l'assenza di efficacia *erga omnes* dei contratti collettivi nazionali di lavoro, se è stata affrontata, in sede di primo recepimento della direttiva 2014/24/UE, operato con il decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50 dal legislatore nazionale e in sede interpretativa, tanto dalla giurisprudenza quanto dall'Autorità nazionale anticorruzione con le Linee Guida 13 con riferimento alle clausole sociali, oggi, con l'entrata in vigore del decreto legislativo 31 marzo 2023 n. 36, assume dei connotati molto diversi. Il tema si fa ancora più interessante perché le clausole sociali, così come disciplinate dal nuovo Codice dei contratti pubblici, investono questioni molto più estese, tra le quali l'applicazione del contratto collettivo così detto *leader*, poiché stipulato da associazioni sindacali e datoriali maggiormente rappresentative. Quanto l'operazione attuata dal legislatore del 2023 in tema di ampliamento della definizione di clausole sociali, tradizionalmente definite clausole di riassorbimento, sia compatibile con il diritto europeo si svelerà nel tempo, quello che in questa sede merita precisare è il presupposto legittimante delle clausole sociali individuato nell'articolo 70 della vigente direttiva sugli appalti pubblici, specificatamente nella parte in cui si prevede che le amministrazioni aggiudicatrici possano esigere condizioni particolari in merito all'esecuzione dell'appalto, che possono comprendere considerazioni economiche, legate all'innovazione, di ordine ambientale, sociale o relative all'occupazione.

⁹ V. Santoro e altri (a cura di), *Regole e Mercato*, Giappichelli, Torino, ed. 2016, Tomo I; il commento è tratto da un'analisi della Prof.ssa Franca Borgogelli, p. 119.

1.3. La posizione della Corte di Giustizia dell'Unione europea in relazione alle tutele del lavoro e dei lavoratori con riferimento agli appalti pubblici e alla normativa in materia di distacco dei lavoratori

Prima di ultimare la disamina del diritto dell'Unione europea sulle questioni della tutela del lavoro e dei lavoratori negli appalti pubblici è utile, per completezza, soffermarsi su alcuni arresti della Corte di Giustizia dell'Unione europea che – sebbene non abbiano relazione diretta con la direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici (o sulla precedente direttiva 2004/18/CE), in quanto interessano la direttiva 96/71/CE sul distacco dei lavoratori in altri Paesi dell'Unione – forniscono la visione della Corte sulle questioni concernenti le tutele di che trattasi. La lettura dei diversi arresti giurisprudenziali, stante il novellato disposto normativo interno sugli appalti pubblici, impone un approccio differente rispetto a quello che era necessario tenere in vigore dell'abrogato Codice. Rispetto alla pubblicazione del 2020, quello che è profondamente mutato è il ruolo che, per legge, viene assegnato ai contratti collettivi stipulati dalle associazioni sindacali e datoriali maggiormente rappresentativi. Non desterebbe stupore acquisire la certezza che la Commissione composta da autorevoli esponenti del Consiglio di Stato abbia tenuto, nella stesura della bozza di Codice sulla base dell'incarico conferito dal Governo del tempo, in debito conto la posizione della Corte di Giustizia dell'Unione per proporre la disciplina come ora codificata. Merita analizzare i vari arresti:

- Sentenza Ruffert – Corte di Giustizia, 3 aprile 2008, *C-346/06*, *Eu:C:2008:189*, il Land Bassa Sassonia assegnava, in seguito a pubblica gara, un appalto di lavori e prevedeva nel contratto stipulato con l'esecutore, in ottemperanza ad una legge adottata dallo Land stesso, l'impegno a rispettare i contratti collettivi e, più specificamente, quello di corrispondere ai lavoratori impiegati nel cantiere, inclusi quelli dell'impresa subappaltatrice, almeno il salario minimo vigente nel luogo dell'esecuzione in base al contratto collettivo denominato «settore edilizio». L'appaltatore affidava lavori in subappalto ad un'impresa stabilita in Polonia che impiegava, nel cantiere, lavoratori cui veniva corrisposto un salario inferiore a quello previsto dal contratto collettivo indicato dalla stazione appaltante. L'amministrazione committente risolveva il contratto stipulato per non avere, l'appaltatore principale, adempiuto obbligo di applicare (e far applicare al subappaltatore) il contratto collettivo «settore edilizio» a *«tutti i lavoratori impiegati nel cantiere»*. Si instaurava un contenzioso, tra le parti, a seguito della intervenuta risoluzione contrattuale, in relazione al quale il giudice competente riteneva necessario, per dirimere la questione, definire se la legge del Land Bassa Sassonia dovesse essere o meno disapplicata in quanto incompatibile con il principio della *«libera di prestazione di servizi»*. Il giudice del rinvio, in particolare, si interrogava

1. IL QUADRO NORMATIVO EUROUNITARIO

sulla questione se l'obbligo di rispettare la contrattazione collettiva potesse essere giustificato da ragioni imperative d'interesse generale e, segnatamente, se siffatto obbligo non andasse oltre quanto necessario per la tutela dei lavoratori, rappresentando una ingiustificata restrizione della libera prestazione dei servizi ai sensi del Trattato. La Corte di Giustizia affrontava la questione partendo dalla direttiva 96/71/Ce e in particolare dalla disposizione normativa ivi contenuta ai sensi della quale ai lavoratori distaccati, con riferimento a quelli impiegati nell'edilizia, vanno garantite condizioni di lavoro e di occupazione, tra le quali sono espressamente ricomprese le tariffe salariali, che risultino fissate da «*disposizioni legislative, regolamentari o amministrative, e/o da contratti collettivi o da arbitrati dichiarati di applicazione generale*». La Corte riscontrava, per un verso che la legge del Land Bassa Sassonia non individuava una tariffa salariale, bensì rinviava al contratto collettivo settore edilizio che risultava essere «*un contratto collettivo non dichiarato di applicazione generale*» ai sensi della legislazione tedesca e per altro verso che la suddetta legge si applicava esclusivamente agli appalti pubblici, condizione questa che non permetteva di individuare la ratio della norma nella «*tutela dei lavoratori*», in quanto circoscritta ai soli lavoratori impiegati in un pubblico appalto. La Corte di Giustizia dell'Unione europea ha risolto la questione dichiarando l'incompatibilità alla direttiva 97/71/Ce e al Trattato, con particolare riferimento al principio della libertà di prestazione dei servizi, di una legge che condiziona l'aggiudicazione di un appalto pubblico al rispetto del contratto collettivo territoriale privo di efficacia generale;

- Sentenza Laval, 18 settembre 2007, C-341/05 – con la quale la Corte di Giustizia dell'Unione europea aveva espressamente sancito la possibilità, a disposizione degli Stati membri, di determinare le condizioni di lavoro e di occupazione applicabili a tutti i lavoratori, anche a quelli distaccati, ivi compresi i minimi salariali purché siano previste in disposizioni legislative, regolamentari o amministrative, contratti collettivi o decisioni arbitrali dichiarati di applicazione generale. A tal proposito i giudici eurounitari hanno definito i contratti collettivi di applicazione generali individuandoli in quelli «*che devono essere rispettati da tutte le imprese appartenenti all'ambito di applicazione*»;

- Sentenza Regiopost, 17 novembre 2015, Causa C-115/14 – la Corte di Giustizia dell'Unione europea aggiunge un ulteriore elemento, cioè la correlazione delle questioni afferenti alla libera prestazione dei servizi con la direttiva 2004/18/Ue, abrogata dalla direttiva 24/2014/Ue, relativa agli appalti pubblici. La questione sottoposta all'attenzione dei giudici europei riguardava un appalto pubblico per i servizi postali della città tedesca di Landau e in particolare la previsione, riportata nella documentazione di gara, che il fornitore era obbligato a rispettare e a far rispettare agli eventuali subappaltatori la legge del Land Rheinland-Pfalz (Renania-Palatinato) diretta a garantire il rispetto dei contratti collettivi e del salario minimo nell'aggiudicazione degli appalti pubblici, salario minimo

che veniva espressamente quantificato e individuato nella legge stessa. La società Regiopost contestava la legittimità di una tale previsione, sia in primo grado che in appello, dopo sentenza sfavorevole al ricorrente da parte del giudice di prime cure. Il giudice dell'appello, però, rimetteva la questione alla Corte di Giustizia dell'Unione europea rilevando che, per la soluzione di tale controversia, era necessario stabilire se dovesse disapplicarsi la legge del Land Renania-Palatinato in quanto incompatibile con il diritto dell'Unione. Il giudice del rinvio riteneva di *«non essere in grado di verificare tale compatibilità, anche tenuto conto della giurisprudenza della Corte e in particolare della sentenza Rüffert (C-346/06, Eu:C:2008:189)»*. La sentenza Rüffert, sopra richiamata, condizionava la valutazione del giudice tedesco che comunque, nel provvedimento stesso di rinvio, rilevava già una fattispecie diversa da quella affrontata, precedentemente, dai giudici europei in quanto, per un verso, la società Regiopost era un'impresa tedesca e, per altro verso, il rispetto di una serie di condizioni derivava da una disposizione di legge, pertanto di efficacia generale, che direttamente fissava il salario minimo. La necessità di investire la Corte di Giustizia, ad avviso del giudice del rinvio, risiedeva nella possibilità che una legge potesse imporre un salario minimo senza incorrere nella violazione del principio della libera circolazione dei servizi sancito dal Trattato. Sul punto infatti viene esplicitato nella sentenza Regiopost che una disposizione di legge, *«per il fatto che prevede l'obbligo per qualsiasi offerente e subappaltatore di impegnarsi nei confronti dell'autorità giudicatrice a versare un salario minimo determinato dalla legge al personale assegnato all'esecuzione dell'appalto pubblico di cui trattasi, deve essere qualificata come «condizione particolare in merito all'esecuzione dell'appalto» basata su «considerazioni sociali» ai sensi dell'articolo 26»* della direttiva 2004/18/Ce. Si legge, inoltre, nella sentenza, per rimarcare la sostanziale differenza con il caso Rüffert, che la disposizione del salario minimo contenuta nella legge del Land Renania-Palatinato si qualifica come *«disposizione legislativa»* che prevede una *«tariffa minima salariale»* contrariamente alla legge del Land Bassa Sassonia che non conteneva tale previsione, bensì un mero rinvio ad un contratto collettivo privo di efficacia generale, oggetto della causa conclusasi, appunto, con la sentenza Rüffert (C-346/06, Eu:C:2008:189).

I giudici europei, nello statuire su questioni che interessano le tutele dei lavoratori, hanno basato il loro convincimento inquadrando le problematiche, loro sottoposte, dalla prospettiva del rispetto del principio della libera prestazione dei servizi. Per quanto possa scorgersi, da una lettura semplicistica delle posizioni contenute negli arresti della Corte di Giustizia dell'Unione europea, un arretramento dei diritti sociali e del lavoro rispetto al «mercato» vengono, in realtà, ben in evidenza una serie di condizioni che, se ben comprese e interpretate dagli stakeholders e dagli Stati ai fini di una codificazione nel diritto interno, sono la base per potere, legittimamente e conformemente al diritto europeo, definire degli standard sociali dei lavoratori non comprimibili, potendo tra questi

1. IL QUADRO NORMATIVO EUROUNITARIO

rientrare, finanche, la determinazione di tariffe salariali. Alla luce di questo breve excursus di alcune sentenze, ritenute particolarmente significative, si può trarre la conclusione, del resto sopra anticipata, che, al fine di mettere al riparo la riforma operata dal nuovo Codice dall'avvio di procedure di infrazioni europee, l'approvazione di una legge sul salario minimo porrebbe fine a qualsiasi dubbio in tema di compatibilità del diritto interno con il diritto eurounitario. A parere di chi scrive, stante il nesso logico-giuridico sussistente per le ragioni prima esposte, non connota particolare coerenza logica, il fatto che il medesimo legislatore che ha adottato il decreto legislativo 36/2023, molto innovativo e a tratti molto coraggioso per ciò che concerne il sistema di tutele dei lavoratori, non ritenga prioritario, oltre che condivisibile, un intervento normativo in tema di salario minimo.

BOX DI SINTESI

La Corte di Giustizia dell'Unione europea, con la sentenza Regiopost, ha legittimato una misura nazionale posta a tutela dei lavoratori e volta a contrastare fenomeni di aggiudicazione di appalti pubblici facendo leva, esclusivamente o in gran parte, sulle differenze salariali.

Alla luce del percorso fin qui rappresentato **si può sostenere come una normativa nazionale, anche tenendo a riferimento la direttiva 2022/2041/Ue**, adottata al fine di migliorare le condizioni di vita e di lavoro nell'Unione, in particolare l'adeguatezza dei salari minimi per i lavoratori al fine di contribuire alla convergenza sociale verso l'alto e alla riduzione delle disuguaglianze retributive **e che si applichi indistintamente a qualsiasi soggetto o impresa che eserciti un'attività sul territorio dello Stato membro interessato è rispondente ai principi del Trattato, anche se possono scaturire effetti restrittivi sulla libera prestazione di servizi, poiché risponde a un motivo imperativo d'interesse generale.**

Si ritiene che la definizione, per legge, del salario minimo metterebbe la parola fine a qualsiasi dubbio in tema di compatibilità del diritto interno con il diritto europeo circa il rinvio operato dal legislatore nazionale a disposizioni pattizie inserite in contratti collettivi privi di efficacia *erga omnes*.

Ritenendo di avere fornito elementi utili all'inquadramento della tutela del lavoro e dei lavoratori a livello europeo, merita fare un cenno alla riforma della direttiva 96/71/Ce, più volte citata, operata con la direttiva 2018/957/UE che, nel modificare le regole generali del distacco transnazionale, identifica un nuovo punto di equilibrio tra regole di mercato riscontrabili nel Trattato e norme di tutela del lavoro. Nella direttiva 2018/957/UE il legislatore europeo riconosce espressamente agli Stati un potere più ampio nel contrastare il *dumping* operato da imprese straniere sul loro territorio con il limite che non risulta ammissibile imporre alle imprese straniere obblighi che non sono tenuti a rispettare tutte le imprese nazionali. Viene, in particolare, previsto che ai lavoratori stranieri distaccati sul territorio di uno Stato membro spetta la medesima «retribuzione» spettante ai lavoratori nazionali, che va identificata con «*tutti gli elementi della retribuzione resi obbligatori dalla legge o dai contratti collettivi di efficacia generale*». Il legislatore europeo, codificando le pronunce della Corte di Giustizia dell'Unione europea, espressamente ammette, in quanto rispettosa dei principi del Trattato, l'individuazione di tariffe salariali minime operata da leggi dello stato o da contratti collettivi aventi efficacia generale. Con la direttiva 2041/2022/UE tale assunto è stato, compiutamente, codificato dal legislatore europeo.

Da ultimo merita porre l'attenzione sulla valenza e sui limiti delle clausole sociali aventi ad oggetto la stabilità occupazionale nell'appalto cessato. Vengono in evidenza due arresti della Corte di Giustizia dell'Unione:

- Sentenza 9.12.2004 – Causa C-460/02, con la quale è stata censurata la legittimità delle clausole sociali – tese alla tutela della continuità occupazionale nel settore dei servizi aeroportuali, in caso di successione fra appaltatori – previste dal legislatore italiano nel decreto legislativo 13 gennaio 1999, n. 18, «Attuazione della direttiva 96/67/Ce relativa al libero accesso al mercato dei servizi di assistenza a terra negli aeroporti della comunità». La Corte ha espressamente ritenuto che la previsione del d.lgs. 18/1999 «rende oltremodo difficile l'accesso ai mercati di assistenza a terra di nuovi prestatori di servizi, essendo questi ultimi tenuti a riassumere il personale impiegato dal precedente prestatore. Di conseguenza, si metterebbero in discussione l'uso razionale delle infrastrutture aeroportuali e la riduzione dei costi dei servizi implicati per gli utenti». Per completezza argomentativa, nella fattispecie, la Commissione europea aveva riscontrato, nella disciplina italiana, un forte impedimento «ai prestatori di servizi aspiranti ad accedere al mercato di cui trattasi di scegliere il proprio personale e conseguentemente il tipo di organizzazione dei servizi che intendono fornire per poter operare su tale mercato». La Commissione evidenziava inoltre, che la normativa italiana si poneva in contrasto con l'obiettivo della direttiva 96/67, oggetto del recepimento, da individuarsi propriamente nell'incoraggiare «la concorrenza in mercati precedentemente chiusi e di tipo monopolistico, riducendo i costi di esercizio delle compagnie aeree e migliorando la qualità dei servizi forniti agli utenti degli aeroporti». La Corte ha censurato

la disposizione legislativa italiana ed ha espressamente ritenuto che la previsione del d.lgs. 18/1999 *«rende oltremodo difficile l'accesso ai mercati di assistenza a terra di nuovi prestatori di servizi, essendo questi ultimi tenuti a riassumere il personale impiegato dal precedente prestatore. Di conseguenza, si metterebbero in discussione l'uso razionale delle infrastrutture aeroportuali e la riduzione dei costi dei servizi implicati per gli utenti»*;

▪ Sentenza 14. 7. 2005 – Causa C-386/03, avente ad oggetto la legge tedesca sul recepimento della direttiva 96/67 sempre con riferimento agli obblighi di riassunzione del personale confermando le posizioni della precedente sentenza del 2004. La Corte nel censurare le disposizioni idonee ad ostacolare l'ingresso, nei mercati, di nuovi prestatori di servizi e non solo quelle avente contenuto impositivo afferma: *«anche accogliendo la tesi del governo tedesco, secondo cui tale disposizione non comporta un obbligo assoluto di riassunzione dei lavoratori in tutti i casi di apertura del mercato dell'assistenza a terra a nuovi prestatori o utenti, resta il fatto che tale disposizione, per la sua stessa esistenza, consente agli enti gestori di aeroporti in Germania di esercitare una certa pressione sulle imprese o sugli utenti che intendono inserirsi in tale mercato, incitandoli a riassumere i lavoratori in attività dei servizi di assistenza a terra»*.

Dall'analisi delle sentenze sopra citate, si evince come i giudici europei censurino disposizioni legislative comportanti un obbligo generalizzato di riassunzione del personale utilizzato nell'appalto cessato, in quanto rendono più onerosa l'immissione di nuovi operatori economici nel settore interessato sfavorendoli rispetto alle imprese già stabilite e, conseguentemente, traducendosi una compressione ingiustificata del principio della concorrenza e della libera circolazione dei servizi. Il punto è dato dal bilanciamento tra la soddisfazione del fabbisogno, le tutele dei lavoratori e la tutela, effettiva, della concorrenza.

Si tratterà in seguito come il legislatore italiano, con il nuovo Codice, abbia risposto alle censure espresse dalla Corte di Giustizia prima richiamate, individuando, verosimilmente, una terza via in relazione alla quale si ritiene che si debba attendere per asseverare la piena legittimità e rispondenza ai principi europei. Certo è che ci troviamo di fronte ad un corpo normativo che pone molta attenzione sulle tutele dei lavoratori e amplia il contenuto delle clausole sociali, i cui capisaldi si riscontrano nell'obbligo applicazione ai lavoratori impiegati, a qualsiasi titolo nell'esecuzione di un appalto pubblico, di contratti collettivi stipulati da organizzazioni sindacali e datoriali maggiormente rappresentative; nella stabilità occupazionale; nelle misure tese ad agevolare la parità di genere, generazionale e l'inclusione di soggetti con disabilità e svantaggiati, nelle tutele per i lavoratori impiegati dai subappaltatori.

1.4. La direttiva (Ue) 2022/2041 del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 ottobre 2022 relativa a salari minimi adeguati nell'Unione europea

L'Unione europea, con l'adozione della direttiva 2022/2041/Ue, ha posto l'attenzione su un tema, fino ad oggi, non compiutamente disciplinato a livello sovranazionale che, così si legge nei considerando, si è reso necessario anche a seguito della pandemia Covid-19, la quale ha prodotto impatti significativi sul settore dei servizi, sulle micro e piccole imprese, in cui si registra un'alta percentuale di lavoratori che percepiscono un salario eccessivamente basso¹⁰. Sulla base di tale presupposto la direttiva al considerando (16) recita: «*Pertanto, i salari minimi sono importanti anche alla luce delle tendenze strutturali che stanno ridefinendo i mercati del lavoro e che sono sempre più caratterizzate da percentuali elevate di forme di lavoro precarie e atipiche, che comprendono spesso lavoratori a tempo parziale, stagionali, delle piattaforme e interinali. Tali tendenze hanno portato, in molti casi, a una maggiore polarizzazione del lavoro, con un conseguente aumento della percentuale di posti di lavoro e settori a bassa retribuzione o a bassa qualifica nella maggior parte degli Stati membri, come pure delle disuguaglianze salariali in alcuni di essi. Per i lavoratori con contratti atipici è più difficile organizzarsi e negoziare contratti collettivi*».

Il legislatore europeo registra una situazione critica e interviene con un atto giuridico, la direttiva appunto, che stabilisce l'obiettivo che i paesi dell'Ue devono conseguire, spettando ai singoli paesi definire, attraverso disposizioni nazionali di recepimento, le modalità specifiche per il suo conseguimento. La direttiva 2022/2041/Ue trova il suo presupposto nell'articolo 3 del Trattato sull'Unione europea (TUE)¹¹, nell'articolo 9 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea (TFUE)¹², nell'articolo 151 TFUE¹³, negli articoli 31, 28 e 23

¹⁰ Considerando (9): «*La povertà lavorativa nell'Unione è aumentata nell'ultimo decennio e un numero più elevato di lavoratori si trova in condizioni di povertà. Nei periodi di contrazioni economiche, il ruolo di salari minimi adeguati nella protezione dei lavoratori a basso salario è particolarmente importante, dato che tali lavoratori sono più vulnerabili alle conseguenze di tali periodi di contrazioni economiche, ed è essenziale per favorire una ripresa economica sostenibile e inclusiva che dovrebbe condurre a un aumento dell'occupazione di qualità. Per assicurare una ripresa sostenibile è essenziale che le imprese, in particolare le micro imprese e le piccole imprese, prosperino. Tenuto conto degli effetti della pandemia di Covid-19, è importante valutare l'adeguatezza dei salari nei settori a bassa retribuzione, che si sono dimostrati essenziali e di grande valore sociale durante la crisi*».

¹¹ Ai sensi dell'articolo 3 del TUE, l'Unione si prefigge, tra l'altro, di promuovere il benessere dei suoi popoli e adoperarsi per lo sviluppo sostenibile dell'Europa basato su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente, promuovendo nel contempo la giustizia sociale e la parità tra donne e uomini.

¹² Ai sensi dell'articolo 9 del TFUE, l'Unione tiene conto, tra l'altro, delle esigenze connesse con la promozione di un elevato livello di occupazione, la garanzia di un'adeguata protezione sociale e la lotta contro l'esclusione sociale.

¹³ L'articolo 151 TFUE, dispone che l'Unione e gli Stati membri, tenuti presenti i diritti sociali

della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea¹⁴, nella Carta sociale europea (Cse)¹⁵ nella quale è stabilito che tutti i lavoratori hanno diritto ad eque condizioni di lavoro, nonché nel capo II del pilastro europeo dei diritti sociali («pilastro»), proclamato a Göteborg il 17 novembre 2017¹⁶.

Risulta necessario, per meglio procedere con l'analisi della direttiva in argomento, riportare alcuni fra i consideranda più significativi:

(7) Migliori condizioni di vita e di lavoro, anche attraverso salari minimi adeguati ed equi, apportano vantaggi ai lavoratori e alle imprese dell'Unione, come pure alla società e all'economia in generale, e sono un presupposto fondamentale per conseguire una crescita equa, inclusiva e sostenibile. Colmare le grandi differenze nella copertura e nell'adeguatezza della tutela garantita dal salario minimo contribuisce a migliorare l'equità del mercato del lavoro dell'Unione, a prevenire e ridurre le disuguaglianze retributive e sociali e a promuovere il progresso economico e sociale e la convergenza verso l'alto. La concorrenza nel mercato interno dovrebbe essere basata su standard sociali elevati, tra cui un elevato livello di tutela dei lavoratori e la creazione di posti di lavoro di qualità, nonché su innovazione e miglioramenti della produttività che garantiscano nel contempo condizioni di parità.

fondamentali, quali quelli definiti nella Carta sociale europea (Cse), hanno come obiettivi, tra l'altro, la promozione dell'occupazione, il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro, che consenta la loro parificazione nel progresso, una protezione sociale adeguata e il dialogo sociale.

¹⁴ Negli articoli 31, 28, 23 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea sono, rispettivamente, sanciti: il diritto di ogni lavoratore a condizioni di lavoro sane, sicure e dignitose; il diritto dei lavoratori e dei datori di lavoro, o delle rispettive organizzazioni, conformemente al diritto dell'Unione e al diritto e alle prassi nazionali, di negoziare e di concludere contratti collettivi, ai livelli appropriati; il diritto alla parità tra donne e uomini in tutti i campi, compreso in materia di occupazione, di lavoro e di retribuzione.

¹⁵ Nella Carta sociale europea è riconosciuto il diritto di tutti i lavoratori ad un'equa retribuzione che assicuri a loro ed alle loro famiglie un livello di vita dignitoso. Riconosce inoltre il ruolo delle convenzioni collettive liberamente concluse e dei meccanismi legali di determinazione dei salari minimi al fine di garantire l'esercizio effettivo di tale diritto, il diritto di tutti i lavoratori e i datori di lavoro di organizzarsi in organizzazioni locali, nazionali e internazionali per la tutela dei loro interessi economici e sociali e il diritto di contrattazione collettiva.

¹⁶ Il Pilastro europeo dei diritti sociali stabilisce una serie di principi che fungono da guida per garantire condizioni di lavoro eque. Il principio 6 ribadisce il diritto dei lavoratori a una retribuzione equa che offra un tenore di vita dignitoso. Secondo tale principio devono inoltre essere garantiti salari minimi adeguati che soddisfino i bisogni dei lavoratori e delle loro famiglie in funzione delle condizioni economiche e sociali nazionali, salvaguardando nel contempo l'accesso al lavoro e gli incentivi alla ricerca di lavoro. Il principio ricorda infine che la povertà lavorativa deve essere prevenuta e che tutti i salari devono essere fissati in maniera trasparente e prevedibile, conformemente alle prassi nazionali e nel rispetto dell'autonomia delle parti sociali. Il principio 8 del pilastro prevede che le parti sociali siano consultate per l'elaborazione e l'attuazione delle politiche economiche, occupazionali e sociali nel rispetto delle prassi nazionali, e siano incoraggiate a negoziare e concludere contratti collettivi negli ambiti di loro interesse, nel rispetto della propria autonomia e del diritto all'azione collettiva.

1. IL QUADRO NORMATIVO EUROUNITARIO

(8) Se fissati a livelli adeguati, i salari minimi, quali previsti dal diritto nazionale o da contratti collettivi, proteggono il reddito dei lavoratori, in particolare dei lavoratori svantaggiati, e contribuiscono a garantire una vita dignitosa, in linea con gli obiettivi perseguiti dalla Convenzione n. 131 dell'Organizzazione internazionale del lavoro (Oil) del 1970 sulla fissazione del salario minimo. I salari minimi che garantiscono un tenore di vita dignitoso, e rispettano quindi una soglia di dignità, possono contribuire a ridurre la povertà a livello nazionale e a sostenere la domanda interna e il potere d'acquisto, a rafforzare gli incentivi al lavoro, a ridurre le disuguaglianze salariali, il divario retributivo di genere e la povertà lavorativa e a limitare il calo del reddito nei periodi di contrazioni economiche.

(12) Sebbene la tutela garantita dal salario minimo esista in tutti gli Stati membri, in alcuni di essi questa deriva da disposizioni legislative o amministrative e da contratti collettivi, mentre in altri viene fornita esclusivamente mediante contratti collettivi. È opportuno rispettare le diverse tradizioni nazionali degli Stati membri.

(16) Sebbene una solida contrattazione collettiva, in particolare a livello settoriale o intersettoriale, contribuisca ad assicurare una tutela garantita dal salario minimo adeguata, negli ultimi decenni le strutture tradizionali di contrattazione collettiva si sono indebolite, a causa, tra l'altro, di spostamenti strutturali dell'economia verso settori meno sindacalizzati e a causa del calo delle adesioni ai sindacati, in particolare come conseguenza di attività antisindacali e dell'aumento delle forme di lavoro precarie e atipiche. Inoltre, la contrattazione collettiva a livello settoriale e intersettoriale ha subito pressioni in alcuni Stati membri all'indomani della crisi finanziaria del 2008. Tuttavia, la contrattazione collettiva a livello settoriale e intersettoriale è un fattore essenziale per conseguire una tutela garantita dai salari minimi e deve pertanto essere promossa e rafforzata.

(18) Al fine di migliorare le condizioni di vita e di lavoro nonché la convergenza sociale verso l'alto nell'Unione, la presente direttiva stabilisce prescrizioni minime a livello dell'Unione, fissa obblighi procedurali per l'adeguatezza dei salari minimi legali e potenzia l'accesso effettivo dei lavoratori alla tutela garantita dal salario minimo sotto forma di salario minimo legale, laddove esista, o se prevista nei contratti collettivi quali definiti ai fini della presente direttiva. La presente direttiva promuove anche la contrattazione collettiva sulla determinazione dei salari.

(22) Il buon funzionamento della contrattazione collettiva sulla determinazione dei salari è uno strumento importante attraverso il quale garantire che i lavoratori siano tutelati da salari minimi adeguati che garantiscano quindi un tenore di vita dignitoso. Negli Stati membri in cui sono previsti salari minimi legali, la contrattazione collettiva sostiene l'andamento generale dei salari e contribuisce quindi a migliorare l'adeguatezza dei salari minimi, così come le condizioni di vita e di lavoro dei lavoratori. Negli Stati membri in cui la tutela garantita dal salario minimo è prevista esclusivamente mediante la contrattazione collettiva, il livello dei salari minimi e la percentuale dei lavoratori tutelati sono determinati

direttamente dal funzionamento del sistema di contrattazione collettiva e dalla copertura della contrattazione collettiva. Una contrattazione collettiva solida e ben funzionante, unita a un'elevata copertura dei contratti collettivi settoriali o intersettoriali, rafforza l'adeguatezza e la copertura dei salari minimi.

(24) In un contesto di diminuzione della copertura della contrattazione collettiva è essenziale che gli Stati membri promuovano la contrattazione collettiva, agevolino l'esercizio del diritto di contrattazione collettiva sulla determinazione dei salari e rafforzino in tal modo la determinazione dei salari prevista dai contratti collettivi al fine di migliorare la tutela garantita dal salario minimo dei lavoratori.

(26) Norme e procedure solide e prassi efficaci per la determinazione e l'aggiornamento dei salari minimi legali sono necessarie per garantire salari minimi adeguati ed equi, salvaguardando nel contempo le opportunità occupazionali esistenti e creandone di nuove, nonché assicurando la parità di condizioni e la competitività delle imprese, comprese le microimprese, le piccole imprese e le medie imprese (Pmi). Tali norme, procedure e prassi comprendono una serie di componenti atti a contribuire all'adeguatezza dei salari minimi legali, tra cui criteri volti ad orientare gli Stati membri nella determinazione e nell'aggiornamento dei salari minimi legali e indicatori per valutarne l'adeguatezza, aggiornamenti periodici e puntuali, l'esistenza di organi consultivi e il coinvolgimento delle parti sociali. Il coinvolgimento tempestivo ed efficace delle parti sociali nella determinazione e nell'aggiornamento dei salari minimi legali nonché nella definizione o nella modifica di meccanismi di indicizzazione automatica, se presenti, è un altro elemento di buona governance che consente un processo decisionale informato e inclusivo. Gli Stati membri dovrebbero fornire alle parti sociali informazioni pertinenti sulla determinazione e l'aggiornamento dei salari minimi legali. Concedere alle parti sociali la possibilità di formulare pareri e di ricevere una risposta motivata ai pareri espressi prima della presentazione di proposte sulla fissazione e l'aggiornamento dei salari minimi legali e prima dell'adozione di qualsiasi decisione, potrebbe contribuire a un adeguato coinvolgimento delle parti sociali in tale processo.

(28) I salari minimi sono considerati adeguati se sono equi rispetto alla distribuzione salariale dello Stato membro pertinente e se consentono un tenore di vita dignitoso ai lavoratori sulla base di un rapporto di lavoro a tempo pieno. L'adeguatezza dei salari minimi legali è determinata e valutata da ciascuno Stato membro tenendo conto delle proprie condizioni socioeconomiche nazionali, comprese la crescita dell'occupazione, la competitività e gli sviluppi regionali e settoriali. Ai fini di tale determinazione, gli Stati membri dovrebbero tenere conto del potere d'acquisto, dei livelli e degli sviluppi della produttività nazionale a lungo termine, nonché del livello dei salari, della loro distribuzione e della loro crescita [...] per determinare il costo della vita al fine di conseguire un tenore di vita dignitoso [...] Oltre alle necessità materiali quali cibo, vestiario e alloggio, si

potrebbe tener conto anche della necessità di partecipare ad attività culturali, educative e sociali [...] La valutazione potrebbe inoltre basarsi su valori di riferimento associati a indicatori utilizzati a livello nazionale, come il confronto tra il salario minimo netto e la soglia di povertà e il potere d'acquisto dei salari minimi.

(37) Sebbene siano passi nella giusta direzione, le riforme e le misure adottate dagli Stati membri per promuovere una tutela garantita dal salario minimo adeguata per i lavoratori non sono state sempre complete e sistematiche. Inoltre, le misure adottate a livello dell'Unione per migliorare l'adeguatezza e la copertura dei salari minimi possono contribuire a migliorare ulteriormente le condizioni di vita e di lavoro nell'Unione e ad attenuare le preoccupazioni circa i possibili effetti economici negativi derivanti da misure isolate degli Stati membri. Poiché gli obiettivi della presente direttiva non possono essere conseguiti in misura sufficiente dagli Stati membri ma, a motivo della loro portata e dei loro effetti, possono essere conseguiti meglio a livello di Unione, quest'ultima può intervenire in base al principio di sussidiarietà sancito dall'articolo 5, TUE. La presente direttiva si limita a quanto è necessario per conseguire tali obiettivi in ottemperanza al principio di proporzionalità enunciato nello stesso articolo.

(38) Nell'attuare la presente direttiva gli Stati membri dovrebbero evitare di imporre inutili vincoli amministrativi, finanziari e giuridici superflui, in particolare se ostacolano la creazione e lo sviluppo di micro, piccole e medie imprese. Gli Stati membri sono pertanto incoraggiati a valutare l'impatto delle rispettive misure di recepimento sulle Pmi per accertarsi che non siano colpite in modo sproporzionato, riservando particolare attenzione alle microimprese e agli oneri amministrativi, e a pubblicare i risultati di tali valutazioni. Se gli Stati membri riscontrano che le Pmi sono colpite in modo sproporzionato dalle misure di recepimento, dovrebbero prendere in considerazione l'introduzione di misure a sostegno delle Pmi per adeguare le loro strutture di remunerazione alle nuove prescrizioni.

Dai consideranda prima riportati si rileva l'attualità della Costituzione e in particolare dell'articolo 36, di cui si tratterà più approfonditamente con il commento alla sentenza della Corte di Cassazione Civile, sez. Lav., 10 ottobre 2023, n. 28320, in tema di retribuzione prevista dal contratto collettivo vigilanza privata e servizi fiduciari. Si anticipa, in questa sede, che i livelli retributivi fissati con la contrattazione collettiva nazionale di categoria possono essere disattesi dal giudice, allorquando siano in contrasto con i criteri normativi di proporzionalità e sufficienza della retribuzione dettati dalla Costituzione e dal diritto europeo. Si pone l'attenzione verso un altro aspetto, evidenziato dall'Unione europea, concernente il tasso di copertura della contrattazione collettiva, che in Italia, è pari quasi al 100%, così come risulta da fonti del Consiglio Nazionale dell'Economia e del Lavoro. La direttiva stimola gli Stati membri, nei casi in cui il tasso di copertura della contrattazione collettiva sia inferiore all'80% sul totale

dei lavoratori cui si applica un contratto collettivo, ad adottare, con urgenza, una serie di misure tese a favorire la contrattazione stessa ed intervenire, ove non fosse stato previsto, con la fissazione del salario minimo rispettoso delle indicazioni europee circa la sua definizione in termini di valore. Ciò, comunque, non è scoraggiato per i paesi che hanno tassi di contrattualizzazione collettiva maggiori, in quanto determinerebbe, *ex lege*, almeno a parere di chi scrive, un livello della retribuzione dignitoso, incrementerebbe il potere contrattuale delle organizzazioni sindacali preposti alla tutela, anche economica, dei lavoratori ed eviterebbe il verificarsi delle situazioni prima accennate inerenti ai valori della retribuzione previsti nei contratti collettivi, come quelle recentemente affrontate dalla Corte Suprema di Cassazione nel 2023.

La direttiva 2022/2041/UE non deve essere interpretata, come si legge al paragrafo 4 dell'articolo 1, nel senso di imporre agli Stati membri l'obbligo di introdurre un salario minimo legale «*laddove la formazione dei salari sia garantita esclusivamente mediante contratti collettivi o l'obbligo di dichiarare un contratto collettivo universalmente applicabile*». Se a ciò si aggiunge che, ai sensi della direttiva per salario minimo legale si intende «*un salario minimo stabilito dalla legge o da altre disposizioni giuridiche vincolanti, ad esclusione dei salari minimi determinati da contratti collettivi che sono stati dichiarati universalmente applicabili senza alcun margine discrezionale quanto al contenuto delle disposizioni applicabili da parte dell'autorità dichiarante*» e che il salario minimo è quello stabilito dalla legge o da contratti collettivi che un datore di lavoro è tenuto a pagare ai lavoratori per il lavoro svolto durante un dato periodo, potrebbe verificarsi qualche criticità nel sistema interno. Come noto i contratti collettivi non hanno efficacia erga omnes e l'intervento operato dal legislatore del 2023 con il novellato Codice dei contratti pubblici ne individua l'obbligatorietà applicativa ai lavoratori impiegati per l'esecuzione di appalti pubblici, rendendoli, in tal guisa, vincolanti per gli operatori economici che partecipano alle gare, ma non universalmente applicabili. Detta situazione, come prima accennato potrebbe, il condizionale è d'obbligo, pregiudicare l'obiettivo che il Codice si pone circa i livelli di tutela, normativi e retributivi, da riservare ai lavoratori impiegati per l'esecuzione di un appalto pubblico. In particolare sarà necessario attendere i futuri arresti della Corte di Giustizia dell'Unione europea in merito, ad ogni buon conto oggi sussistono, poiché positivizzate dal legislatore europeo con la direttiva 2022/2041/UE, le condizioni affinché si inserisca, nell'ordinamento interno, la disposizione sul salario minimo. Il problema è capire, semmai, gli effetti di una tale disciplina sulla contrattazione collettiva che, se da un lato potrebbe fungere da leva per l'innalzamento delle tutele economiche, dall'altro in contratti collettivi performanti potrebbe divenire un limite. Ad avviso di chi scrive, merita ricordare il principio costituzionale dell'articolo 36 che espressamente afferma «*Il lavoratore ha diritto ad una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro*». Detto principio non è derogabile in sede di contrattazione collettiva. Su

1. IL QUADRO NORMATIVO EUROUNITARIO

tale assunto si è fondata, in parte, la decisione dei giudici della Corte di Cassazione n. 28320/2023, conseguentemente, si ritiene come sia da salutare, con favore, un'eventuale introduzione del salario minimo legale che rafforzerebbe, si ribadisce, il potere contrattuale delle organizzazioni sindacali che i lavoratori rappresentano ai fini della definizione dei livelli di tutela.

Passando in rassegna la direttiva in commento, si evince che, la stessa, pone agli Stati membri l'obiettivo di migliorare le condizioni di vita e di lavoro nell'Unione al fine di contribuire alla convergenza sociale verso l'alto e alla riduzione delle disuguaglianze retributive. Con la direttiva viene istituito un sistema per addivenire all'adeguatezza dei salari minimi legali, teso al conseguimento di condizioni di vita e di lavoro dignitose; per la promozione della contrattazione collettiva sulla determinazione dei salari; per il miglioramento dell'accesso effettivo dei lavoratori al diritto alla tutela garantita dal salario minimo, ove previsto dal diritto nazionale e/o da contratti collettivi. La direttiva definisce le procedure per la definizione del salario minimo legale, in stretta aderenza al considerando (28) sopra riportato, e ribadisce che, la determinazione del salario stesso, necessariamente soggetta ad aggiornamento, deve essere basata *«su criteri stabiliti per contribuire alla loro adeguatezza, al fine di conseguire un tenore di vita dignitoso, ridurre la povertà lavorativa, promuovere la coesione sociale e una convergenza sociale verso l'alto e ridurre il divario retributivo di genere»*. Si legge, altresì, espressamente la necessità del coinvolgimento delle parti sociali – con ciò affermando il ruolo che le associazioni sindacali e datoriali devono assumere per la fissazione del salario minimo legale – e la sussistenza di un efficace sistema di controllo, al fine di evitare elusioni di sorta, per assicurare *«l'accesso effettivo dei lavoratori alla tutela garantita»*. La direttiva 2041/2023 Ue precisa che gli Stati membri debbano adottare le misure necessarie per conformarsi alla stessa entro il 15 novembre 2024 nel rispetto del principio della *«non imposizione»* come declinato all'articolo 1, paragrafo 4 e prima richiamato.

In chiusura, quello che può affermarsi è l'evidenza di un approccio «sociale» al tema, di livello eurounitario, con un'attenzione al sistema di monitoraggio delle tutele garantite con il salario minimo e l'affermazione del principio di «non regresso» del livello generale di protezione offerto ai lavoratori dall'ordinamento interno dello Stato membro che, in ogni caso, rimane libero di applicare, introdurre o consentire l'introduzione di condizioni più favorevoli rispetto all'eventuale salario minimo legale operate dalla contrattazione collettiva, così come previsto, si aggiunge, ai sensi dell'articolo 36 della Costituzione, che si conferma eccellere per la sua concretezza e attualità.

2.

La tutela del lavoro nell'ordinamento interno e le clausole sociali nel decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50

Di seguito verrà fornita una disamina, in vigenza del vecchio Codice d.lgs. 50/2016, delle questioni afferenti alla tutela dei lavoratori e alle clausole sociali, partendo dall'assunto «per comprendere il presente bisogna volgere lo sguardo al passato» che vale, soprattutto, quando si affrontano tematiche che vertono sui diritti della persona, in ogni suo contesto, pertanto ivi compreso, quello lavorativo.

2.1. La tutela del lavoro nel d.lgs. 50/2016

Risulta utile e, per certi versi, interessante, al fine di meglio comprendere la portata delle vigenti disposizioni in tema di tutela del lavoro negli appalti pubblici, così come formulate nel decreto legislativo 31 marzo 2023 n. 36, analizzare come il legislatore italiano, in sede di primo recepimento della direttiva 2014/24/UE attraverso il d.lgs. 50/2016, abbia affrontato le questioni afferenti alla tutela del lavoro, con riferimento all'applicazione dei contratti collettivi nazionali e delle clausole sociali.

Con la legge 28 gennaio 2016, n. 11 «*Deleghe al Governo per l'attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*», il Parlamento delegava, dunque, il Governo per la definizione di una disciplina specifica per gli appalti pubblici, nelle ipotesi di cambio appalto, tesa a tutelare il personale impiegato. Nello stesso tempo, il legislatore nel definire i «*principi e criteri direttivi*», specificamente definiva i contratti collettivi nazionali e territoriali, stipulati dalle associazioni sindacali e datoriali «*comparativamente più rappresentative*», quali contratti di riferimento. La prescrizione del legislatore delegante assume particolare rilevanza, poiché pone, in strettissima connessione, la clausola sociale con i contratti collettivi nazionali di riferimento, così detti *leader*.

In ottemperanza alla legge delega, il decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, all'articolo 30, comma 4, disponeva che *«al personale impiegato nei lavori, servizi e forniture oggetto di appalti pubblici e concessioni è applicato il contratto collettivo nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni di lavoro stipulato dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e quelli il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto o della concessione svolta dall'impresa anche in maniera prevalente»*.

Quello che, immediatamente, rileva è, dunque, la valenza che il legislatore delegante e il legislatore delegato attribuiscono ai contratti collettivi nazionali e territoriali di lavoro stipulati dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentativi. Viene affermato che detti Ccnl potranno essere applicati al personale che esegue appalti pubblici, senza, però, fare cenno sull'impossibilità di attribuire efficacia generale ai suddetti contratti collettivi, lasciando alle stazioni appaltanti e alla giurisprudenza la soluzione della questione problematica circa la possibilità di imporre, all'operatore economico, l'applicazione ai lavoratori impiegati nell'appalto, di un determinato contratto collettivo di lavoro.

Sul punto, interveniva, a circa due anni dall'entrata in vigore dell'abrogato Codice dei contratti pubblici, il Consiglio di Stato, sezione III, che con sentenza 12 marzo 2018 n. 1574 precisando che un contratto collettivo nazionale di lavoro *«può essere indicato e imposto»* dalla stazione appaltante, limitatamente alle ipotesi in cui, per le peculiarità di un determinato servizio, sia possibile l'applicazione di uno (e uno solo) specifico Ccnl. Sempre nella menzionata sentenza si legge: *«La ratio di detta disposizione (articolo 30, comma 4, d.lgs. 50/2016) – che inserita tra le norme di principio, assume un'importanza ancora più evidente – è garantire, con la generalizzata applicazione dei contratti collettivi, che il personale impiegato sia adeguatamente tutelato e percepisca una retribuzione proporzionata rispetto all'attività in concreto svolta»*. Alla luce del limite sopra esposto e della ratio dell'art. 30 comma 4 del Codice, per i giudici del Consiglio di Stato, non trova, dunque, spazio, nella legislazione italiana, una generalizzata estensione della facoltà per le stazioni appaltanti di imporre un determinato contratto collettivo che integrerebbe un contrasto con la prerogativa dell'operatore economico, solo a questi riconosciuta dall'ordinamento interno¹, in merito alla scelta del contratto collettivo da applicare, fatta salva la coerenza con l'oggetto prevalente dell'attività affidata dalla stazione appaltante.

¹ Sul punto la Cassazione, nota a sentenza della Sezioni Unite n. 2665 del 26 marzo 1997, ha codificato il principio per cui dalla libertà sindacale, costituzionalmente garantita, deriva *«l'impossibilità di applicare un contratto collettivo di diritto privato, vale a dire non imposto erga omnes, a persone che non vi abbiano direttamente aderito»*.

Le considerazioni sopra espresse trovavano, altresì, conferma in una importante sentenza della Corte costituzionale 11 marzo 2015 n. 51, nel giudizio di legittimità costituzionale dell'articolo 7, comma 4, decreto legge n. 248/2007 (convertito in legge n. 31/2008), in riferimento all'individuazione del contratto collettivo da applicare (in presenza di una pluralità di contratti collettivi della medesima categoria) ai soci lavoratori delle cooperative sociali; il giudice delle leggi ha, infatti, espressamente affermato: *«lungi dall'assegnare ai [...] contratti collettivi, stipulati dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative, efficacia erga omnes, in contrasto con quanto statuito dall'art. 39 Cost., mediante un recepimento normativo degli stessi, richiama i predetti contratti, e più precisamente i trattamenti economici complessivi minimi ivi previsti, quale parametro esterno di commisurazione, da parte del giudice, nel definire la proporzionalità e la sufficienza del trattamento economico da corrispondere...in linea con l'indirizzo giurisprudenziale che, da tempo, ritiene conforme ai requisiti della proporzionalità e della sufficienza (art. 36 Cost.) la retribuzione concordata nei contratti collettivi di lavoro firmati dalle associazioni comparativamente più rappresentative»*. La statuizione della Corte, si anticipa, conserva, ancora oggi in vigore del novellato Codice dei contratti pubblici, la sua validità.

Il legislatore e la giurisprudenza, compresa quella della Corte costituzionale, riconoscono ai contratti collettivi nazionali di lavoro stipulati dalle organizzazioni datoriali e sindacali comparativamente più rappresentative, indipendente dalla loro efficacia *erga omnes* l' idoneità a definire tutele normative e trattamenti economici proporzionati e sufficienti. La disciplina legislativa nazionale e la ricostruzione operata dalla giurisprudenza potrebbe, tuttavia, stante la normativa eurounitaria e gli arresti dei giudici eurounitari in materia di definizione di standard minimi, non essere sufficiente ad assicurare una tutela completa ai lavoratori impiegati in un appalto pubblico o interessati da una procedura di cambio appalto. Detta impostazione, come si argomenterà successivamente, con l'avvento del nuovo Codice dei contratti pubblici, è stata, in parte, stravolta, o per essere più precisi si è evoluta, in quanto le valutazioni effettuate in sede di stesura della bozza di Codice prendono le mosse dalla sentenza della Corte costituzionale n. 51/2015, sopra citata.

2.2. Le clausole sociali nel d.lgs. 50/2016

Se quella appena sopra rappresentata era la posizione del legislatore e della giurisprudenza dell'epoca in tema di contratti collettivi da applicare ai lavoratori impiegati in un appalto pubblico, occorre ora porre l'attenzione sulle clausole sociali definite all'articolo 3, comma 1, lett. qq) dell'abrogato d.lgs. 50/2016: *«clausole sociali», disposizioni che impongono a un datore di lavoro il rispetto di determinati standard di protezione sociale e del lavoro come condizione per svolgere attività economiche in appalto o in*

concessione o per accedere a benefici di legge e agevolazioni finanziarie». La definizione è stata, come si vedrà in seguito, confermata dall'allegato I.1 al d.lgs. 36/2023.

Il legislatore nazionale, nel definire le clausole sociali, effettuava la scelta di condizionare l'esecuzione di un appalto al rispetto di particolari standard sociali, gravandosi dell'onere, dovendo stabilire una disciplina attuativa, di trovare una sintesi, tra la libertà di iniziativa economica e la tutela della concorrenza, da un lato, e la protezione sociale e la tutela dei lavoratori, dall'altro. Tutto ciò nel pieno rispetto dell'ordinamento eurolunitario che ha tracciato, come sopra evidenziato, precisi ambiti di operatività delle tutele sociali definite dagli Stati membri. Il legislatore del 2016 si è posto il problema di operare un bilanciamento, tutt'altro che agevole, tra l'aspirazione degli operatori economici ad aggiudicarsi una commessa pubblica e la limitazione del fenomeno della riduzione di costi delle prestazioni incentrata sulla ridefinizione, al ribasso, delle retribuzioni dei lavoratori e, conseguentemente, sulla compressione delle loro tutele. Proprio in tema di retribuzione si ricorda l'articolo 36 della Costituzione «*Il lavoratore ha diritto ad una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro e in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa*», quindi la tutela della concorrenza e della libertà di iniziativa economica trovano un limite, anch'esso, di rango costituzionale. Per il legislatore italiano risulta, pertanto, arduo definire «tecniche giuridiche adeguate» di tutela del lavoro e dei lavoratori che siano, anche, rispettose dell'ordinamento eurolunitario, soprattutto in considerazione delle posizioni della Corte di Giustizia dell'Unione europea che, come noto, è orientata verso una rigorosa applicazione del principio della libera circolazione dei servizi, potenzialmente idoneo indebolire gli strumenti nazionali di tutela del lavoro e dei lavoratori.

Riprendendo la definizione riportata nell'abrogato Codice dei contratti pubblici, le clausole sociali sono declinate come strumento per condizionare il mercato verso il perseguimento di scopi di rilevanza sociale; assumono, pertanto, rilievo di disposizioni direttamente incidenti sull'incondizionato rispetto del principio della concorrenza e che, di riflesso, risultano, o potrebbero risultare, ostative al principio di libera circolazione dei servizi di cui all'articolo 56 del Tfu.

Se si considera che l'ordinamento interno non individua un «*salario minimo legale*» e che i contratti collettivi nazionali di lavoro non hanno efficacia generale, la questione che deve essere chiarita verte intorno alla legittimità delle clausole sociali nell'accezione formulata dal legislatore nazionale.

Le problematiche hanno, in primis, interessato le clausole sociali di «*equo trattamento*» altrimenti definite «*di prima generazione*» che impongono agli operatori economici di rispettare standard definiti in materia di protezione sociale e del lavoro (*leggi rispetto e mantenimento, anche in caso di cambio appalto, dei trattamenti economici e normativi generalmente individuati in sede di contrattazione collettiva*) come condizione per eseguire le commesse pubbliche di cui risultano affidatari. La finalità

delle clausole suddette è, pertanto, quella di assicurare la tutela del diritto al lavoro del personale impiegato per svolgere le prestazioni oggetto di un pubblico appalto; diritto al lavoro che comprende tanto il diritto a condizioni di lavoro dignitose, tanto il diritto all'occupazione.

L'utilizzo delle clausole di equo trattamento trova il presupposto normativo nell'articolo 36 della legge 20 maggio 1970 n. 300 (*Statuto dei lavoratori*) che espressamente prevede: «...nei capitolati di appalto attinenti all'esecuzione di opere pubbliche (leggi appalti pubblici), deve essere inserita la clausola esplicita determinante l'obbligo per il beneficiario o appaltatore di applicare o di far applicare nei confronti dei lavoratori dipendenti condizioni non inferiori a quelle risultanti dai contratti collettivi di lavoro della categoria e della zona». Si anticipa come la formulazione della disposizione normativa dello Statuto dei lavoratori abbia acquisito una valenza strategica nella definizione tanto del principio contenuto all'articolo 11 del vigente Codice dei contratti pubblici sull'applicazione dei contratti collettivi nazionale di settore, quanto sulla formulazione dell'articolo 57 sulle clausole sociali.

Sia il legislatore che l'Autorità nazionale anticorruzione, ma per la verità anche la giurisprudenza, riconoscevano l'efficacia, delle clausole contenute nella legge 300/1970, nella loro idoneità ad evitare compressioni di sorta dei livelli e delle tutele occupazionali, normative e retributive dei lavoratori, specie nei casi di avvicendamento di operatori economici per cambio appalto. Contestualmente, tuttavia, si ponevano il problema del contrasto, tanto con i principi eurounitari di libera concorrenza e di libera circolazione dei servizi, quanto con le disposizioni di cui agli articoli 39² e 41³ della Costituzione, specie se, dette clausole, sono inquadrate, prettamente, come «vincolo» per i datori di lavoro e «condizionamento» della iniziativa economica per il rispetto del mantenimento di tutte le tutele in godimento ai lavoratori derivanti da contratti collettivi privi di efficacia *erga omnes*.

Nel precisare che le clausole sociali di cui all'articolo 50 del d.lgs. 50/2016 trovavano applicazione negli appalti ad alta intensità di manodopera⁴ vennero

² Costituzione, articolo 39: «L'organizzazione sindacale è libera. Ai sindacati non può essere imposto altro obbligo se non la loro registrazione presso uffici locali o centrali, secondo le norme di legge. È condizione per la registrazione che gli statuti dei sindacati sanciscano un ordinamento interno a base democratica. I sindacati registrati hanno personalità giuridica. Possono, rappresentati unitariamente in proporzione dei loro iscritti, stipulare contratti collettivi di lavoro con efficacia obbligatoria per tutti gli appartenenti alle categorie alle quali il contratto si riferisce».

³ Costituzione, articolo 41: «L'iniziativa economica privata è libera. Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana. La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali».

⁴ L'art. 50 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 espressamente recita «Per gli affidamenti dei contratti di concessione e di appalto di lavori e servizi diversi da quelli aventi natura intellettuale, con particolare riguardo a quelli relativi a contratti ad alta intensità di manodopera, i bandi di gara, gli avvisi e gli inviti inseriscono, nel rispetto dei principi dell'Unione europea, specifiche clausole sociali volte a promuovere la stabilità occupazionale

elaborate **clausole** così dette «*flessibili*», altrimenti definite di «**seconda generazione**» attraverso le quali perseguire, principalmente, la finalità di garantire i livelli occupazionali, imponendo all'impresa entrante l'obbligo di riassumere – *prioritariamente e compatibilmente all'organizzazione aziendale prescelta dall'operatore economico*, in ossequio al principio della libertà di iniziativa economica – i lavoratori dell'impresa uscente.

La giurisprudenza è stata copiosa e si riportano di seguito alcuni fra i principali arresti, formatesi in vigenza dell'abrogato d.lgs. 50/2016⁵:

Si registra, in tema di clausole sociali, la posizione dell'Autorità nazionale anticorruzione espressa nelle Linee Guida n. 13 del 2019 – adottate a seguito di una consultazione molto estesa che ha coinvolto *stakeholders*, amministrazioni pubbliche e Consiglio di Stato – nella quale furono indicati una serie di punti fermi:

- la clausola sociale può essere inserita solo ove il contratto sia oggettivamente assimilabile a quello in essere. Non è concepibile l'inserimento della clausola ove non sussista alcun contratto in essere nel settore di riferimento o se il contratto in essere presenti un'oggettiva incompatibilità rispetto a quello da attivare;
- l'applicazione della clausola sociale non può in ogni caso comportare un indiscriminato e generalizzato dovere di assorbimento del personale utilizzato dall'impresa uscente, dovendo tale obbligo essere sempre armonizzato con l'organizzazione aziendale prescelta dal nuovo affidatario. Il riassorbimento del personale per l'Autorità, in particolare, può essere imposto all'appaltatore subentrante nella misura e nei limiti in cui ciò sia compatibile con il fabbisogno individuato per l'esecuzione del nuovo contratto e con la pianificazione e l'organizzazione definita dal nuovo assuntore.

del personale impiegato, prevedendo l'applicazione da parte dell'aggiudicatario, dei contratti collettivi di settore di cui all'articolo 51 del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81. I servizi ad alta intensità di manodopera sono quelli nei quali il costo della manodopera è pari almeno al 50 per cento dell'importo totale del contratto».

⁵ Si registra un orientamento consolidato in giurisprudenza, si riportano di seguito: Consiglio di Stato, sez. V, 10 giugno 2019, n. 3885; Consiglio di Stato, sez. III, 30 gennaio 2019, n. 750; Consiglio di Stato, sez. III, 29 gennaio 2019, n. 726; Consiglio di Stato, sez. V, 5 febbraio 2018, n. 731; Consiglio di Stato, sez. III, 5 maggio 2017, n. 2078; Consiglio di Stato, sez. V, 7 giugno 2016, n. 2433.

2. LA TUTELA DEL LAVORO NELL'ORDINAMENTO INTERNO

Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 28 agosto 2017, n.4079	<i>«In applicazione della c.d. “clausola social” l'appaltatore subentrante deve prioritariamente assumere gli stessi lavoratori, che operavano alle dipendenze dell'appaltatore uscente, ma a condizione che il loro numero e la loro qualifica siano armonizzabili con l'organizzazione d'impresa prescelta dall'imprenditore subentrante, mentre i lavoratori – che non trovano spazio nell'organigramma dell'appaltatore subentrante e che non vengano ulteriormente impiegati dall'appaltatore uscente in altri settori – sono destinatari delle misure legislative in materia di ammortizzatori sociali; in effetti la succitata clausola sociale – perseguendo la prioritaria finalità di garantire la continuità dell'occupazione in favore dei medesimi lavoratori già impiegati dall'impresa uscente nell'esecuzione dell'appalto – risulta costituzionalmente legittima, quale forma di tutela occupazionale ed espressione del diritto al lavoro (art. 35 Cost.), se si contempera con l'organigramma dell'appaltatore subentrante e con le sue strategie aziendali, frutto, a loro volta, di quella libertà di impresa pure tutelata dall'art. 41 Cost.; peraltro – in una logica di contemperamento fra valori di rilievo costituzionale – la compressione del diritto di libertà economica e di libera organizzazione imprenditoriale non può essere predicata in modo incondizionato, incontrando piuttosto specifici limiti nella compatibilità con le strategie aziendali dell'operatore subentrante e – più in generale – nell'identità di ratio e di oggetto di tutela».</i>
Consiglio di Stato, sez. III, sentenza 18 settembre 2018, n. 5444	<i>«Nelle gare pubbliche, la c.d. “clausola sociale” deve essere interpretata conformemente ai principi nazionali e eurounitari in materia di libertà di iniziativa imprenditoriale riconosciuta e garantita dall'art. 41 Cost. a fondamento dell'autogoverno dei fattori di produzione e non comporta quindi alcun obbligo per l'impresa aggiudicataria di assumere a tempo indeterminato ed in forma automatica e generalizzata alle medesime condizioni il personale già utilizzato dalla precedente impresa o società affidataria».</i>
Consiglio di Stato, sez. III, sentenza 08 giugno 2018, n. 3471	<i>«L'apposizione di una clausola sociale agli atti di una pubblica gara ai sensi della disposizione del nuovo Codice dei contratti pubblici (art. 50) applicabile pro tempore, è costituzionalmente e eurounitariamente legittima solo se non comporta un indiscriminato e generalizzato dovere di assorbimento di tutto il personale utilizzato dall'impresa uscente, in violazione dei principi costituzionali e eurounitari di libertà d'iniziativa economica e di concorrenza oltreché di buon andamento, e consente invece una ponderazione con il fabbisogno di personale per l'esecuzione del nuovo contratto e con le autonome scelte organizzative ed imprenditoriali del nuovo appaltatore».</i>
Consiglio di Stato sez. V sentenza 12 settembre 2019, n. 6148	<i>«L'obbligo di mantenimento dei livelli occupazionali del precedente appalto va contemperato con la libertà d'impresa e con la facoltà in essa insita di organizzare il servizio in modo efficiente e coerente con la propria organizzazione produttiva, al fine di realizzare economie di costi da valorizzare a fini competitivi nella procedura di affidamento dell'appalto. È stato, così, escluso che una clausola sociale possa consentire alla stazione appaltante di imporre agli operatori economici l'applicazione di un dato contratto collettivo ai lavoratori e dipendenti da assorbire.»</i>
Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 16 gennaio 2020, n. 389	<i>Sul tema dell'interpretazione delle clausole sociali [...], la clausola sociale contenuta nel disciplinare di gara va formulata in maniera elastica e non rigida, rimettendo all'operatore economico concorrente la valutazione finanche la valutazione di merito all'assorbimento dei lavoratori impiegati dal precedente aggiudicatario, formulata in questi termini, è conforme alle indicazioni della giurisprudenza amministrativa secondo la quale l'obbligo di mantenimento dei livelli occupazionali del precedente appalto va contemperato con la libertà d'impresa e con la facoltà in essa insita di organizzare il servizio in modo efficiente e coerente con la propria organizzazione produttiva, al fine di realizzare economie di costi da valorizzare a fini competitivi nella procedura di affidamento dell'appalto. L'appaltatore subentrante non è pertanto obbligato ad assumere tutto il personale in forza al gestore uscente, né lo stesso ha l'obbligo di applicare ai lavoratori esattamente le stesse mansioni e qualifiche che avevano alle dipendenze del precedente datore di lavoro. Invero, l'onere di riassorbimento del personale, oggetto della clausola sociale, è legittimo solo se alla stessa viene attribuita un'interpretazione che rispetti le scelte organizzative dell'imprenditore.</i>

Dalle Linee Guida 13 dell'Anac emergono una serie di obblighi e una definizione sull'efficacia della clausola sociale che è stata vista, e non poteva essere altrimenti, nell'accezione di riassorbimento del personale alle dipendenze dell'appaltatore cessato utilizzato, e da utilizzarsi, per eseguire le prestazioni affidate. Si leggeva, in particolare, che le stazioni appaltanti indicano nella documentazione di gara il contratto collettivo applicabile in ragione della pertinenza rispetto all'oggetto prevalente dell'affidamento, tenuto conto del richiamo espresso, disposto dall'articolo 50 del Codice dei contratti pubblici, all'articolo 51 del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81, nonché di quanto stabilito dall'articolo 30, comma 4, del Codice dei contratti pubblici. L'operatore economico subentrante sarebbe stato, conseguente, tenuto ad applicare le disposizioni sulla clausola sociale recate dal contratto collettivo indicato dalla stazione appaltante. Veniva, comunque, fatta salva l'applicazione, ove più favorevole, della clausola sociale prevista dal contratto collettivo nazionale prescelto dall'operatore economico.

Il nodo problematico affrontato dall'Anac fu il tema dell'**efficacia della clausola sociale**, in relazione alle diverse ipotesi in cui la clausola sia prevista dal Ccnl o imposta ai concorrenti dalla stazione appaltante. A tal riguardo l'Anac ha richiamato il contrasto formatosi nella giurisprudenza. Ad avviso del Tar Liguria, sez. II, con sentenza n. 640 del 21 luglio 2017 l'applicazione flessibile della clausola sarebbe da riferirsi alla sola ipotesi in cui sia la stazione appaltante ad introdurre l'obbligo di riassorbimento. Al contrario, il Consiglio di Stato con sentenza n. 272 del 17 gennaio 2018 e successiva sentenza n. 3471 del 8 giugno 2018, ha riconosciuto che, anche in tal caso, l'obbligo di riassorbimento del personale impiegato dal precedente appaltatore, andava, comunque, armonizzato con l'organizzazione d'impresa prescelta dall'imprenditore subentrante, e ciò anche laddove tale obbligo sia previsto dalla contrattazione collettiva.

Nel primo caso, è pacifico che la clausola debba applicarsi in modo flessibile. Nell'ipotesi in cui sia invece il Ccnl a prevedere l'applicazione della clausola sociale, era ed è, tutt'ora, dibattuto se la stessa debba applicarsi ugualmente con flessibilità ovvero se, dal momento che l'operatore economico ha aderito volontariamente all'associazione datoriale firmataria del contratto collettivo, la stessa debba applicarsi senza margini di flessibilità.

L'Autorità, come si legge nella relazione illustrativa alle Linee Guida 13, avalla il secondo orientamento facendo leva sui principi di libera iniziativa economica e di concorrenza, stante il pericolo degli effetti distorsivi derivanti da una applicazione rigida della clausola. Di conseguenza, gli effetti della clausola sociale, indipendentemente dalla fonte dalla quale essa derivi (Ccnl o bando di gara) sono sempre flessibili in quanto, la stessa, deve essere compatibile con la libertà di iniziativa economica ed organizzativa dell'impresa.

BOX APPROFONDIMENTO

L'Anac ritiene espressamente: «Il riassorbimento del personale, in sostanza sarebbe imponibile nella misura e nei limiti in cui sia compatibile con il fabbisogno richiesto dall'esecuzione del nuovo contratto e, altresì, con la pianificazione del lavoro elaborata dal nuovo assuntore. Sussistendo tale compatibilità il lavoratore dell'impresa uscente deve essere riassorbito dalla nuova impresa aggiudicataria con preferenza rispetto a soggetti terzi»⁶.

⁶ Relazione illustrativa alla Linee Guida 13, par. 2, p 10.

L'Autorità poneva, altresì, l'attenzione sulla questione afferente ai **rapporti con i contratti collettivi**, intervenendo attraverso una interpretazione sistematica degli articoli 50 e dell'articolo 30, comma 4 del d.lgs. 50/2016, nella parte in cui si prevedeva l'applicazione dei contratti collettivi c.d. *leader*, ossia quelli sottoscritti dalle associazioni più rappresentative sul piano nazionale. In relazione ai suddetti articoli, occorre definire se il disposto di tali norme imponga l'applicazione per appaltatore del Ccnl c.d. *leader*, ovvero se lo stesso possa venire ad esistere solo quale parametro per valutare la congruità della protezione minima da garantire al lavoratore.

Ad avviso dell'Autorità:

- nel primo caso, si imporrebbe l'applicazione del Ccnl c.d. *leader*, *tout court*, e solo in mancanza dello stesso, ovvero in presenza di più contratti qualificabili come tali, l'appaltatore avrebbe libertà di scelta del Ccnl applicabile. In tal modo, ad avviso dell'Anac, si garantirebbe il rispetto degli *standards* di protezione, contrastando il fenomeno di c.d. «*dumping* contrattuale» rendendo omogenee le condizioni di trattamento dei lavoratori;
- nel secondo caso, si imporrebbe l'applicazione del contratto *leader* solo quale standard minimo di tutela da garantire al lavoratore e l'appaltatore sarebbe tenuto ad applicare la clausola sociale prevista dal contratto c.d. *leader*, solo ove la stessa risulti più favorevole per i lavoratori, rispetto a quella contemplata dal Ccnl applicato. Tale approccio ad avviso dell'Autorità non contrasterebbe con il principio della libera scelta del Ccnl applicabile e assicurerebbe al lavoratore la tutela più favorevole, garantita o dal Ccnl applicato dall'imprenditore, ovvero dal contratto *leader* ovvero, in assenza, dalla stazione appaltante ai sensi dell'art. 50.

All'Anac pare convincente la seconda opzione interpretativa, «tesa a individuare la portata degli articoli 30, comma 4 e 50 in termini di standard di protezione minima da garantire al lavoratore. Così concepita, il contratto c.d. *leader* non si impone *tout court* all'impresa concorrente, ma si assicura al lavoratore lo standard, rappresentato per l'appunto dal contratto *leader*. D'altra parte sarebbe paradossale impedire all'appaltatore di applicare un Ccnl più favorevole al lavoratore rispetto al contratto *leaders*⁷.

⁷ Relazione illustrativa alla Linee Guida 13, par. 3, p. 17.

BOX APPROFONDIMENTO

Ai sensi delle Linee Guida 13, pertanto, **le stazioni appaltanti dovevano indicare nella documentazione di gara il contratto collettivo applicabile in ragione dell'attività prevalente oggetto del contratto di appalto.** In ogni caso l'operatore subentrante è tenuto ad assicurare il rispetto della clausola sociale prevista dal Ccnl c.d. *leader* rimanendo comunque libero di applicare, ove più favorevole, la clausola sociale prevista dal Ccnl da lui prescelto.

Merita un accenno la posizione del Consiglio di Stato, assunta con la sentenza 12 settembre 2019 n. 6148, prima riportata, ai sensi della quale le clausole sociali non possono imporre l'applicazione di un determinato Ccnl e in ogni caso devono essere formulate in modo elastico. In tal modo si rimette, ad avviso dei giudici, all'operatore anche la valutazione in merito all'assorbimento dei lavoratori impiegati dal precedente aggiudicatario, in quanto le stesse devono essere temperate con la libertà di impresa e di organizzazione dell'operatore economico, costituzionalmente riconosciuta. In particolare, il Consiglio di Stato, ha confermato che la clausola sociale non comporta alcun obbligo per l'impresa aggiudicataria di un appalto pubblico di assumere a tempo indeterminato ed in forma automatica e generalizzata, nonché alle medesime condizioni, il personale già utilizzato dalla precedente impresa o società affidataria, ma solo che l'imprenditore subentrante salvaguardi i livelli retributivi dei lavoratori riassorbiti in modo adeguato e congruo⁸. Si legge nella richiamata sentenza che *l'obbligo di garantire ai lavoratori già impiegati le medesime condizioni contrattuali ed economiche non è assoluto essendo esclusa che una clausola sociale possa consentire alla stazione appaltante di imporre agli operatori economici l'applicazione di un dato contratto collettivo ai lavoratori e dipendenti da assorbire* (cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 18 settembre 2018, n. 5444; V, 1° marzo 2017, n. 932; III, 9 dicembre 2015, n. 5597).

Infine, secondo la visione del Consiglio di Stato, il vincolo all'applicazione di un determinato Ccnl non può derivare dall'art. 30, comma 4, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 in quanto la norma, *«nell'imporre l'applicazione al personale impiegato nel servizio di un contratto collettivo (in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni di lavoro, nonché) strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto, intende riferirsi al contratto che meglio regola le prestazioni rese dalla categoria dei lavoratori impiegati nell'espletamento del servizio, e non a quello imposto dai vincoli e alle clausole sociali inserite negli atti di gara»*. Così, la scelta del contratto da applicare è rimessa al concorrente partecipante, in quanto connessa alla libertà imprenditoriale, e può essere censurata dalla stazione appaltante solo nell'ipotesi in cui il Ccnl scelto non risulti *«strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto»* (art. 30, comma 4). La posizione del Consiglio di Stato del 2019 trovava un presupposto nelle Linee Guida 13 di Anac, esattamente nel punto in cui l'Autorità ha teorizzato il cosiddetto *«Piano di riassorbimento»*, che doveva essere presentato dai partecipanti alla procedura di scelta del contraente, con la funzione di illustrare le *«concrete modalità di applicazione della clausola sociale»*, con particolare riferimento al numero dei lavoratori che beneficeranno della stessa, del relativo inquadramento e trattamento economico e come la stessa si armonizzi concretamente con la propria

⁸ Si ritiene, alla luce della sentenza della Corte costituzionale n. 51/2019, che la congruità, non possa che riferirsi alla retribuzione concordata nei contratti collettivi di lavoro firmati dalle associazioni comparativamente più rappresentative.

organizzazione aziendale. Il piano, inoltre, si poneva come obbligo nei confronti dei lavoratori interessati e si qualificava come «concreta proposta contrattuale» nei confronti degli stessi. La clausola infatti, seppur comportante un obbligo limitato di riassunzione compatibile con l'organizzazione di impresa dell'offerente, comportava che, nella predisposizione del piano di assorbimento, l'offerente sarebbe stato tenuto a formulare una proposta che contenga già tutti gli elementi essenziali del nuovo rapporto, in termini di inquadramento e trattamento economico unitamente all'indicazione di un termine per l'accettazione. Attraverso tale obbligo, l'offerente si impegna verso la stazione appaltante e verso il lavoratore al rispetto della clausola, offrendo garanzie al lavoratore attraverso l'individuazione degli elementi essenziali del contratto di lavoro da applicare.

2.3. Conclusioni sulla tutela del lavoro e sulle clausole sociali nel d.lgs. 50/2016 con una prospettiva verso il nuovo Codice dei contratti pubblici

Sulla base della ricostruzione fin qui operata si possono trarre alcuni argomenti significativi, in primis, la posizione condivisa da parte del Consiglio di Stato e dell'Autorità nazionale anticorruzione sul divieto, delle stazioni appaltanti, di imporre, all'affidatario di un appalto pubblico, l'applicazione, ai lavoratori impiegati nell'esecuzione delle prestazioni affidate di un determinato contratto collettivo di lavoro. Altro argomento condiviso verteva sulla formulazione di una clausola di riassorbimento così detta elastica, cioè formulata in maniera tale da contemperare il rispetto del principio di libertà dell'iniziativa economica e le esigenze sociali ed economiche, di rango costituzionale, nonché il rispetto dei principi di libera circolazione dei servizi e di tutela della concorrenza, di derivazione europea.

Questa impostazione, pur nel rispetto dei principi costituzionali e eurounitari, è stata in parte superata poiché il Consiglio di Stato, nella redazione della bozza del Codice, ha utilizzato un approccio molto più focalizzato sullo Statuto dei lavoratori rileggendo, in chiave nuova, i principi di rango costituzionale e fornendo una risposta alle questioni poste dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea e cercando di assicurare un «riparo» legislativo per superare le problematiche, a più riprese, evidenziate dal supremo organo giurisdizionale europeo. Non è una questione che può dirsi chiusa per le necessarie evoluzioni che interessano il mondo del lavoro e le tutele dei lavoratori. È, invece, un passo, significativo, verso una nuova visione delle tutele stesse in chiave moderna, ma con presupposti che affondano le radici nella cultura giuslavoristica italiana che trova la sua espressione, forse, più nobile nella legge 300/1970 definita anche, legge Giugni in onore del noto giurista che presiedette la Commissione, appositamente istituita, per la definizione di un progetto di legge che dettasse le norme sulla tutela della libertà e dignità dei lavoratori, oltre che sulla libertà e attività sindacale.

3.

La tutela dei lavoratori nel nuovo Codice dei contratti pubblici d.lgs. 36/2023

3.1. Introduzione

Avviare una disamina sul tema della tutela dei lavoratori a pochi mesi dall'intervenuta efficacia del decreto legislativo 31 marzo 2023 n. 36 è un'operazione complessa per due ordini di fattori, il primo è il fattore tempo, ricordando come sia dal 1° luglio 2023 che il nuovo sistema di regole è applicabile, il secondo è dato dall'importante, ad avviso di chi scrive, cambio di prospettiva sulla tematica. È corretto affermare che la disciplina giuslavoristica e quella relativa ai contratti pubblici si intersecano necessariamente, ma mai si era registrata una simile concatenazione, resa evidente perché il nuovo Codice dei contratti pubblici inserisce, fra i principi, una disposizione normativa appositamente dedicata al tema. Nei paragrafi precedenti il tema è stato affrontato, analizzando la normativa e la giurisprudenza europea e, a seguire, le modalità con le quali è stata disciplinata, dal nostro legislatore nel passato, la tutela dei lavoratori impiegati nell'esecuzione di appalti pubblici e come la giurisprudenza e l'Autorità nazionale anticorruzione si siano, a ciò, rapportati ed abbiano, di conseguenza, statuito e affermato in proposito.

Si ritiene che per affrontare, correttamente e compiutamente, il tema «tutela dei lavoratori» occorra superare ogni forma di settorialismo, con un approccio aperto e teso a considerare contemporaneamente un insieme di norme di rango costituzionale, eurounitario e primario, che interessano gli appalti pubblici e il diritto del lavoro, passando per il necessario rispetto del principio di libertà di iniziativa economica. Non si tratta, esclusivamente, di trovare una soluzione a seguito di un qualsivoglia bilanciamento di interessi contrapposti, sarebbe un'operazione semplicistica.

Occorre, invece, approcciarsi alla questione della tutela del lavoro, con una visione complessiva del fenomeno cercando di individuare, semmai, le soglie di tutela e l'operatività delle clausole sociali che, come si vedrà nel proseguo, hanno degli aspetti di sovrapposizione, per poi specializzarsi verso i fini specifici propri, ad esempio, delle diverse tipologie di tutele e di clausole sociali. Sempre ad avviso di chi scrive, i vari soggetti che dall'entrata in vigore ad oggi hanno, alacrememente,

lavorato per rendere operativo il nuovo assetto normativo inerente la contrattualistica pubblica hanno utilizzato un approccio prudente, pur ravvisando come siano state operate delle scelte coraggiose e degne di nota che si riveleranno utilissime per tutti gli operatori del settore. Si ritiene, sommessamente, che, detti attori, non sempre abbiano, propriamente, colto nel segno, specie quando hanno affrontato le tutele dei lavoratori impiegati negli appalti, poiché non hanno ben tenuto presente, così come avrebbe meritato, la *ratio* delle disposizioni, che ad avviso di chi scrive, si ritrova nella importantissima relazione di accompagnamento al Codice. Ciò per due motivi, da un lato sono stati trattati su fronti differenziati i principi della tutela del lavoro e le clausole sociali, dalle questioni afferenti al costo della manodopera; dall'altro la convinzione che la legittimità della clausola sociale continui a passare dal suo essere necessariamente «elastica», nell'accezione utilizzata nelle Linee Guida 13 di Anac, anche nell'innovato sistema normativo. Tuttavia si ritiene che il legislatore, sia quello delegante sia quello delegato, abbia innovato il paradigma di riferimento e, dunque, sarebbe auspicabile che tutti i soggetti istituzionali coinvolti e che avranno un ruolo orientato al «far funzionare» il complesso sistema, oggi in vigore, individuino e positivizzino una metodologia chiara e definita, fondata su un approccio logico ed estremamente rispettoso dei principi dell'ordinamento. Ciò è necessario se si intendono fornire alle stazioni appaltanti – per le fasi di progettazione dell'appalto e di affidamento, nonché per le attività di verifica in fase esecutiva – e agli operatori economici – per la presentazione dell'offerta e l'esecuzione, durante la quale gli impegni da questi assunti dovranno concretizzarsi – tutti gli strumenti, una sorta di cassetta degli attrezzi, per la definizione e l'attuazione delle soglie, economiche e normative, non negoziabili di tutela, così come determinati ai sensi e per gli effetti dell'articolo 11 del Codice dei contratti pubblici, in quanto cristallizzate dal contratto collettivo nazionale di lavoro indicato dalla stazione appaltante. Si dirà, più approfonditamente in seguito, un'operazione è stata fatta – o per meglio dire un tentativo non ancora, del tutto, compiuto da parte di Anac – senza volere sminuire la qualità del lavoro, che è invece, per molti aspetti, apprezzabile – con l'approvazione della nota illustrativa al bando tipo 1-2023¹. Occorrerebbe terminare il «buon» lavoro avviato che ha visto la partecipazione di diversi soggetti e istituzioni e, magari, farne oggetto di una trattazione completa in ordine all'approccio metodologico da seguire e che vada, ciò sarebbe importantissimo, oltre l'indicazione di un mero elenco «*esemplificativo e non esaustivo*» di azioni da compiere per individuare, ad esempio, il contratto collettivo e analizzare le equivalenze, normative e retributive, qualora il concorrente indicasse un

¹ Il bando tipo 1-2023, la nota illustrativa e l'Analisi di impatto della regolazione (Air) sono consultabili al link <https://www.anticorruzione.it/-/delibera-n.-309-del-27-giugno-2023-bando-tipo-n.1-2023>.

3. LA TUTELA DEI LAVORATORI NEL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

contratto collettivo diverso o per definire meglio i contenuti delle clausole sociali, così come formulate nel d.lgs. 36/2023.

3.2. La legge delega

Con legge 21 giugno 2022 n. 78 il Parlamento ha delegato il Governo ad adottare, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della legge stessa, uno o più decreti legislativi recanti la disciplina dei contratti pubblici, anche al fine di «*adeguare 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 in materia di contratti pubblici*». La legge delega è estremamente chiara nell'individuazione della *mission*, non ci sono molti margini di manovra, le parole d'ordine sono adeguare al diritto europeo, riordinare, semplificare al fine di scongiurare richiami da parte dell'Unione.

Concentrandoci sull'articolato della legge delega, all'articolo 1, comma 2, è indicato alla lettera:

- a) **perseguimento di 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 [...];
- g) previsione dell'obbligo per le stazioni appaltanti di inserire nei bandi di gara, negli avvisi e inviti, in relazione alle diverse tipologie di contratti pubblici, un **regime obbligatorio di revisione dei prezzi** al verificarsi di particolari condizioni di natura oggettiva e non prevedibili al momento della formulazione dell'offerta, **compresa la 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**;
- h) previsione della facoltà, per le stazioni appaltanti, 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; previsione dell'obbligo per le stazioni appaltanti 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 principi

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**;
- s) revisione e semplificazione del **sistema di qualificazione generale degli operatori**, 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 effettivamente 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;
- t) individuazione delle ipotesi in cui le stazioni appaltanti possono ricorrere ad automatismi nella valutazione delle offerte e tipizzazione dei casi in cui le stazioni appaltanti possono ricorrere, ai fini dell'aggiudicazione, al solo criterio del prezzo o del costo, con possibilità di escludere, per i contratti che non abbiano carattere transfrontaliero, le offerte anomale determinate sulla base di meccanismi e metodi matematici, tenendo conto anche della specificità dei contratti nel settore dei beni culturali e prevedendo in ogni caso che **i costi della manodopera e della sicurezza siano sempre scorporati dagli importi assoggettati a ribasso**.

Si è ritenuto utile riportare le disposizioni della legge n. 78/2022 per rimarcare come il legislatore delegante abbia definito un sistema molto preciso di regole, che indirizza, ma più che altro vincola incisivamente l'attività del legislatore delegato, con riguardo alle tutele del lavoro negli appalti. Ci si riferisce, in particolare, alle scelte operate del legislatore del 2022, circa l'individuazione dei contratti collettivi di riferimento, la definizione delle clausole sociali espressamente qualificate «requisiti necessari dell'offerta», l'obbligo di revisione dei prezzi contrattuali correlato al valore dei rinnovi della contrattazione collettiva.

3.3. *Il ruolo del Consiglio di Stato*

Come noto, il Governo dell'epoca affida la formulazione del progetto di Codice dei contratti pubblici al Consiglio di Stato che nell'ottemperare, ovviamente, alle prescrizioni contenute nella legge di delegazione n. 78/2022 si trova davanti ad un sistema di tutele del lavoro che presenta delle connotazioni peculiari e si distingue da quello contenuto nella legge di delegazione n. 11/2016, in ottemperanza alla quale era stato predisposto l'abrogato Codice dei contratti.

La bozza di Codice che il Consiglio di Stato presenta al Governo è accompagnata da una utilissima Relazione agli articoli e agli allegati, che viene definita «materiale della legge» (*Gesetzmaterial*) in quanto, scrivono i giudici, si propone come un vero e proprio «manuale operativo per l'uso del nuovo codice», assorbendo anche la «funzione di indirizzo attuativo». È, altresì, interessante leggere che i giudici – supportati da giuristi, accademici e tecnici – abbiano «cercato di scrivere un codice che racconti la storia delle procedure di gara, accompagnando amministrazioni e operatori economici, passo dopo passo, dalla fase iniziale della programmazione e progettazione sino all'aggiudicazione e all'esecuzione del contratto». Si legge, inoltre: «Si è inteso dare un senso effettivo ad alcune parole chiave, spesso utilizzate in tema di contratti pubblici:

- *la semplificazione, ottenuta aumentando la discrezionalità delle amministrazioni e rimuovendo il goldplating² ovunque possibile. Il rischio di fenomeni corruttivi è prevenuto da un più ampio ricorso a digitalizzazione, trasparenza e qualificazione;*
- *l'accelerazione, intesa come massima velocizzazione delle procedure, ma non solo “sulla carta”, perché il termine ridotto è stato individuato avendo sempre presente la sua effettiva “fattibilità”: assieme alla rapidità occorre garantire anche certezza nei tempi di affidamento, esecuzione e pagamenti alle imprese;*
- *la digitalizzazione, completa, delle procedure e la interoperabilità delle piattaforme, secondo il principio dell'once only, ossia dell'unicità dell'invio di dati, documenti e informazioni alle stazioni appaltanti;*
- ***la tutela, dando piena attuazione alla delega a protezione dei lavoratori (tramite clausole sociali, valorizzazione dei Ccnl e lotta ai “contratti pirata”) e delle imprese (per esempio, in tema di rinegoziazione e revisione prezzi, o di suddivisione in lotti)».***

Il Consiglio di Stato emette, anche, una sorta di avviso ai naviganti ed afferma: «la legge, anche se riordinata e semplificata grazie a un codice, è un elemento

² *Goldplating*, introduzione o mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive europee. La Corte costituzionale con sentenza n. 100 del 5 maggio 2020 ha affermato: «la ratio è impedire l'introduzione, in via legislativa, di oneri amministrativi e tecnici ulteriori rispetto a quelli previsti dalla normativa dell'Unione, che riducano la concorrenza in danno delle imprese e dei cittadini. Il divieto in esame va infatti interpretato in una prospettiva di riduzione degli “oneri non necessari” e non di abbassamento del livello di quelle garanzie che salvaguardano altri valori costituzionali».

necessario ma non sufficiente per una riforma di successo, giacché tutte le riforme iniziano “dopo” la loro pubblicazione sulla Gazzetta ufficiale e si realizzano soltanto se le norme sono effettivamente attuate “in concreto”».

3.4. *Il nuovo Codice dei contratti pubblici*

3.4.1. *L'articolo 11: principio di applicazione dei contratti collettivi nazionali di settore*

È stato più volte ribadito come, a parere di chi scrive, il decreto legislativo 31 marzo 2023 n. 36 abbia definito, in stretta attuazione della legge di delegazione, un nuovo sistema di regole in tema di tutela del lavoro ed individuato una serie di obblighi operativi che, *in primis*, le stazioni appaltanti sono tenute ad attuare, fin dalla progettazione dell'appalto. La disposizione normativa di riferimento di questo nuovo sistema è l'**articolo 11**, rubricato «**Principio di applicazione dei contratti collettivi nazionali di settore. Inadempienze contributive e ritardo nei pagamenti**», che, nei primi commi, così recita:

1. *Al personale impiegato nei lavori, servizi e forniture oggetto di appalti pubblici e concessioni è applicato il contratto collettivo nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni di lavoro, stipulato dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e quello il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto o della concessione svolta dall'impresa anche in maniera prevalente.*
2. *Nei bandi e negli inviti le stazioni appaltanti e gli enti concedenti indicano il contratto collettivo applicabile al personale dipendente impiegato nell'appalto o nella concessione, in conformità al comma 1.*

Nella Relazione agli articoli e agli allegati predisposta dal Consiglio di Stato, si legge che la norma proposta al comma 1, intende dare attuazione e valorizzare la previsione posta dall'art. 1, comma 2, lettera h), n. 2, della legge delega, la quale, precisano i giudici, anche sul piano letterale, attraverso l'uso del verbo «garantire», in luogo di «promuovere», ha abbandonato l'idea di una funzione meramente promozionale e incentivante, nei confronti degli operatori economici, delle norme sulle clausole sociali nella disciplina dei contratti pubblici, mirando a conseguire «un effettivo risultato applicativo con norme maggiormente pregnanti e vincolanti». L'affermazione del Consiglio Stato è molto significativa perché motiva le ragioni per cui viene «elevato» a principio, del decreto legislativo, un espresso criterio di delega collegato alle clausole sociali, a loro volta qualificate come «requisiti necessari dell'offerta». Per completezza, si precisa che la disposizione ricalca fedelmente quella contenuta all'articolo 30, comma 4, del d.lgs. 50/2016, tuttavia formulata in rispondenza al dispositivo di delega contenuto nella lettera h) dell'articolo 2 della l. 78/2022 – che risente molto delle contaminazioni delle disposizioni normative contenute nel decreto legge 31 maggio 2021 n.

3. LA TUTELA DEI LAVORATORI NEL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

77 «*Governance del Piano nazionale di ripresa e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure*», convertito in legge 29 luglio 2021 n. 108 – assume ancora più valenza. In sostanza viene codificata la strettissima relazione sussistente tra le clausole sociali e la soglia minima di tutela, quest'ultima espressamente prevista all'articolo 11, per tutti gli appalti pubblici, temperata dall'attuazione del principio sulla libertà di iniziativa economica sancito tanto dal comma 3 dell'articolo 11 stesso, quanto dal comma 14 dell'articolo 41, di cui si tratterà, approfonditamente, a breve. Si precisa inoltre, che con la disposizione inserita al primo comma (e dunque anche in relazione al comma 4 dell'articolo 30 del d.lgs. 50/2016), il punto di riferimento per la scelta del Ccnl applicabile non è «*l'attività prevalente esercitata dall'impresa (come si è sempre sostenuto sulla base dell'art. 2070 del Cod. civ.)*», ma le prestazioni oggetto dell'appalto da eseguire. Inoltre, ha espressamente previsto il criterio di selezione del Ccnl da scegliere tra quelli stipulati dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale (i c.d. contratti leader)».

Il Consiglio di Stato si pone un problema, confermando il fatto che rimane aperta la questione, della possibile sovrapposizione tra settori di attività e quindi della possibile applicabilità di più contratti collettivi conformi, con ambiti di applicazione compatibili con l'attività oggetto dell'appalto. Nella Relazione si afferma però «*La norma proposta – di cui ai commi 1 e 2 – intende compiere un ulteriore passo in questa direzione, restringendo anche le ipotesi in cui, per la frammentazione dei contratti collettivi nell'ambito del medesimo settore, l'operatore economico finisca con l'optare per un Ccnl che non garantisce al lavoratore le migliori tutele sotto il profilo normativo ed economico. La previsione non pare in contrasto con l'art. 39 Cost.³ in quanto non è diretta a estendere ex lege ed erga omnes l'efficacia del contratto collettivo, ma si limita a indicare le condizioni contrattuali che l'aggiudicatario deve applicare al personale impiegato, qualora, sulla base di una propria e autonoma scelta imprenditoriale, intenda conseguire l'appalto pubblico, restando libero di applicare condizioni contrattuali diverse nello svolgimento dell'attività imprenditoriale diversa; e restando libero di accettare o non la clausola dell'appalto pubblico oggetto dell'aggiudicazione (accettando, quindi, anche l'esclusione dalla procedura)*».

Quanto asserito, sul punto, dal Consiglio di Stato è frutto di una evoluzione della questione, da sempre dibattuta, in merito all'efficacia erga omnes dei contratti collettivi nazionali di lavoro, che viene affrontata da un punto di vista completamente nuovo. Il ragionamento che si rileva è il seguente, il Codice non deve porre e risolvere la questione specifica, bensì deve definire le condizioni minime economiche e normative di tutela per i lavoratori impiegati nell'esecuzione di

³ Articolo 39, comma 4, Costituzione: «I sindacati registrati hanno personalità giuridica. Possono, rappresentati unitariamente in proporzione dei loro iscritti, stipulare contratti collettivi di lavoro con efficacia obbligatoria per tutti gli appartenenti alle categorie alle quali il contratto si riferisce».

appalti pubblici, valevoli tanto per le stazioni appaltanti, in sede di progettazione, tanto per gli operatori economici, in sede di presentazione delle proposte contrattuali. Il rispetto del sistema di regole sulla individuazione dei parametri, non negoziabili, di tutele dei lavoratori – definito dal legislatore nel rispetto del precepto costituzionale contenuto all'articolo 36 – è funzionale a determinare, correttamente, la stima dell'appalto, a consentire la presentazione di offerte serie e sostenibili, nonché a permettere le verifiche sulla congruità ed attendibilità delle stesse. Tutto ciò, si ripete, in funzione di un espresso principio di delega che usa il verbo «garantire» a proposito dei contratti collettivi da applicare al personale impiegato nell'appalto e in funzione dell'innalzamento del livello di tutele economiche e normative. Verrebbe, in tal modo, perseguito, costantemente, quanto previsto al considerando 37 e all'articolo 18 della direttiva 2024/24/Ue, nonché quanto indicato dai documenti tematici annunciati nel Libro Bianco sul futuro dell'Europa⁴ e quanto previsto all'articolo 9 del Trattato di Funzionamento dell'Unione ove è sancito che un elevato livello di occupazione e la protezione sociale sono i pilastri dell'azione dell'Unione stessa. Sotto questo profilo, se è vero che gli Stati membri sono i soggetti attuatori delle politiche dell'Unione – in altre parole gli artefici della concretizzazione degli effetti sull'intero sistema che coinvolge cittadini, imprese e istituzioni – si può pacificamente sostenere che l'articolo 11 del Codice dei contratti pubblici esattamente ciò realizza. Ci si permette un'ultima annotazione, funzionale a sgombrare il campo da ulteriori dubbi circa la legittimazione, da parte di uno stato membro, di inserire, in ambito pubblicistico, delle limitazioni della libertà di iniziativa economica che a sua volta si innestano in un sistema cogente di tutele a livello eurounitario, prendendo a riferimento un istituto molto dibattuto quale è il subappalto. Se si analizzano, rinviando per un maggiore dettaglio all'Appendice 2, i tratti distintivi tra il subappalto in senso civilistico e in senso pubblicistico ed è stato riportato un importante arresto giurisprudenziale, ad opera dei giudici del Tar del Lazio, ai sensi del quale *«le norme pubblicistiche sul subappalto intendono perseguire finalità, quali la prevenzione da infiltrazioni criminali e la tendenziale stabilità dell'esecutore, bensì inerenti al settore delle commesse pubbliche, ma non incompatibili con le esigenze avute di mira dal diritto comune, ivi inclusa quella, comune ad ogni tipo di appalto, che l'opera venga realizzata a regola d'arte»*. Il tema è che le stazioni appaltanti devono valutare «l'integrità» del subappaltatore, andando oltre le esigenze del committente, e ove, le amministrazioni stesse, riscontrino la sussistenza, in capo all'operatore economico individuato dall'appaltatore principale, di definite cause ostative⁵ all'affidamento a carico di

⁴ Documento di riflessione sulla dimensione sociale (Ce) – Bruxelles 26.4.2017 Com(2017) 206 final – ove vengono definiti gli obiettivi dell'Europa al 2025.

⁵ Sussistenza di cause di esclusione automatica ai sensi dell'articolo 94 del d.lgs. 36/2023 o di cause di esclusione non automatica ai sensi dell'articolo 95 del d.lgs. 36/2023.

3. LA TUTELA DEI LAVORATORI NEL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

tale soggetto, hanno ben il potere di non autorizzare il subappalto. Ciò si traduce in una compressione della libera iniziativa economica dell'appaltatore affidatario. Si vuole, in tal guisa, evidenziare, come, legittimamente, sussistono nel sistema degli appalti pubblici una serie di condizionalità specifiche poste a tutela dei principi fondamentali dell'ordinamento, anche di rango costituzionale. Si deduce, pertanto che il presidio, da parte delle stazioni appaltanti, delle dinamiche che investono l'affidamento di un contratto pubblico, comporta che gli operatori economici devono accettare determinati vincoli, tra cui rientra quello del rispetto di un determinato livello di tutele, economiche e normative da assicurare ai lavoratori impiegati nell'appalto.

Il Consiglio di Stato nel continuare la disamina dell'articolo 11, immediatamente dopo le argomentazioni circa il rapporto con l'articolo 39 della Costituzione, afferma: «*I medesimi argomenti possono essere utilizzati per affermare la compatibilità anche rispetto all'art. 41⁶ Cost., tenuto conto altresì che la libera iniziativa economica «non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale». Il consentire alla Pa la scelta di indicare il Ccnl applicabile alle prestazioni oggetto di gara sembra trovare giustificazione proprio sotto questo profilo (art. 41, comma 2, Cost.)*». Merita soffermarsi sulla «libertà di iniziativa economica» e i limiti, costituzionalmente individuati, per il suo esercizio, analizzando il precetto costituzionale. L'articolo 41, al comma 1, garantisce la libertà dell'iniziativa economica che si esplica nella fase dell'iniziativa e dell'organizzazione dell'impresa e nella fase di gestione⁷. Il comma 2 individua una serie di limitazioni alla libertà d'iniziativa economica stessa che la dottrina⁸ ha, da tempo, definito «esterne», nel senso che viene, pacificamente, esclusa la funzionalizzazione dell'iniziativa economica privata all'utilità sociale, quale requisito di legittimità dell'iniziativa economica stessa. Si evidenzia, infatti, che la legittimità dell'iniziativa economica non è, necessariamente, connessa al perseguimento dell'utilità sociale della medesima, bensì al fatto che il suo esercizio non ne sia in contrasto. Il punto è che con la previsione di indirizzamento e coordinamento «a fini sociali» dell'attività economica, coperta da riserva di legge, si concretizza l'intervento pubblico sulla libertà di iniziativa di cui al primo comma dell'articolo 41 della Costituzione. Può argomentarsi che, attraverso l'articolo 11 del Codice dei contratti pubblici, il legislatore non stia facendo altro che muoversi entro il

⁶ Articolo 41, Costituzione: «*L'iniziativa economica privata è libera. Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla salute, all'ambiente, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana. La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali e ambientali*».

⁷ Corte costituzionale, 22 novembre 1991, n. 420: «*la libertà di organizzazione e di gestione dell'impresa [...] è un elemento della libertà d'iniziativa economica tutelata dall'art. 41 Cost.*».

⁸ F. Galgano, *La libertà di iniziativa economica privata nel sistema delle libertà costituzionali*, in *Trattato di dir. comm. e di dir. pubbl. dell'economia*, diretto da F. Galgano, pag. 513, vol. I, Cedam, Padova 1977.

richiamato articolo 41, poiché con norme di rango primario interviene sulla fissazione dei livelli di tutela, economica e normativa, inderogabili da assicurare ai lavoratori impiegati nell'esecuzione di appalti pubblici e che devono, pertanto, essere, in tale ambito, sempre garantiti. Le condizioni affinché la previsione, appena riportata, si concretizzi sono inserite, almeno per le stazioni appaltanti, all'articolo 41, comma 14, nella parte si cui impone, a queste, di indicare i costi per la manodopera che, ovviamente saranno determinati in relazione al contratto collettivo individuato ai sensi del comma 2 dell'articolo 11. Un'ultima considerazione, tratta dalla sentenza della Corte costituzionale 78/2013 nella quale si afferma che *«Tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile, pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. La tutela deve essere sempre "sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro" (sentenza n. 264 del 2012). Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe "tiranno" nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona. La Costituzione italiana, come le altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vice-devole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi. La qualificazione come "primari" dei valori dell'ambiente e della salute (il concetto può estendersi all'utilità sociale) significa pertanto che gli stessi non possono essere sacrificati ad altri interessi, ancorché costituzionalmente tutelati, non già che gli stessi siano posti alla sommità di un ordine gerarchico assoluto. Il punto di equilibrio, proprio perché dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere valutato – dal legislatore nella statuizione delle norme e dal giudice delle leggi in sede di controllo – secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale»*. Nella sostanza, si ribadisce, seppur in maniera non espressa dal Consiglio di Stato nella Relazione al Codice, è avvenuta la codificazione della funzione dell'iniziativa economica in attuazione del dettato costituzionale, che nella fattispecie è di natura specialistica, in quanto riservata al sistema degli appalti pubblici che – a sua volta, a parere di chi scrive – si innesta nel solco individuato, come si è scritto sopra, dal Tue, dal Libro Bianco sul futuro dell'Europa e dalla direttiva appalti, da cui ne discende la legittimità a livello di diritto eurounitario. Si ritiene che in riferimento alla libertà di iniziativa economica non si possa parlare di compressione, *tout court*, della stessa, non sarebbe corretto, si tratta, più esattamente, della definizione di una modalità in cui detta libertà può esplicitarsi. Ciò è dimostrato dal comma 3 dell'articolo 11, *«Gli operatori economici possono indicare nella propria offerta il differente contratto collettivo da essi applicato, purché garantisca ai dipendenti le stesse tutele di quello indicato dalla stazione appaltante o dall'ente concedente»*. In sostanza, il livello di tutele normative ed economiche, fissato dalla stazione appaltante nel momento in cui ha individuato il contratto collettivo applicabile ai lavoratori impiegati nell'appalto, diventa non negoziabile. Il ragionamento è, non sussiste l'obbligo ad

3. LA TUTELA DEI LAVORATORI NEL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

applicare quel determinato contratto collettivo, sussiste, invece, l'obbligo di tenere fermi i livelli delle tutele, normative ed economiche, ivi dedotte perché, come espressamente ribadito dalla Corte costituzionale con la sentenza 11 marzo 2015 n. 51 *«lungi dall'assegnare ai [...] contratti collettivi, stipulati dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative, efficacia erga omnes, in contrasto con quanto statuito dall'art. 39 Cost., mediante un recepimento normativo degli stessi, richiama i predetti contratti, e più precisamente i trattamenti economici complessivi minimi ivi previsti, quale parametro esterno di commisurazione, da parte del giudice, nel definire la proporzionalità e la sufficienza del trattamento economico da corrispondere...in linea con l'indirizzo giurisprudenziale che, da tempo, ritiene conforme ai requisiti della proporzionalità e della sufficienza (art. 36 Cost.) la retribuzione concordata nei contratti collettivi di lavoro firmati dalle associazioni comparativamente più rappresentative»*. Se a ciò si aggiunge la previsione del comma 14 dell'articolo 41 del Codice dei contratti pubblici, il quadro è definitivamente delineato, in punto di perseguimento, *de jure condito*, della libertà di iniziativa economica, poiché l'operatore economico ha la facoltà, solo in funzione di una efficiente organizzazione di impresa, di ridefinire i costi della manodopera, nel suo complesso, ma gli è precluso, per le ragioni anzidette, di comprimere le tutele in capo a ciascuno dei lavoratori che impiegherà per l'esecuzione dell'appalto. La novellata disposizione normativa si innesta, assicurandone continuità, nel filone tracciato dalla giurisprudenza, compresa quella della Corte costituzionale, che riconosce ai contratti collettivi nazionali di lavoro stipulati dalle organizzazioni datoriali e sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, indipendente dalla loro efficacia *erga omnes*, l'idoneità a definire tutele normative e trattamenti economici proporzionati e sufficienti.

Si dirà successivamente, in merito ad alcuni arresti giurisprudenziali recenti, che, in qualche maniera, definiscono meglio l'operatività e i limiti di tale presunzione di sufficienza. Ci si riferisce alla sentenza della Corte di Cassazione n. 2771/2023, in cui i giudici hanno operato valutazioni anche sulla congruità della retribuzione di un determinato contratto collettivo. Ad avviso di chi scrive – si anticipa sul punto alcune considerazioni rispetto alla successiva trattazione sulla richiamata sentenza – la statuizione della Corte costituzionale del 2015 rimane valida per due ordini di motivi, il primo è che non limita la discrezionalità della valutazione operata dai giudici, il secondo è che i parametri sono da individuarsi, comunque, nei contratti collettivi specie, in assenza di alcuna disposizione legislativa sul salario minimo.

Nel nuovo Codice dei contratti pubblici, si riscontra, in alcuni contesti, la declinazione delle azioni da adottare tese a rendere effettivo il principio espresso e il comma 4 dell'articolo 11 ne è la dimostrazione: *«Nei casi di cui al comma 3, prima di procedere all'affidamento o all'aggiudicazione le stazioni appaltanti e gli enti concedenti acquisiscono la dichiarazione con la quale l'operatore economico individuato si impegna ad applicare il contratto collettivo nazionale e territoriale indicato nell'esecuzione delle prestazioni*

oggetto del contratto per tutta la sua durata, ovvero la dichiarazione di equivalenza delle tutele. In quest'ultimo caso, la dichiarazione è anche verificata con le modalità di cui all'articolo 110». La disposizione è chiarissima nel rimarcare la non negoziabilità del livello di tutele e impone alle stazioni appalti la verifica delle equivalenze. Rimane aperta la domanda, stante la non negoziabilità delle tutele economiche e normative, su come debba essere valutato un contratto collettivo indicato da un determinato operatore economico che preveda tutele economiche migliori ma tutele normative inferiori. Si proverà, dopo, a cercare di fornire una soluzione, o meglio ad indicare un possibile approccio metodologico da applicare, in questa sede, ad avviso di chi scrive, è sufficiente anticipare come sarebbe stato auspicabile, quantomeno in Relazione, che il Consiglio di Stato affrontasse, più compiutamente, le questioni aperte, tra cui quella sopra rappresentata.

Chiudono l'articolo 11, i commi 5 e 6:

5. *Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti assicurano, in tutti i casi, che le medesime tutele normative ed economiche siano garantite ai lavoratori in subappalto.*
6. *In caso di inadempienza contributiva risultante dal documento unico di regolarità contributiva relativo a personale dipendente dell'affidatario o del subappaltatore o dei soggetti titolari di subappalti e cottimi, 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, compresa, nei lavori, la cassa edile. In ogni caso sull'importo netto progressivo delle prestazioni è operata una ritenuta dello 0,50%; le ritenute possono essere svincolate soltanto in sede di liquidazione finale, dopo l'approvazione da parte della stazione appaltante del certificato di collaudo o di verifica di conformità, previo rilascio del documento unico di regolarità contributiva. In caso di ritardo nel pagamento delle retribuzioni dovute al personale di cui al primo periodo, il responsabile unico del progetto 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 di cui al terzo periodo, 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.*

Sono delle disposizioni che ribadiscono il tema della effettività degli impegni assunti, delle verifiche e dei rimedi esperibili da parte delle stazioni appaltanti, peraltro ripresi dall'abrogato d.lgs. 50/2016. L'unica riflessione da fare è che, si continua, in molti ambiti, a focalizzare l'attenzione, dettandone specifiche discipline, sulle procedure e sui contratti aventi ad oggetto lavori pubblici, rimettendo alle stazioni appaltanti un'operazione esegetica tesa ad individuare in che termini la disposizione, dettata per lavori, sia applicabile alle forniture e ai servizi. Si ritiene, pertanto, necessaria una maggiore attenzione sul punto, anche con interventi di normazione secondaria, così come risulta necessario prestare maggiore attenzione alla disciplina degli strumenti propri delle centrali committenza (*rectius*

accordi quadro, articolo 59 del d.lgs. 36/2023 e Convenzioni, articolo 26 l. 488/1999) e alla loro utilizzazione, considerato che, sempre in misura maggiore, le amministrazioni pubbliche soddisfano i propri fabbisogni ricorrendo alle centrali di committenza stesse e ai soggetti aggregatori.

Un'altra questione, non irrilevante, da attenzionare riguarda l'ambito di applicazione dell'articolo 11 alle procedure ed ai contratti aventi ad oggetto le forniture di beni, prendendo spunto da alcune richieste, poste dai vari soggetti ad Anac in sede di consultazione aperta sul bando tipo, con le quali si invitava l'Autorità stessa a fornire indicazioni precise. In particolare, una stazione appaltante ha avuto modo di porre una richiesta circa il contratto collettivo, da indicare negli atti di gara, per l'acquisizione di una fornitura di carta; si coglie l'occasione per rivolgere un plauso all'Autorità nazionale anticorruzione che, nel dare evidenza di tutti i contributi ricevuti e alle risposte fornite, restituisce agli addetti ai lavori un quadro, in trasparenza assoluta, dei ragionamenti e delle chiavi interpretative utilizzate. Ciò è molto apprezzato dagli operatori del settore e dagli stakeholders.

Tornando al tema oggetto di trattazione, Anac esclude le mere forniture di beni dall'ambito di applicazione dell'articolo 11 e dunque esonera le stazioni appaltanti dall'indicare negli atti di gara il contratto collettivo e da tutto ciò che ne deriverebbe, ove ne fosse stata estesa l'applicabilità. La nota illustrativa fornisce, in proposito, le seguenti motivazioni: *«L'articolo 57, comma 1^o, richiede l'applicazione del Ccnl di cui sopra agli affidamenti di contratti di lavori e servizi diversi da quelli aventi natura intellettuale. Sulla base del combinato disposto delle due norme, è stato ritenuto di poter aderire all'interpretazione che vede l'articolo 11 come enunciazione di un principio generale e l'articolo 57 come declinazione pratica di tale principio. È stato quindi ritenuto possibile perimetrare l'applicazione dei principi di cui all'articolo 11 all'ambito oggettivo individuato dall'articolo 57, escludendo i contratti di servizi aventi natura intellettuale. Inoltre, è stato ritenuto opportuno escludere le forniture senza posa in opera [...]. Inoltre, è stato ritenuto che l'articolo*

⁹ Articolo 57. **Clausole sociali del bando di gara e degli avvisi e criteri di sostenibilità energetica e ambientale.** 1. Per gli affidamenti dei contratti di appalto di lavori e servizi diversi da quelli aventi natura intellettuale e per i contratti di concessione i bandi di gara, gli avvisi e gli inviti, tenuto conto della tipologia di intervento [...] devono contenere specifiche clausole sociali con le quali sono richieste, come requisiti necessari dell'offerta, misure orientate tra l'altro a garantire le pari opportunità generazionali, di genere e di inclusione lavorativa per le persone con disabilità o svantaggiate, la stabilità occupazionale del personale impiegato, nonché l'applicazione dei contratti collettivi nazionali e territoriali di settore, tenendo conto, in relazione all'oggetto dell'appalto o della concessione 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 e di quelli il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto o della concessione svolta dall'impresa anche in maniera prevalente, nonché a garantire le stesse tutele economiche e normative per i lavoratori in subappalto rispetto ai dipendenti dell'appaltatore e contro il lavoro irregolare.

102¹⁰, nel prevedere che le stazioni appaltanti richiedano all'operatore economico l'assunzione degli impegni ivi previsti, debba essere letto in combinato disposto con l'articolo 57 e, quindi, detta richiesta debba essere limitata ai casi individuati in tale disposizione, con esclusione dei servizi avente natura intellettuale e delle forniture senza posa in opera».

Come si affronterà in seguito, si palesa un aspetto, cioè quello di avere letto e interpretato, nel bando tipo 1-2023, l'articolo 11 in combinato con le sole disposizioni disciplinanti le clausole sociali. L'approccio dell'Autorità non convince, nonostante la conclusione finale sia razionale. Si ritiene, infatti, che sia più corretto, in una ricostruzione giuridica sul punto specifico, inerente cioè i contratti aventi ad oggetto forniture di beni, prendere a riferimento il comma 14 dell'articolo 41 del Codice e rilevare in quali tipologie di contratti occorre procedere, ai sensi della disposizione citata, circa la quantificazione dei costi della manodopera. È evidente che mancano le forniture, che non sono menzionate dal comma in parola per un semplice motivo, perché il contratto di fornitura, richiamato dal Codice dei contratti pubblici, è propriamente una vendita ex articolo 1470 Cod. civ., intesa come trasferimento della proprietà di una cosa verso il corrispettivo di un prezzo, avente funzione tipicamente traslativa e con efficacia immediata. Il comma 1 dell'articolo 11, tuttavia, principia con le parole «*al personale impiegato nei lavori, servizi e forniture*», ora la domanda è, quale è il personale impiegato nelle forniture di beni? Ci si dovrebbe riferire alla manodopera che quel bene ha realizzato? Orbene, risulta ovvio che un servizio o un lavoro si avviano in un momento successivo all'affidamento del contratto, la fornitura – nella stragrande maggioranza dei casi, si pensi alla carta o alle automobili o alle medicazioni usate negli ospedali – viene realizzata in momenti precedenti all'affidamento del contratto stesso da parte di una stazione appaltante e, addirittura, indipendentemente dal concretizzarsi dell'affidamento da parte della stazione appaltante. Questo perché l'operatore economico produce quel determinato bene nell'esercizio

¹⁰ Articolo 102. **Impegni dell'operatore economico.** 1. Nei bandi, negli avvisi e negli inviti le stazioni appaltanti, tenuto conto della prestazione oggetto del contratto, richiedono agli operatori economici di assumere i seguenti impegni: a) garantire la stabilità occupazionale del personale impiegato; b) 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 e di quelli il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto o della concessione svolta dall'impresa anche in maniera prevalente, nonché garantire le stesse tutele economiche e normative per i lavoratori in subappalto rispetto ai dipendenti dell'appaltatore e contro il lavoro irregolare; c) garantire le pari opportunità generazionali, di genere e di inclusione lavorativa per le persone con disabilità o svantaggiate. 2. Per i fini di cui al comma 1 l'operatore economico indica nell'offerta le modalità con le quali intende adempiere quegli impegni. La stazione appaltante verifica l'attendibilità degli impegni assunti con qualsiasi adeguato mezzo, anche con le modalità di cui all'articolo 110, solo nei confronti dell'offerta dell'aggiudicatario.

3. LA TUTELA DEI LAVORATORI NEL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

dell'attività imprenditoriale che gli è propria. Arrivare a sostenere, riprendendo la domanda posta ad Anac in fase di consultazione, che l'affidamento del contratto è condizionato dall'inquadramento contrattuale dei lavoratori che realizzano il bene (nell'esempio la carta stessa), appare un'operazione arditata, dal momento che nessuno fra questi entra in relazione con la stazione appaltante; si soprassiede al caso in cui la fornitura sia realizzata all'estero e in Paesi extraeuropei. Non risulterebbe quantificabile, neanche, il tempo necessario a produrre, tornando all'esempio, la carta per la determinata stazione appaltante. È chiaro che il livello di tutela attraverso la determinazione di un contratto collettivo non può essere, in questi casi, imposto dalla stazione appaltante e, ove ciò lo fosse, si andrebbe verso il riconoscimento dell'applicabilità «*erga omnes*» dei contratti collettivi. Detta ipotesi è stata, peraltro, espressamente dichiarata fuori contesto dal Consiglio di Stato, la cui concretizzazione si realizza, ai sensi dell'articolo 39 della Costituzione, attraverso specifiche procedure e alle condizioni ivi individuate, non certamente mediante la disciplina normativa dei contratti pubblici. Corroborata il ragionamento appena esplicitato la Relazione agli articoli e agli allegati del Consiglio di Stato, nella parte in cui, con riferimento all'articolo 11, afferma «*L'aggiudicatario deve applicare al personale impiegato, qualora, sulla base di una propria e autonoma scelta imprenditoriale, intenda conseguire l'appalto pubblico, restando libero di applicare condizioni contrattuali diverse nello svolgimento dell'attività imprenditoriale diversa*». Nel caso del trasferimento di beni, attraverso un contratto avente ad oggetto forniture, per le ragioni sopra indicate non ci sarebbe un personale «dedicato» alla commessa, semmai un personale che in un momento, verosimilmente, precedente all'affidamento, ma certamente precedente alla concretizzazione dell'effetto traslativo, ha realizzato il bene, poi oggetto di acquisto da parte della stazione appaltante. La lettera della norma, nel riferirsi alle forniture, non può che avere focalizzato l'attenzione al personale impiegato nella posa in opera delle forniture; letta in questa accezione la questione è destinata ad assumere connotati definiti, tornando, in tal modo, alla condizione di partenza e cioè che l'operatore economico è tenuto ad applicare ai lavoratori i contratti collettivi dell'articolo 11 che «specificamente» impiega per l'esecuzione di quel determinato appalto. Supporta l'argomentazione appena esposta il tenore letterale del comma 2 dell'articolo 11, nella parte in cui impone alle stazioni appaltanti l'indicazione del contratto collettivo da applicare al «*personale dipendente impiegato nell'appalto*». La disposizione riportata definisce, ad avviso di chi scrive, ulteriormente i contorni della questione, occorre individuare il personale, in maniera specifica, che viene impiegato nell'appalto e che, dunque, esegue le prestazioni affidate a favore del committente pubblico a seguito dell'affidamento stesso, situazione non rinvenibile nelle forniture, ad eccezione di quelle la cui fruizione è connessa alla, successiva, attività di posa in opera. Un altro aspetto, probabilmente meno rilevante, ma degno di attenzione, verte sul significato attribuito al termine «appalto». C'è,

infatti, da considerare, che nel linguaggio corrente, anche tecnico in alcuni casi, il termine appalto assume un significato esteso, in alcuni contesti è il contratto, in altri la procedura, in altri casi tutti e due, verosimilmente a causa di una non, proprio, corretta traduzione del termine inglese *procurement* con il termine italiano appalto, in luogo di «approvvigionamento».

Ai sensi delle definizioni contenute nell'allegato I.1, articolo 2, lettera b) sono «contratti di appalto» o «appalti pubblici», i contratti a titolo oneroso stipulati per iscritto tra uno o più operatori economici e una o più stazioni appaltanti e aventi per oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di beni o la prestazione di servizi; tuttavia, ai sensi dell'articolo 1655 Cod. civ. l'appalto è il contratto col quale una parte assume, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio il «*compimento di un'opera o di un servizio*» verso un corrispettivo in danaro. La nozione civilistica di appalto, ad avviso di chi scrive, è giuridicamente più corretta e, pertanto, supporta il ragionamento circa la definizione dell'ambito di applicazione dell'articolo 11. È probabile che si assisterà, nel tempo, a chiarimenti o a precisazioni sul punto, si ritiene che l'interpretazione fornita sia esatta. Non si condividono, per tali ragioni, le argomentazioni portate in evidenza da Anac nella nota illustrativa, rinvenibili nella speciale connessione tra l'articolo 11 e l'articolo 57 del Codice, seppur, si ripete, se ne condividono le risultanze, identiche nella sostanza, consistenti nel non considerare applicabile la previsione contenuta ai commi 1 e 2 dell'articolo 11 del Codice ai contratti aventi ad oggetto mere forniture di beni.

3.4.2. L'articolo 41: il costo della manodopera quale contenuto della progettazione

Prima di riportare il contenuto dell'articolo 41, più precisamente dei commi 13 e 14 riferiti al costo della manodopera, si reputa utile fornire la definizione di manodopera. Con il suddetto termine si indica:

- il complesso delle persone che prestano lavoro subordinato in uno o più settori di attività produttiva;
- il fattore lavoro nel processo produttivo, in contrapposto al capitale, e in relazione al suo costo.

L'articolo 41 del Codice dei contratti pubblici, rubricato **Livelli e contenuti della progettazione** prevede:

14. Nei contratti di lavori e servizi, per determinare l'importo posto a base di gara, la stazione appaltante o l'ente concedente individua nei documenti di gara i costi della manodopera secondo quanto previsto dal comma 13. I costi della manodopera e della sicurezza sono scorporati dall'importo assoggettato al ribasso. Resta ferma la possibilità per l'operatore economico di dimostrare che il ribasso complessivo dell'importo deriva da una più efficiente organizzazione aziendale.

3. LA TUTELA DEI LAVORATORI NEL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

13. Per i contratti relativi a lavori, servizi e forniture, il costo del lavoro è determinato annualmente, in apposite tabelle, dal Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali sulla base dei valori economici definiti dalla contrattazione collettiva nazionale tra le organizzazioni sindacali e le organizzazioni dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative, delle norme in materia previdenziale ed assistenziale, dei diversi settori merceologici e delle differenti aree territoriali. In mancanza di contratto collettivo applicabile, il costo del lavoro è determinato in relazione al contratto collettivo del settore merceologico più affine a quello preso in considerazione. Per i contratti relativi a lavori, il costo dei prodotti, delle attrezzature e delle lavorazioni è determinato facendo riferimento ai prezzi correnti alla data dell'approvazione del progetto riportati nei prezziari predisposti dalle regioni e dalle province autonome o adottati dalle stazioni appaltanti e dagli enti concedenti che, in base alla natura e all'oggetto dell'appalto, sono autorizzati a non applicare quelli regionali. I criteri di formazione ed aggiornamento dei prezziari regionali sono definiti nell'allegato I.14 [...] (che sarà sostituito da) un corrispondente regolamento adottato [...] previo parere del Consiglio superiore dei lavori pubblici e dell'Istituto nazionale di statistica (Istat), nonché previa intesa in sede di conferenza permanente per i rapporti fra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano [...] In mancanza di prezziari aggiornati, il costo è determinato facendo riferimento ai listini ufficiali o ai listini delle locali camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura oppure, in difetto, ai prezzi correnti di mercato in base al luogo di effettuazione degli interventi.

Risulta, altresì, necessario, per completezza ed organicità della trattazione riportare, sempre in ossequio al criterio dell'effettività più volte sopra menzionato, le disposizioni che rendono operative le prescrizioni dell'articolo 41 del Codice, di cui sopra, quali:

Articolo 108. Criteri di aggiudicazione degli appalti di lavori, servizi e forniture.

9. **Nell'offerta economica l'operatore indica, a pena di esclusione, i costi della manodopera e gli oneri aziendali per l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro eccetto che nelle forniture senza posa in opera e nei servizi di natura intellettuale.**

Articolo 110. Offerte anormalmente basse.

1. Le stazioni appaltanti valutano la congruità, la serietà, la sostenibilità e la realizzabilità della migliore offerta, che in base a elementi specifici, **inclusi i costi dichiarati ai sensi dell'articolo 108, comma 9**, appaia anormalmente bassa. Il bando o l'avviso indicano gli elementi specifici ai fini della valutazione.

2. In presenza di un'offerta che appaia anormalmente bassa le stazioni appaltanti richiedono per iscritto all'operatore economico le spiegazioni sul prezzo o sui costi proposti, assegnando a tal fine un termine non superiore a quindici giorni.

3. Le spiegazioni di cui al comma 2 possono riguardare i seguenti elementi:

a) l'economia del processo di fabbricazione dei prodotti, dei servizi prestati o del metodo di costruzione;

- b) *le soluzioni tecniche prescelte o le condizioni eccezionalmente favorevoli di cui dispone l'offerente per fornire i prodotti, per prestare i servizi o per eseguire i lavori;*
- c) *l'originalità dei lavori, delle forniture o dei servizi proposti dall'offerente.*
- 4. **Non sono ammesse giustificazioni:**
 - a) ***in relazione a trattamenti salariali minimi inderogabili stabiliti dalla legge o da fonti autorizzate dalla legge;***
 - b) *in relazione agli oneri di sicurezza di cui alla normativa vigente.*
- 5. *La stazione appaltante esclude l'offerta se le spiegazioni fornite non giustificano adeguatamente il livello di prezzi o di costi proposti, tenendo conto degli elementi di cui al comma 3, oppure se l'offerta è anormalmente bassa in quanto:*
 - a) *non rispetta gli obblighi in materia ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dalla normativa europea e nazionale, dai contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali di diritto del lavoro indicate nell'allegato X alla direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014;*
 - b) *non rispetta gli obblighi di cui all'articolo 119;*
 - c) *sono incongrui gli oneri aziendali della sicurezza di cui all'articolo 108, comma 9, rispetto all'entità e alle caratteristiche dei lavori, dei servizi e delle forniture;*
 - d) ***il costo del personale è inferiore ai minimi salariali retributivi indicati nelle apposite tabelle di cui all'articolo 41, comma 13.***

BOX DI APPROFONDIMENTO

Le analisi economiche del ministero del lavoro e delle politiche sociali (decreti e tabelle ministeriali)

Le tabelle ministeriali, approvate con decreto del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, stabiliscono il costo medio orario del lavoro e sono consultabili al sito <https://www.lavoro.gov.it/temi-e-priorita/rapporti-di-lavoro-e-relazioni-industriali/focus-on/analisi-economiche-costo-lavoro/pagine/default>.

Assumono importanza fondamentale nella determinazione della stima dell'appalto ai sensi dell'articolo 14 del Codice dei contratti pubblici. Gli elementi presi in considerazione dal Ministero del Lavoro e della Politiche Sociali per la determinazione del costo del lavoro, oltre ai diversi settori merceologici, sono:

- i valori economici previsti dalla contrattazione collettiva stipulata dai sindacati comparativamente più rappresentativi;
- le norme in materia previdenziale e assistenziale;
- le diverse aree territoriali.

I riferimenti, ai fini dell'individuazione dei settori merceologici, sono le categorie menzionate nell'allegato al decreto legislativo 17 marzo 1995, n.157, concernente «Attuazione della direttiva 92/50/Cee in materia di appalti pubblici di servizi».

Attualmente sul sito del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali sono presenti decreti afferenti ai seguenti settori:

- Metalmeccanico-industria
- Lavanderia industriale
- Igiene ambientale
- Ristorazione collettiva
- Cooperative
- Turismo – Comparto aziende alberghiere
- Socio-sanitario assistenziale educativo
- Strutture associative Anfass Onlus
- Pulizia e multiservizi
- Imprese esercenti servizi postali in appalto
- Operai addetti al carico e scarico presso l'Amministrazione della Difesa
- Distribuzione del recapito e dei servizi postali
- Vigilanza e servizi fiduciari
- Terziario della distribuzione e dei servizi
- Imprese edili ed affini
- Servizi di call center tlc
- Mobilità e attività ferroviarie
- Soccorso alpino

Esempio tabella ministeriale

MINISTERO DEL LAVORO E DELLE POLITICHE SOCIALI							
Direzione Generale dei Rapporti di Lavoro e delle Relazioni Industriali - Div. III							
COSTO MEDIO ORARIO DEL PERSONALE DIPENDENTE DA IMPRESE ESERCENTI SERVIZI DI PULIZIA, DISINFESTAZIONE, SERVIZI INTEGRATI/MULTISERVIZI							
NAZIONALE	OPERAI						
	1	2 (Par 109)	2 (Par 115)	3	4	5	6
LUGLIO 2023							
A-Elementi retributivi annuali							
Retribuzione tabellare	8.248,20	8.990,52	9.485,52	9.732,84	10.557,60	11.547,36	14.351,64
Ind. contingenza	6.152,52	6.167,52	6.167,52	6.185,04	6.210,00	6.222,36	6.297,24
Anzianità forfettaria di settore	612,24	652,68	666,00	698,16	757,80	801,24	995,88
E.D.R. - ex prot.23/7/1993	123,96	123,96	123,96	123,96	123,96	123,96	123,96
TOTALE "A"	15.136,92	15.934,68	16.443,00	16.740,00	17.649,36	18.694,92	21.768,72
B-Oneri aggiuntivi							
Festività retribuite (2 giorni)	116,66	122,81	126,73	129,02	136,03	144,08	167,77
Tredicesima mensilità'	1.261,41	1.327,89	1.370,25	1.395,00	1.470,78	1.557,91	1.814,06
Quattordicesima mensilità'	1.251,08	1.317,56	1.359,92	1.384,67	1.460,45	1.547,58	1.803,73
TOTALE "B"	2.629,15	2.768,26	2.856,90	2.908,69	3.067,26	3.249,57	3.785,56
C-Oneri previd. e assist.							
Inps (30,11%)	5.859,87	5.901,76	5.928,45	5.944,04	6.237,77	6.607,49	7.694,39
Inail (3,4683%)	616,19	648,68	669,39	681,48	718,52	761,11	886,31
TOTALE "C"	6.476,06	6.550,44	6.597,84	6.625,52	6.956,29	7.368,60	8.580,70
D-Altri Oneri							
Trattamento fine rapporto	1.316,01	1.385,40	1.429,62	1.455,46	1.534,56	1.625,52	1.892,91
Rivalutazione T.F.R. (9,974576%)	525,07	552,75	570,39	580,70	612,26	648,55	755,24
Fondo di Previdenza complementare (adesione al 35%)	40,22	41,27	42,18	42,50	44,25	45,12	50,37
Assistenza sanitaria integrativa	79,20	79,20	79,20	79,20	79,20	79,20	79,20
Bilateralità	6,00	6,00	6,00	6,00	6,00	6,00	6,00
TOTALE "D"	1.966,50	2.064,62	2.127,39	2.163,86	2.276,27	2.404,39	2.783,72
COSTO MEDIO ANNUO	26.208,63	27.318,00	28.025,13	28.438,07	29.949,18	31.717,48	36.918,70
RETRIB. MENSILE	1.261,41	1.327,89	1.370,25	1.395,00	1.470,78	1.557,91	1.814,06
RETRIB. ORARIA	7,29	7,68	7,92	8,06	8,50	9,01	10,49
COSTO MEDIO ORARIO	16,58	17,28	17,73	17,99	18,94	20,06	23,35
IRAP (3,9%)(*)	0,64	0,66	0,68	0,69	0,73	0,77	0,90
TOTALE COSTO MEDIO ORARIO (lavoratori a t.d.)(**)	17,39	18,10	18,58	18,85	19,86	21,03	24,48
Ore annue teoriche	2.088						
Ore annue mediamente non lavorate così suddivise:							
Ferie (giorni) - 176	176						
Festività (giorni) - 12	96						
Festività sopresse (giorni) - 4	32						
Riduzione orario contrattuale (ore)	40						
Assemblee/Permessi - 0,5%	10						
Diritto allo Studio - 0,45%	9						
Malattia/Infortunio/Maternità - 6,50%	136						
Formazione, permessi D.L.vo 626/94 e succ. mod. (gg) - 1	8						
Totale ore non lavorate	507						
Ore annue mediamente lavorate	1.581						

Come si evince dalla tabella sono presenti tutti gli elementi che compongono il «costo del lavoro» con l'analisi delle voci afferenti alla determinazione delle ore annue teoriche. I valori delle tabelle ministeriali sono **presi a riferimento** dalle stazioni appaltanti tanto in fase di progettazione e dunque per ricavare i valori della stima dell'appalto, tanto per la valutazione delle congruità, sostenibilità e serietà dell'offerta dei concorrenti (*in esempio è riportato la rilevazione su base nazionale, la stazione appaltante è tenuta a verificare l'eventuale presenza di tabelle afferenti al luogo in cui la prestazione si esegue*). Sussiste una profonda differenziazione tra la verifica del rispetto dei minimi salariali

3. LA TUTELA DEI LAVORATORI NEL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

della contrattazione collettiva e il valore complessivo del costo del lavoro, in quanto la componente salariale è un «di cui» del costo del lavoro rappresentato in tabella. Il minimo salariale è, di regola, ricavabile dalla voce «Retribuzione tabellare».

Per l'importanza che assumono, nel contesto normativo, si auspica che il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali si adoperi per un ampliamento dei settori oggetto di rilevazione.

3.4.3. *Analisi di contesto sul costo della manodopera*

In tema di applicazione dell'articolo 11, delle verifiche di cui all'articolo 110 e, conseguentemente, dell'articolo 41 è intervenuto l'Ispettorato nazionale del lavoro, con nota 19 aprile 2023, n. 687 nella quale, espressamente, si legge *«in base alla normativa [...] appare dunque imprescindibile che le imprese che impiegano personale nell'ambito di appalti pubblici e concessioni applichino il contratto collettivo stipulato dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni di lavoro e – aspetto ugualmente determinante – quello il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto o della concessione svolta dall'impresa anche in maniera prevalente. Alternativamente la disciplina richiamata, in caso di applicazione di un diverso contratto, richiede che vengano applicate le medesime tutele normative ed economiche oggetto della dichiarazione di equivalenza di cui al comma 4 del medesimo art. 11 e delle verifiche di cui al successivo art. 110. Ne consegue che, qualora nell'ambito dell'attività di [...] emergano circostanze diverse, ad esempio relative all'applicazione di contratti collettivi privi dei citati requisiti, il personale ispettivo informerà la stazione appaltante e provvederà ai necessari recuperi contributivi e retributivi»*. Degno di particolare attenzione è l'ultimo capoverso dell'estratto di nota sopra riportato, in quanto si evidenzia come si stia delineando, sulla base dell'impulso legislativo, un sistema di rete delle verifiche in cui, ferme le prerogative e gli obblighi di controllo da parte delle stazioni appaltanti, i parametri della contrattazione collettiva saranno presidiati e monitorati da una serie di soggetti istituzionali, i quali provvederanno ad informare tutti gli altri attori interessati. Questo è un aspetto di fondamentale importanza, verosimilmente poco attenzionato, che risponde a quella considerazione del Consiglio di Stato, inserita nella parte introduttiva della Relazione al Codice, ove si afferma che una riforma si realizza solo se le norme, in quanto precetti generali e astratti, sono effettivamente attuate *«in concreto»*. Da considerare, inoltre, la rilevanza posta dall'Istituto alla connessione delle prescrizioni inserite agli articoli 11 e 41 che, non sempre, è stata tenuta nella debita considerazione, come meglio si evincerà nel proseguo della trattazione.

Detto ciò, nell'avviare l'analisi del comma 14 dell'articolo 41 si evidenzia che, ad avviso di chi scrive, occorre riservare un'attenzione particolare alla prescrizione della citata disposizione normativa *«i costi della manodopera e della sicurezza sono scorporati dall'importo soggetto a ribasso»*. La lettura che ha fornito l'Autorità nazionale anticorruzione, come si legge nella nota illustrativa al bando tipo 1-2023 è stata la seguente: *«Con riferimento all'importo dell'appalto, è stato ricompreso nel valore posto a base di gara il costo della manodopera con la precisazione che tale costo non è ribassabile. Ciò in quanto l'articolo 41 comma 14 del Codice, se da un lato dispone lo scorporo dei costi della manodopera dall'importo soggetto a ribasso, dall'altro fa salva la possibilità per l'operatore economico di dimostrare che il ribasso complessivo dell'importo deriva da una più efficiente*

organizzazione aziendale. Al fine di facilitare le operazioni di valutazione della componente economica dell'offerta, è stato ritenuto più agevole applicare il ribasso ad un importo totale comprensivo dei costi di manodopera ribadendo che questi ultimi non sono soggetti a ribasso. Eventuali riduzioni del costo della manodopera proposto dall'operatore nell'offerta saranno, poi, oggetto di verifica. Ai sensi dell'articolo 110, comma 4, in tale sede non sono ammesse giustificazioni in relazione a trattamenti salariali minimi inderogabili stabiliti dalla legge o da fonti autorizzate dalla legge e agli oneri di sicurezza di cui alla normativa vigente. L'operatore economico, quindi, potrà giustificare l'offerta di un costo del personale inferiore rispetto a quello individuato dalla stazione appaltante adducendo come motivazione una migliore organizzazione del lavoro o la possibilità di beneficiare di sgravi fiscali o contributivi». L'Anac ammette che la soluzione proposta, cioè considerare l'importo soggetto a ribasso quale importo comprensivo dei costi della manodopera e della sicurezza, è funzionale a «facilitare le operazioni di valutazione» e risulta «più agevole applicare il ribasso ad un importo totale comprensivo dei costi della manodopera», per poi non brillare in chiarezza nella parte in cui, aggiunge, «questi ultimi non sono soggetti a ribasso». Ad onor del vero, la formulazione utilizzata dal legislatore non è tra le più felici, e pertanto il lavoro svolto dall'Autorità nazionale anticorruzione non è stato semplice. È necessario, in prima battuta, interrogarsi focalizzandosi su un punto, cioè se la profonda innovatività della norma non sia stata, in qualche misura, vanificata dalla ricostruzione operata nel bando tipo 1-2023. Occorre procedere per gradi, tornando sul significato letterale del termine «scorporare» che vuol dire, letteralmente, togliere dalla consistenza globale di un patrimonio, oppure, in senso figurato, togliere rilievo e consistenza. Se da un lato la stazione appaltante «individua» i costi di manodopera e sicurezza, dall'alto i suddetti costi dovrebbero essere, stando al significato letterale del termine scorporo, espunti dall'importo soggetto a ribasso. In sostanza ciò spingerebbe le stazioni appaltanti verso una progettazione dell'appalto, inteso in senso prettamente civilistico, che almeno sotto un profilo economico riesce ad enucleare chiaramente una serie di voci. La ricostruzione dell'Anac, raggiunge comunque questo obiettivo, perché il bando tipo impone alle amministrazioni di indicare una serie di elementi: «L'importo a base di gara comprende i costi della manodopera che la stazione appaltante ha stimato pari ad € ... [indicare l'importo] calcolati sulla base dei seguenti elementi ... [precisare gli elementi attraverso i quali si è pervenuti alla determinazione del costo stimato o eventualmente indicare l'allegato che contiene questa informazione] e riferiti a ... [specificare a quali servizi o forniture si riferiscono i costi della manodopera]. I costi della manodopera non sono soggetti al ribasso. Il contratto collettivo applicato è/I contratti collettivi applicati sono... [fornire i dettagli in questa sezione o mediante rinvio ad un allegato]». Il ragionamento è fatto proprio dal Consiglio di Stato nella sentenza n. 5665/2023, riportata nel box di approfondimento.

BOX DI APPROFONDIMENTO	
Indicazione costi manodopera	
Tar Lazio, Roma, sez. III, 11 novembre 2022, n. 14776)	Prima dell'aggiudicazione le stazioni appaltanti devono verificare che il costo del personale non sia inferiore ai minimi salariali retributivi. Tale accertamento (che non dà luogo a un sub-procedimento di verifica di anomalia dell'intera offerta), ma mira esclusivamente a controllare il rispetto del salario minimo.
Consiglio di Stato, sez. V, 9 giugno 2023, n. 5665 (<i>in riforma della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale</i>)	[...] «nuovo Codice», che in applicazione di un preciso criterio di delega di cui all'art. 1, comma 2, lett. t) della l. 78/2022, ha previsto «in ogni caso che i costi della manodopera e della sicurezza siano sempre scorporati dagli importi assoggettati a ribasso» è stata fatta salva la possibilità per l'operatore economico di dimostrare che un ribasso che coinvolga il costo della manodopera sia derivante da una più efficiente organizzazione aziendale così armonizzando il criterio di delega con l'art. 41 della Costituzione. E, d'altronde, non è superfluo osservare che, a supporre corretto l'argomento del Tar si arriverebbe (come si è arrivati) a considerare che la gara sia stata indetta solo per vagliare il ribasso sulla voce «spese generali», ciò che costituisce un assurdo logico prima che una ricostruzione in diritto non condivisibile.
Tar Campania, sez. V, 7 novembre 2023, n. 6128	In altri termini, la stazione appaltante ha l'obbligo di procedere , prima dell'aggiudicazione, sempre e comunque, a prescindere dalla valutazione di anomalia dell'offerta, alla verifica della congruità del costo della manodopera rispetto ai minimi salariali retributivi. In altre parole, si tratta di una autonoma <i>condicio causam dans</i> del provvedimento di aggiudicazione, come indefettibilmente condizionato all'esito positivo di tale attività di certazione [...]. L'obbligatoria indicazione dei costi della manodopera in offerta – e la correlativa verifica della loro congruità imposta alla stazione appaltante – si impone solo per i dipendenti impiegati stabilmente nella commessa , in quanto voce di costo che può essere variamente

	<p>articolata nella formulazione dell'offerta per la specifica commessa; non è così, invece, per le figure professionali impiegate in via indiretta, che operano solo occasionalmente, ovvero in modo trasversale a vari contratti, il cui costo non si presta ad essere rimodulato in relazione all'offerta da presentare per il singolo appalto.</p> <p>[...] l'indicazione del costo della manodopera, anche ai fini della verifica del rispetto dei minimi salariali, doveva essere rapportato al c.d. «costo reale» (o costo ore lavorate effettive) comprensivo dei costi delle sostituzioni cui il datore di lavoro deve provvedere per ferie, malattie e tutte le altre cause di legittima assenza dal servizio; la mancata considerazione del costo effettivo determina «l'esposizione di un costo orario per ciascun profilo professionale da presumersi non congruo, perché computato sulla base di un divisore che non tiene conto delle fisiologiche assenze dal lavoro e dei costi aggiuntivi sopportati dal datore per sostituire il personale assente».</p>
<p>Delibera Anac n. 528 del 15.11.2023</p>	<p>La lettura sistematica della prima parte dell'articolo 41, comma 14, del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, secondo il quale i costi della manodopera sono scorporati dall'importo assoggettato al ribasso, e della seconda parte della norma, che riconosce al concorrente la possibilità di dimostrare che il ribasso complessivo offerto deriva da una più efficiente organizzazione aziendale, induce a ritenere che il costo della manodopera, seppur quantificato e indicato separatamente negli atti di gara, rientri nell'importo complessivo a base di gara, su cui applicare il ribasso offerto dal concorrente per definire l'importo.</p> <p>L'interpretazione della disposizione normativa «consente un adeguato bilanciamento tra la tutela rafforzata della manodopera – che costituisce la ratio della previsione dello scorporo dei costi della manodopera, evincibile dal criterio contenuto nella lett. t) dell'art. 1, comma 1, della legge delega (l. n. 78/2022) – con la libertà di iniziativa economica e d'impresa, costituzionalmente garantita, la quale, nel suo concreto dispiegarsi, non può che comportare la facoltà dell'operatore economico di dimostrare che la più efficiente organizzazione aziendale impatta sui costi della manodopera, diminuendone</p>

	<p>l'importo rispetto a quello stimato dalla stazione appaltante negli atti di gara. Tra l'altro, solo seguendo tale impostazione, si spiega anche l'obbligo del concorrente di indicare i propri costi della manodopera, a pena di esclusione dalla gara (art. 108, comma 9, d.lgs. 36/2023) previsione che sarebbe evidentemente superflua se i costi della manodopera non fossero ribassabili, e il successivo art. 110, comma 1, che include i costi della manodopera dichiarati dal concorrente tra gli elementi specifici in presenza dei quali la stazione appaltante avvia il procedimento di verifica dell'anomalia».</p> <p>A supporto l'Anac precisa «che anche il servizio di consulenza del Mit ha dimostrato di condividere tale interpretazione nel parere n. 2154 del 19 luglio 2023, avendo chiarito che l'offerta economica non va costituita solamente dal ribasso operato sull'importo al netto del costo della manodopera, ma deve includerlo al suo interno; quest'ultimo non può essere considerato un importo aggiuntivo ma fa già parte dell'offerta ed è soggetto a verifica».</p>
--	--

3. LA TUTELA DEI LAVORATORI NEL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

È innegabile come l’Autorità, intervenendo con il bando tipo, ha definito una soglia di obbligatorietà che deve essere seguita dalle stazioni appaltanti, in forza dell’articolo 83 del Codice, rubricato «Bandi e avvisi: contenuti e modalità di redazione» che, al comma 3, così recita: «*Successivamente all’adozione da parte dell’Anac di bandi tipo, i bandi di gara sono redatti in conformità degli stessi. Le stazioni appaltanti, nella delibera a contrarre, motivano espressamente in ordine alle deroghe al bando tipo*». La richiamata disposizione normativa individua, anche in chiave nomoflattica, il bando tipo quale strumento per uniformare i comportamenti delle stazioni appaltanti che, dunque, nella fattispecie, cioè in tema di costi della manodopera, sono chiamate a individuare, tanto il contratto collettivo quanto la componente, in valore assoluto, del costo complessivo, dato un determinato Ccnl, riferibile a tutta la manodopera necessaria ad eseguire le prestazioni oggetto dell’appalto. Da ciò discende che devono, contemporaneamente, sussistere due livelli di quantificazione, il primo, che possiamo definire di livello capitarario, esempio costo ora uomo, il secondo, di livello complessivo, esempio totale costo ore uomo stimate per eseguire le prestazioni oggetto dell’appalto. Quello che rileva, *in primis*, è la quota capitararia, che passa della necessaria, ai sensi dell’articolo 11 del Codice, individuazione del contratto collettivo applicabile ai lavoratori impiegati nell’appalto da cui, la suddetta quota, è ricavabile. Se, ai fini della definizione degli importi da parte della stazione appaltante, la questione legata allo «scorporo» è stata risolta – seppur con delle affermazioni, non proprio chiarissime, che si ritrovano nella nota illustrativa «*Si rammenta che, ai sensi dell’articolo 41, comma 14, del Codice, per i contratti di servizi (esclusi quindi quelli che prevedono la sola fornitura) i costi per la manodopera e quelli per la sicurezza sono scorporati dall’importo assoggettato al ribasso*» – probabilmente una maggiore attenzione poteva essere riservata per la presentazione dell’offerta, fornendo più chiare indicazioni agli operatori economici concorrenti. Sarebbe stato, probabilmente necessario ai fini di una maggiore certezza, identificare le possibili casistiche: i) il caso in cui i costi della manodopera indicati dal concorrente siano perfettamente equivalenti a quelli quantificati dalla stazione appaltante, ii) il caso in cui i costi della manodopera siano inferiori e iii) il caso in cui i costi della manodopera siano superiori, sempre con riferimento alla quantificazione operata in progettazione, nel rispetto, ovviamente, dell’importo complessivo posto a base d’asta dalla stazione appaltante. Sul punto specifico sempre dalla nota illustrativa al bando tipo 1-2023 si evince la, condivisibile, necessità che le stazioni appaltanti predispongano dei modelli di offerta economica che agevolino i concorrenti nella indicazione dei costi della manodopera per le procedure che riguardano affidamento di servizi, poiché risulta escluso l’obbligo di indicazione di tali costi per le forniture e per i servizi di natura intellettuale (*vedi Box di approfondimento per una loro definizione*).

Si pone, infine l’attenzione su una affermazione di Anac, che appare non proprio conferente con la disposizione normativa, riportata in nota illustrativa:

«L'operatore economico può dimostrare che il ribasso complessivo sia imputabile a una migliore organizzazione produttiva. Nel bando tipo si è indicata anche la presenza di sgravi contributivi che non comportano penalizzazioni per la manodopera, in linea con quanto statuito dalla Corte di Giustizia per le sovvenzioni». Francamente non si comprende il bisogno di avere inserito una simile precisazione nel bando tipo, in quanto, gli sgravi contributivi, cui l'operatore economico può avere diritto, non sono, assolutamente, ricompresi nella fattispecie di cui al comma 14 dell'articolo 41 del Codice. Come noto, detta disposizione attribuisce un titolo al concorrente affinché, questi, indichi costi differenti rispetto a quelli stimati, in funzione di una migliore organizzazione produttiva proposta rispetto a quella progettata dalla stazione appaltante. Il problema non risiede nell'essersi posti la questione – che risulta un esercizio lodevole, poiché verosimile – quanto nell'aver dato vita ad una commistione di istituti, così creando una fantasiosa equivalenza tra efficienza organizzativa, connessa alla capacità organizzativo-imprenditoriale del concorrente, e sgravi fiscali, connessi a situazioni di altra natura che pur riguardano il concorrente stesso.

Ad avviso di chi scrive, tornando sulla questione principale della determinazione dei costi della manodopera, sono stati considerati, separatamente i due livelli di quantificazione prima indicati, tant'è che le ricostruzioni che si leggono considerano, al fine della quantificazione dei costi per la manodopera, esclusivamente, l'articolo 41, ai commi 13 e 14; l'articolo 108, al comma 9; l'articolo 110 in vari commi. Si continua a considerare la sacralità della gara l'elemento principale da preservare, quasi rifiutandosi di cogliere, appieno l'intenzione di fondo del legislatore delegante e i principi inseriti dal legislatore delegato nel nuovo Codice che ruotano attorno al «risultato». Detta impostazione realizza, in termini più generali, l'individuazione del passaggio di testimone, in termini di importanza, dalla fase di affidamento – dunque scelta del contraente e valutazione delle offerte – alla fase di progettazione ed esecuzione – dunque focalizzazione sul settore di riferimento, enucleabile in base all'oggetto dell'appalto, ai fini dell'individuazione del contratto collettivo e, conseguentemente, del livello delle tutele che gli operatori economici riservano o sono tenuti a riservare, qualora aggiudicatari, ai propri lavoratori impiegati nell'appalto. Nelle fasi di progettazione ed esecuzione si realizzano i momenti fondamentali per il raggiungimento del risultato, senza ammettere compressioni di sorta dei principi cardini dell'ordinamento, tra cui rientrano appieno la tutela e la dignità della persona e quindi dei lavoratori.

L'articolo 11 è stato, troppo spesso, associato, solo, ad altre disposizioni normative, quali quelle contenute agli articoli 57 e 102 del Codice, in tema di clausole sociali e di impegni relativi, e di cui si tratterà più approfonditamente in seguito. Questa operazione interpretativa ha prodotto, ad avviso di chi scrive, un errore sistematico nella lettura, in combinato disposto delle disposizioni normative prima citate, afferenti alla fase di gara, perché ha settorializzato le questioni che

3. LA TUTELA DEI LAVORATORI NEL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

invece sono connesse, in quanto sussiste un rapporto di strettissima correlazione tra tutto ciò che interessa, ai sensi del Codice, il tema del lavoro, delle tutele e dei costi. Il principio enunciato all'articolo 11 del Codice permea la progettazione e l'esecuzione di un appalto pubblico e coinvolge la fase di affidamento, assume un ruolo primario in elusione del quale non può dirsi, si ripete, raggiunto il risultato, considerato nella sua accezione più ampia e alta, poiché non esiste «il risultato ad ogni costo», bensì esiste un risultato che si innesta in un sistema di regole ordinamentali, il cui rispetto condiziona il fine che si intende perseguire, attraverso l'affidamento di un appalto pubblico. Ci si permette, modestamente, di aggiungere l'aggettivo «buon» al principio del risultato; ecco la sfida, quella difficile e vera, cioè riuscire in un'operazione, fin dalla fase progettuale, che tenga insieme le varie questioni in gioco. Non si tratta, solo, di operare un bilanciamento o di operare compromessi di sorta e non si tratta solo di scegliere, si tratta dell'insieme delle operazioni elencate e in ogni caso della necessità di applicare correttamente le diverse disposizioni normative. Si tratta – fermo il rispetto del principio di cui all'articolo 11, in aderenza a quanto sopra precisato, in termini di ambiti oggettivi (appalti di servizi, lavori e forniture con posa in opera) e soggettivi (personale impiegato per eseguire le prestazioni oggetto dell'appalto) – di esercitare la discrezionalità amministrativa, per enucleare le disposizioni, almeno quelle che la dottrina prevalente ha, fino a questo momento, correlato al principio espresso all'articolo 11, che devono essere applicate e quelle che possono essere disapplicate. Con tale ultima accezione, ci si riferisce anche alle clausole sociali, in quanto occorre che la stazione appaltante valuti in che misura, da una loro applicazione, possa derivare un rischio, concreto e attuale, sul raggiungimento del risultato, oppure perché si esporrebbe il committente, e in alcuni casi l'affidatario, ad appesantimenti e perché no, costi, non proporzionati al fine. Se queste operazioni vengono effettuate in sede progettuale dalla stazione appaltante, è rimessa all'operatore economico individuare, fermi i livelli di tutela, nonché definire attraverso la sua organizzazione di impresa le ricadute sui costi, effettivi, di manodopera, indicati dall'offerta economica.

Il «risultato» non potrebbe dirsi pienamente raggiunto ove venissero sacrificati gli interessi e le tutele riconosciute ai lavoratori, impiegati nell'esecuzione, al di sotto della soglia che l'ordinamento stesso – attraverso il rinvio ai contratti collettivi stipulati da organizzazioni sindacali e datoriali maggiormente rappresentative – individua e che si ripete essere «non negoziabile». In altre parole, il legislatore considera il risultato perseguibile quello che si ottiene nel doveroso rispetto di una serie di condizionalità. In tutte le ricostruzioni sulla questione «costi della manodopera» non si legge mai, almeno chi scrive non lo ha riscontrato se non in unica occasione prima riportata, il costante richiamo alla disposizione normativa che, più di ogni altra, ha cambiato, innovandolo, il paradigma sul tema delle tutele dei lavoratori che si realizzano, necessariamente, attraverso una retribuzione

idonea a contemplare le tutele medesime, cioè l'articolo 11. Quello delineato dal legislatore del 2023, può definirsi un'evoluzione del sistema delle tutele dato da un nuovo approccio al tema che affonda le radici in un terreno antico (*rectius* lo Statuto dei lavoratori). A parere di chi scrive, **il nuovo paradigma concernente i livelli di tutela dei lavoratori impiegati nell'appalto è, al pari della digitalizzazione, un elemento che marca, in maniera significativa l'innovatività, profonda, del nuovo Codice e che condiziona il buon risultato dell'appalto.**

Per chiudere, si è giunti al paradosso di avere, artificiosamente, creato, sulle questioni di tutele del lavoro negli appalti pubblici, due distinti gruppi di precetti normativi, uno formato dagli articoli 41-108-110, e un altro gruppo formato dalle disposizioni di cui agli articoli 11-57-102. Si ritiene che le disposizioni normative richiamate, pur disciplinanti aspetti diversi delle tutele del lavoro, vadano lette, interpretate, applicate o, financo legittimamente, disapplicate in combinato disposto, riservando all'articolo 11 del Codice il ruolo di protagonista assoluto. Detta disposizione normativa, si ripete, rappresenta, e non può essere altrimenti enunciando un principio, il fulcro della disciplina della tutela dei lavoratori che coinvolge:

- la progettazione e quindi la stima dell'appalto,
- la proposta contrattuale del concorrente e quindi l'offerta, con particolare riferimento a quella economica,
- e si espande in relazione a tutto ciò che il Codice definisce «*requisiti necessari dell'offerta*», inerenti, ovviamente, alla manodopera (*rectius* clausole sociali).

Una formulazione più chiara e lineare di alcune disposizioni, riferendosi in particolare a quelle poste a tutela del lavoro, sarebbe stata molto apprezzata da tutti i soggetti – pubblici o privati – coinvolti nel complesso sistema dei contratti pubblici. Tuttavia, è innegabile il cambio di passo che viene posto in essere e che prende le mosse dalla previsione posta dall'art. 1, comma 2, lettera h), n. 2, della legge delega, nella quale si usa il verbo «garantire», in luogo di «promuovere» con riferimento alle tutele che devono essere assicurate ai lavoratori impiegati negli appalti pubblici.

BOX DI APPROFONDIMENTO	
I servizi di natura intellettuale	
Consiglio di Stato, sez. III, 19 marzo 2020, n. 1974	«...ciò che differenzia la natura intellettuale di un'attività è l'impossibilità di una sua standardizzazione e, dunque, l'impossibilità di calcolarne il costo orario » e che non può essere qualificato come appalto di servizi di natura intellettuale quello che «ricomprende anche e soprattutto attività prettamente manuali» o che «non richiedono un patrimonio di cognizioni specialistiche per la risoluzione di problematiche non standardizzate».
Consiglio di Stato, sez. V, 28 luglio 2020, n. 4806	«Per servizi di natura intellettuale si intendono pertanto quelli che richiedono lo svolgimento di prestazioni professionali, svolte in via eminentemente personale , costituenti ideazione di soluzioni o elaborazione di pareri, prevalenti nel contesto della prestazione erogata rispetto alle attività materiali e all'organizzazione di mezzi e risorse ; mentre va esclusa la natura intellettuale del servizio avente ad oggetto l'esecuzione di attività ripetitive che non richiedono l'elaborazione di soluzioni personalizzate, diverse, caso per caso, per ciascun utente del servizio, ma l'esecuzione di meri compiti standardizzati».
Consiglio di Stato, sez. V, 21 febbraio 2022, n. 1234	«l'analisi della natura e della tipologia delle prestazioni non è (esclusivamente) finalizzata alla ricerca di attività che impongono all'impresa la previsione di costi per la sicurezza dell'ambiente di lavoro, ma è diretta a stabilire se il servizio è svolto in misura prevalente da prestazioni professionali, svolte in via eminentemente personale (secondo lo schema delle professioni intellettuali), costituenti ideazione di soluzioni, ovvero governo o direzione di sistemi complessi ..., elaborazione di pareri, interventi correttivi o di manutenzione che implichino attività non ripetitive ».

3.4.4. Oggetto dell'appalto e indicazione del Ccnl di riferimento

Risulta pacifica, così come indicato sopra e sgombrando il campo da tutti i possibili equivoci¹¹, la centralità assunta dall'oggetto dell'appalto ai fini dell'individuazione del contratto collettivo da parte della stazione appaltante. Per quanto possa apparire semplice, è un'operazione molto delicata e complessa, da qui passa, specie per i contratti ad alta intensità di manodopera¹², la remuneratività di un appalto, per un verso, e l'economicità dell'acquisizione delle prestazioni dall'altro, considerato che in sede di progettazione, attraverso l'individuazione del contratto collettivo, la stazione appaltante fissa i livelli non negoziabili di tutele relativamente ai lavoratori impiegati nell'esecuzione di appalti pubblici.

Il Consiglio di Stato, nella Relazione agli articoli e agli allegati, ha posto l'accento sulla questione della possibile sovrapposizione tra settori di attività e quindi della possibile applicabilità di più contratti collettivi conformi, compatibili con l'attività oggetto dell'appalto. Ad avviso di chi scrive, la problematica è stata, però, risolta in maniera troppo semplicistica; è stato ribadito che l'obbligo per la stazione appaltante di indicare il contratto collettivo, da applicarsi ai lavoratori impiegati nell'esecuzione, «*restringe le ipotesi in cui, per la frammentazione dei contratti collettivi nell'ambito del medesimo settore, l'operatore economico finisce con l'optare per un Ccnl che non garantisce al lavoratore le migliori tutele sotto il profilo normativo ed economico*». Il Consiglio di Stato non dice espressamente che le stazioni appaltanti debbano indicare il miglior contratto collettivo, anche se fra le righe pare ci sia un suggerimento in tale direzione, afferma, invece, e anche molto chiaramente, che, fissato il livello delle tutele economiche e normative attraverso il contratto collettivo individuato, che assurge a «mezzo» di garanzia delle tutele medesime, non sussistono rischi di *dumping* contrattuali artatamente posti in essere dagli operatori economici concorrenti.

L'Autorità nazionale anticorruzione dopo la consultazione che ha preceduto l'adozione del bando tipo 1-2023, verosimilmente interpretando le preoccupazioni delle stazioni appaltanti e degli *stakeholder* portate alla sua attenzione, nonostante il documento suddetto sia rimasto abbastanza scarno sul punto, attraverso la nota illustrativa al bando medesimo, ha fornito una serie di spunti, molto interessanti ed appropriati, circa la metodologia da applicare, tesa ad individuare il pertinente

¹¹ Dalla Relazione agli articoli e agli allegati predisposta dal Consiglio di Stato si evince il punto di riferimento per la scelta del Ccnl applicabile: «*non più l'attività prevalente esercitata dall'impresa (come si è sempre sostenuto sulla base dell'art. 2070 del Cod. civ.), ma le prestazioni oggetto dell'appalto da eseguire. Inoltre, ha espressamente previsto il criterio di selezione del Ccnl da scegliere tra quelli stipulati dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale (i c.d. contratti leader)*».

¹² L'allegato I.1 al Codice dei contratti pubblici, articolo 2, lettera e) definisce «contratti ad alta intensità di manodopera», i contratti nei quali il costo della manodopera è pari o superiore al 50% dell'importo complessivo dei corrispettivi.

3. LA TUTELA DEI LAVORATORI NEL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

contratto collettivo e, conseguentemente, il livello di tutele economiche e normative «non negoziabili», da garantire ai lavoratori che saranno impiegati dall'affidatario per l'esecuzione dell'appalto. Seppur la nota illustrativa sia stata pubblicata successivamente al bando tipo e si nota qualche disallineamento, verosimilmente frutto di valutazioni nuove in esito a confronti nel frattempo attivati, si rileva la tempestività di Anac nell'adempiere al mandato conferito dal Codice nel definire un sistema, omogeneo, di regole per armonizzare i comportamenti delle stazioni appaltanti durante l'iter della gara, almeno fino alla individuazione del contraente. **Si auspica che questa azione nomofilattica sia continua e si prosegua con gli aggiornamenti e i cambiamenti che si renderanno necessari, anche in funzione delle fisiologiche evoluzioni che si registreranno nel tempo, con l'auspicio che non vi siano arroccamenti e prese di posizioni, ma che invece si assuma come l'evoluzione degli istituti possa essere considerato sistematico e la rivisitazione di un orientamento non sia considerato sintomo di levità amministrativa o di una subalternità.**

Nella nota illustrativa al bando tipo 1-2023 predisposta dall'Autorità nazionale anticorruzione si legge: *«L'oggetto dell'appalto deve necessariamente essere specificato mediante l'indicazione del Common Procurement Vocabulary¹³ (in seguito, Cpv) più prossimo al servizio/fornitura da affidare. La corretta indicazione del codice Cpv appare particolarmente rilevante anche in relazione alla necessità di individuare il Ccnl applicabile ai lavoratori impegnati nell'appalto. A tal fine, si raccomanda alle stazioni appaltanti di seguire le indicazioni fornite con il comunicato del Presidente del 9 maggio 2023¹⁴».*

L'Autorità nazionale anticorruzione, nel richiamare la necessità di individuazione del contratto collettivo nazionale di lavoro più attinente rispetto all'oggetto dell'appalto e alle attività da eseguire, precisa, correttamente, che in caso di suddivisione in lotti occorre riferirsi all'oggetto di ciascuno dei lotti in cui la procedura è articolata. Viene, altresì, esplicitato il percorso che la stazione appaltante è chiamata a seguire:

¹³ Il vocabolario comune per gli appalti pubblici, detto Cpv, adottato dal Regolamento (Ce) n. 213/2008 è in vigore dal 17 giugno 2009. Comprende un vocabolario principale per la descrizione dell'oggetto degli appalti e un vocabolario supplementare per aggiungere informazioni qualitative all'oggetto. Per altre informazioni <https://simap.ted.europa.eu>.

¹⁴ Il comunicato 9 maggio 2023 recita «...si raccomanda alle stazioni appaltanti di porre la massima attenzione nell'individuare il codice Cpv del vocabolario principale, verificando che l'oggetto del contratto da affidare risulti coerente con la prestazione identificata dal codice Cpv prescelto, sia con riferimento alla descrizione della prestazione, sia con riferimento alla struttura gerarchica nella quale tale Cpv è inserito. Si raccomanda, infine, di individuare codici Cpv del vocabolario principale con un livello di classificazione non inferiore alle categorie, ossia codici con almeno cinque cifre che indichino, quindi, divisione-gruppo-classe-categoria. Livelli di classificazione inferiori non garantiscono una descrizione sufficientemente specifica dell'oggetto della procedura».

- 1) individuare Cpv ed operare il raffronto con i codici Ateco (*on line sono reperibili tabelle di raffronto*);
- 2) considerare la prima lettera del codice Ateco – quale risultante dalla struttura della classificazione reperibile sul sito internet istituzionale dell’Istat al link <https://www.istat.it/it/archivio/17888>
- 3) verificare sull’archivio contratti del Consiglio nazionale dell’economia e del lavoro (Cnel) quali sono i contratti collettivi applicabili all’attività oggetto dell’appalto (tra quelli sottoscritti ai sensi dell’art. 11 del Codice) o ricorrere alle classificazioni omogenee tra codice Cnel e codice inps (*mappatura contratti Inps_Cnel*).

Si riporta l’estratto di uno studio Inps sull’indicazione di contratti collettivi maggiormente applicati in Italia.

 Tabella riepilogativa			
Denominazione	Codice CNEL	Codice INPS	Incidenza % sul totale dei lavoratori
CCNL per i dipendenti dalle aziende del terziario, della distribuzione e dei servizi – CONFCOMMERCIO	H011	009; 042; 170	17,55%
CCNL per i dipendenti dalle aziende metalmeccaniche e della installazione di impianti – FEDERMECCANICA, ASSISTAL	C011	113; 114	10,39%
CCNL per i dipendenti da aziende del settore turismo - FEDERALBERGHI, FAITA, CONFCOMMERCIO	H052	167	8,65%
CCNL per i dipendenti dalle imprese artigiane metalmeccaniche e della installazione di impianti	C030	116; 124; 121	3,62%
CCNL logistica, trasporto merci e spedizione – AITE, AITI, ASSOESPRESSI, ASSOLOGISTICA, FEDESPEDEI, FEDIT, FISI, TRASPORTOUNITO FIAP, CONFETRA, ANITA, FAI, ASSOTIR, FEDERTRASLOCHI, FEDERLOGISTICA, FIAP, UNITAI, CONFTRASPORTO, CNA FITA, CONFARTIGIANATO TRASPORTI, SNA CASARTIGIANI, CLAAI	I100	102; 151; 229	3,33%
CCNL per i dipendenti dalle piccole e medie industrie del settore metalmeccanico	C018	115	2,65%
CCNL per i quadri direttivi e per il personale delle aree professionali dipendenti dalle imprese creditizie, finanziarie e strumentali – ABI	J241	051; 052; 190	2,32%
CCNL per i dipendenti dalle imprese industriali esercenti servizi di pulizia, disinfezione, disinfestazione e derattizzazione	K511	119	2,25%
CCNL Cooperative socio-sanitarie	T151	201	2,20%
Totale			52,96%

L’Autorità porta all’attenzione il fatto che il Cnel ha, recentemente, operato un aggiornamento dell’Archivio, introducendo alla pagina <https://www.cnel.it/Archivio-Contratti>, la cartella excel «Ccnl – settore privato» contenente il foglio «5. Ateco da 1° a 6° cifra». Tale foglio associa al campo di applicazione di ciascun Ccnl i codici Ateco dalla prima alla sesta cifra, consentendo alle stazioni appaltanti la scelta del livello di classificazione Ateco strettamente connesso alle prestazioni oggetto del contratto.

La nota illustrativa al bando tipo 1-2023 ha il pregio di essere molto precisa circa la descrizione del complesso sistema presente sul sito del Cnel, si ritrovano le indicazioni per l’individuazione del settore (14) e dei sottosettori (96), nonché le modalità per rinvenire le evidenze circa le organizzazioni, datoriali e sindacali,

3. LA TUTELA DEI LAVORATORI NEL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

che hanno sottoscritto il contratto collettivo presente in archivio. Detta informazione è di fondamentale rilievo al fine di individuare le associazioni sindacali e datoriali maggiormente rappresentative, soprattutto in riferimento alle prime.

Una particolare attenzione è dedicata da Anac, alle modalità per l'individuazione del contratto collettivo nazionale di lavoro che risponde ai requisiti articolo 11, cioè che sia stipulato dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale (Ccnl *leader*). Gli indici «sintomatici» da tenere in considerazione per l'individuazione delle organizzazioni comparativamente più rappresentative sono:

- numero complessivo dei lavoratori occupati;
- numero complessivo delle imprese associate;
- diffusione territoriale (numero di sedi presenti sul territorio e ambiti settoriali);
- numero dei contratti collettivi nazionali sottoscritti;
- Ccnl indicati nei decreti del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali che approvano le tabelle del costo del lavoro relativamente ad uno specifico settore economico¹⁵;
- composizione del Consiglio del Cnel che viene periodicamente rinnovato nei suoi componenti all'esito di una valutazione e comparazione dei dati raccolti sulle singole organizzazioni che chiedono di essere inserite in tale organismo¹⁶.

Altri elementi utilizzabili, precisa Anac, per le valutazioni di competenza delle stazioni appaltanti possono essere agevolmente tratti dall'archivio dei contratti del Cnel. In particolare, da tale archivio è possibile ricavare un indice numerico che rileva il numero di lavoratori a cui si applica ogni singolo contratto collettivo. Ciò avviene mediante il collegamento tra il codice alfanumerico attribuito dal Cnel ai singoli Ccnl e il codice Uniemens attribuito dall'Inps ai lavoratori, all'atto delle iscrizioni contributive. Le risultanze di questo incrocio di informazioni consentono di conoscere il numero di lavoratori cui viene applicato il singolo Ccnl e il relativo «peso specifico» – ad esempio, prevalente o meno – in un preciso settore.

L'Autorità nazionale anticorruzione è, altresì, intervenuta con una Faq, nella quale si legge: *«L'indicatore individuato nelle Linee Guida relativo al numero dei contratti collettivi nazionali sottoscritti si riferisce esclusivamente alle organizzazioni sindacali, in quanto*

¹⁵ Si legge nella nota illustrativa al bando tipo 1-2023: *«Un ulteriore elemento valido può essere rappresentato dall'esistenza di tabelle del costo del lavoro elaborate dal Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, dal momento che tale elaborazione avviene sulla base dei Ccnl ritenuti maggiormente rappresentativi in quello specifico settore economico».*

¹⁶ Il Consiglio del Cnel viene periodicamente rinnovato nei suoi componenti all'esito della valutazione e comparazione dei dati raccolti, dall'Ente stesso, sulle singole organizzazioni che chiedono di essere inserite in tale organismo. Tale parametro può essere utilizzato congiuntamente agli altri sopra individuati, quale conferma delle valutazioni effettuate, attesa la possibilità che vi siano vertenze in corso in ordine all'assegnazione dei posti nel Consiglio.

alcune associazioni datoriali rappresentative della maggioranza delle imprese attive in un determinato settore possono aver sottoscritto un solo contratto collettivo nazionale del lavoro».

Nella nota illustrativa al bando tipo 1-2023 si legge: *«Nei settori in cui sono presenti imprese di diversa natura (ad esempio, artigiani, cooperative, Pmi e grandi imprese) con contrattazione separata si può ritenere esistere equivalenza nel caso di utilizzo di Ccnl sottoscritti dalle medesime Oo.Ss. firmatarie, ma organizzazioni datoriali diverse in base alla dimensione o alla natura giuridica delle imprese, purché ovviamente ai lavoratori dell'operatore economico venga applicato il contratto corrispondente alla dimensione o natura giuridica».*

Occorre soffermarsi sulla questione incompatibilità dell'applicazione dei contratti collettivi. L'Autorità nazionale anticorruzione, come appena riportato, affronta con sufficiente chiarezza l'incompatibilità, che si può definire di tipo soggettivo, derivante dal fatto che ben possono aversi contratti collettivi relativi al medesimo settore, ognuno dei quali stipulati dalle medesime organizzazioni sindacali e da diverse organizzazioni datoriale, in quanto rappresentati di specifiche tipologie di operatori economici, di diversa natura, esempio artigiani, cooperative, piccole imprese. Non sono casi isolati quelli in cui ciò si registra e quindi occorre attenzionare il fenomeno e, conseguentemente, gestirlo, stante il vigente assetto normativo. L'indicazione della nota illustrativa al bando tipo 1-2023, si ribadisce, è utile e corretta poiché fonda le sue ragioni sugli ambiti soggetti di applicazione di un determinato contratto collettivo, in funzione della natura degli operatori economici. Tuttavia, l'Autorità non dedica nessuna riflessione in tema di incompatibilità oggettiva, che si rileva tutte le volte in cui, il contratto collettivo indicato dalla stazione appaltante non sia applicabile per determinate specificità delle prestazioni e non per la natura degli operatori economici. Per meglio identificare il problema occorre riferirsi ad uno dei migliori contratti collettivi nazionali di lavoro vigenti, quale è quello applicabile al personale dipendente da imprese esercenti Servizi di pulizia e Servizi integrati/Multiservizi (8 giugno 2021). Detto contratto è significativamente apprezzabile, tanto per il profilo delle tutele normative ed economiche ivi contemplate, tanto per la evidente maturità delle controparti negoziali e per la loro concretezza, che si rinviene fin dalla parte introduttiva del contratto collettivo stesso, dove sono esplicitate le motivazioni a supporto della nuova contrattazione che investe una pluralità di settori produttivi. Il contratto collettivo nazionale di lavoro, sottoscritto dalle associazioni imprenditoriali e dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori comparativamente più rappresentative nella categoria a livello nazionale e territoriale riproduce, così si legge espressamente, *«un complesso unitario e inscindibile e costituisce, in ogni sua norma e nel suo insieme un trattamento minimo e inderogabile».* Sempre dal contratto collettivi Multiservizi si evince: *«Premesso che il mercato dei servizi di pulizia e dei servizi integrati in ambito pubblico e privato si va evolvendo nella prospettiva di attività caratterizzate dalla co-presenza di professionalità eterogenee e diversificate rispetto all'ambito di applicazione del Ccnl [...] le parti concordano di ulteriormente definire la sfera di applicazione nei termini*

3. LA TUTELA DEI LAVORATORI NEL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

*previsti dal presente articolo, nonché di sviluppare l'ambito di applicazione della precedente normativa nei modi e nei termini di seguito specificati al fine di meglio rispondere alle più articolate esigenze della domanda del mercato e della committenza [...]. Le parti intendono rendere disponibile al mercato, per il tramite del presente contratto collettivo, un mezzo di ridefinizione dell'offerta a fronte della domanda di servizi conseguente alle scelte di esternalizzazione di attività non primarie operate dalle Pa e dai soggetti privati». Le parti riconoscono, ed ecco la maturità dimostrata cui ci si riferisce sopra, un'evoluzione dei fabbisogni e delle esigenze delle amministrazioni pubbliche e, per tale ragione, intendono fornire una risposta, efficace, al mutato assetto della domanda. Questo si realizza, nella consapevolezza che il livello qualitativo della risposta che l'intero sistema produttivo può essere in grado di fornire alle «articolate» richieste delle amministrazioni passa dal riconoscimento, al personale dipendente, di significative ed apprezzabili tutele normative ed economiche. Non a caso, come meglio si dirà quando si tratterà delle clausole sociali, la disciplina contenuta nel Ccnl Multiservizi, afferente al cambio appalto e al, conseguentemente, passaggio del personale dipendente dell'appaltatore cessato verso quello subentrante, è, certamente, quella più performante per realizzare il fine cui, la clausola sociale stessa, tende. Sempre nel solco della multidisciplinarietà delle prestazioni richieste per il soddisfacimento dei fabbisogni pubblici, le parti inseriscono *«le attività svolte per la committenza pubblica e privata, così come delineate nei commi successivi, possono essere gestite nell'ambito di imprese tradizionali di pulizia e/o di imprese di Servizi integrati/Multiservizi/global service con l'utilizzo del presente Ccnl»* ed aggiungono **«Sono conseguentemente escluse dalla sfera di applicazione del contratto le eventuali autonome attività, anche per specifici contratti di committenza, ai rapporti di lavoro delle quali si applichino, secondo la vigente normativa, autonomi e specifici Ccnl corrispondenti»**. Tale ultima precisazione è di grande rilievo ai fini della definizione della incompatibilità oggettiva, poiché è attraverso la definizione dell'oggetto contrattuale che si individua il contratto collettivo. La prescrizione sopra evidenziata riporta, in evidenza, pur nella sua non felicissima formulazione, la delimitazione dell'ambito oggettivo di applicazione. In sostanza, le autonome attività che caratterizzano l'oggetto dell'appalto e la presenza di un contratto collettivo specifico rappresentano il presupposto che determina la correttezza dell'applicazione del contratto Servizi di pulizia/Multiservizi. È un tema centrale, poiché sussistono contratti collettivi che si applicano ad ambiti/settori specifici, ad esempio metalmeccanico/industria, che contemplano tutele, soprattutto economiche, migliori e altri contratti collettivi, ad esempio servizi fiduciari, che contemplano, ad oggi, livelli di tutele, soprattutto economiche, inferiori rispetto a quelli individuati nel Ccnl Servizi di pulizia/Multiservizi¹⁷.*

¹⁷ Vedi focus inserito nel paragrafo «Equivalenza delle tutele: utilizzo di un diverso contratto collettivo».

Questa caratterizzazione potrebbe determinare un diverso inquadramento dei lavoratori impiegati nell'appalto cessato, con contestuale mutamento del livello di tutele, derivante dall'inapplicabilità, oggettiva, di quel contratto collettivo. È un tema da attenzionare, che può risolversi solo ove le stazioni appaltanti, in logica pianificatoria, siano in grado di determinare fabbisogni ed esigenze andando oltre le settorializzazioni e dunque arrivino a considerare, perseguibile, la possibilità di realizzare gestioni integrate, non necessariamente spinte a livello di facility management degli immobili, ma sicuramente tendenti ad un maggiore livello di integrazione fra servizi, strumentali al funzionamento delle amministrazioni stesse. Ciò potrebbe permettere che ai lavoratori impiegati negli appalti siano garantiti livelli apprezzabili di tutele e nello stesso tempo si potrebbero realizzare economie nelle acquisizioni di servizi integrati, per il concreto esercizio delle attività istituzionali proprie. Il ruolo del sindacato è fondamentale in questi ambiti di progettazione, poiché nella rappresentazione delle istanze dei lavoratori impiegati o da impiegare negli appalti, potrebbe assumere un ruolo consulenziale anche non esclusivo, ma rilevante anche ai fini del «buon» risultato cui l'amministrazione tende con l'affidamento dell'appalto. Questo ruolo assume maggiore valenza, ovviamente, in tutte le ipotesi in cui l'appalto si qualifichi ad alta o altissima intensità di manodopera. Si tratterebbe di attuare quella che viene definita «contrattazione d'anticipo», anche, per certi versi, ampliandone il raggio d'azione.

Ad avviso di chi scrive, nell'esercizio dell'attività istituzionale in fase di contrattazione il sindacato dovrebbe pretendere un sistema definito e univoco di ambiti di applicazione, possibilmente identificandoli con codici Ateco e Cpv, per evitare quelle sovrapposizioni che creano, *de jure condito*, disagi non solo alle stazioni appaltanti, ma anche e soprattutto ai soggetti beneficiari delle tutele, i quali potrebbero assistere, loro malgrado, ad una compressione delle tutele medesime difficilmente arginabili. Se ci si riflette bene, però, quella che viene definita pretesa di parte sindacale è, in realtà, anche nell'interesse dell'altra parte contrattuale, quella datoriale, in quanto, insieme, realizzano il sistema produttivo.

3.4.5. Equivalenza delle tutele: utilizzo di un diverso contratto collettivo

Come evidenziato in precedenza, l'articolo 11 del Codice dei contratti pubblici, al comma 3, prevede che gli operatori economici possono indicare, nella propria offerta, il differente contratto collettivo da essi applicato, purché garantisca, ai dipendenti, le stesse tutele di quello individuato dalla stazione appaltante. Precisa, poi, il successivo comma 4, le stazioni appaltanti, prima di procedere all'aggiudicazione acquisiscono la dichiarazione con la quale, l'operatore economico individuato, si impegna ad applicare il contratto collettivo nazionale e territoriale indicato nell'esecuzione delle prestazioni oggetto del contratto per tutta la sua durata, ovvero la dichiarazione di equivalenza delle tutele. In quest'ultimo caso, la dichiarazione è anche verificata con le modalità di cui all'articolo 110 del

3. LA TUTELA DEI LAVORATORI NEL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

Codice. Si è già abbondantemente trattato delle motivazioni sottese alla declinazione della disposizione normativa, contenuta al comma 3 dell'articolo 11 del Codice dei contratti pubblici, che risponde al precetto costituzionale della libertà di iniziativa economica contenuto all'articolo 41. Si è anche accennato della preoccupazione del legislatore di rendere effettive le prescrizioni contenute nell'articolo 11 del Codice, predisposte in ottemperanza alla «ratio» cui il principio tende, cioè la tutela del lavoratore impiegato nell'appalto che passa dall'applicazione di un contratto collettivo così detto *leader*.

Attraverso il rinvio all'articolo 110 del d.lgs. 36/2023, la stazione appaltante è chiamata, senza margini di discrezionalità, a valutare la congruità, rispetto ai valori espressi nella documentazione di gara e dunque al sistema di tutele individuate attraverso l'indicazione del contratto collettivo, dei costi della manodopera, indicati dall'operatore economico concorrente nell'offerta economica, anche al fine di verificare la sostenibilità e la realizzabilità dell'offerta. Viene in rilievo la questione, prima accennata, del buon risultato che passa anche dalla verifica dei costi per la manodopera, i quali, si ripete, devono essere oltre che sostenibili ai fini della concreta soddisfazione del fabbisogno pubblico, anche idonei a garantire un livello di tutele tale da non comprimere il diritto, di rango costituzionale, dei lavoratori impiegati nell'appalto «*ad una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità*» del lavoro e in ogni caso «*sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa*». Ciò è reso, ulteriormente concreto, dall'impegno dell'operatore economico, reso ai sensi dell'articolo 102 del Codice dei contratti pubblici, che assicura di applicare ai propri lavoratori il contratto collettivo, nazionale e territoriale, di lavoro indicato dalla stazione appaltante o un altro purché garantisca il medesimo livello di tutele, economiche e normative.

La questione è abbastanza complessa per le stazioni appaltanti, specie se si considera che sussiste:

- a) la frammentazione della rappresentanza e la presenza sulla scena negoziale di associazioni collettive (sindacali e datoriali) di discutibile rappresentatività, sottoscrittori di contratti definiti col nome evocativo di «contratti pirata»;
- b) la frantumazione dei perimetri negoziali e degli ambiti della contrattazione, dei settori e delle categorie;
- c) la conseguente proliferazione del numero dei contratti collettivi. Il Cnel ne ha censiti ben 946 per il settore privato, di cui solo un quinto stipulati da sindacati più rappresentativi a copertura della maggior parte dei dipendenti;
- d) la moltiplicazione del fenomeno della disparità di retribuzione a parità di lavoro e la mortificazione dei salari soprattutto ai livelli più bassi;
- e) «il ritardo abituale» dei rinnovi dei contratti collettivi la cui durata impedisce un effettivo adeguamento dei salari ai cambiamenti economici (l'ultimo report del Cnel denuncia come scaduti 563 contratti del settore privato, pari al 60%);

f) una dinamica inflazionistica severa negli ultimi due anni, con la conseguente perdita del potere di acquisto dei salari.

L'Autorità nazionale anticorruzione ha dedicato, nella nota illustrativa al bando tipo 1-2023, molto spazio al tema ed ha, efficacemente, ad avviso di chi scrive, delineato i contorni della questione coinvolgendo il Ministero del Lavoro, l'Ispettorato nazionale del lavoro, il Cnel, l'Inps, Cgil, Cisl e Uil.

L'Anac, nel premettere che dovrebbero, verosimilmente, essere sporadici i casi in cui due contratti presentino esattamente lo stesso articolato, ritiene che *«la dichiarazione di equivalenza debba dimostrare che il diverso Ccnl adottato, al di là del nomen iuris, garantisca tutele equiparabili»*. Al riguardo rinvia alle indicazioni fornite dall'Ispettorato nazionale del lavoro con la circolare n. 2 del 28/7/2020, dalla quale possono essere tratti elementi utili per le valutazioni di competenza delle stazioni appaltanti, sulle equivalenze delle tutele ove l'operatore economico concorrente economico abbia indicato di voler utilizzare un diverso contratto collettivo, rispetto a quello previsto nella documentazione di gara.

BOX DI APPROFONDIMENTO

Circolare Ispettorato nazionale del lavoro n. 2 del 28 luglio 2020

La disciplina di alcuni istituti è riservata dal legislatore in via esclusiva ai contratti collettivi stipulati da organizzazioni sindacali dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale.

In forza della disposizione contenuta nell'art. 51 del d.lgs. n. 81/2015, ad esempio, l'integrazione della disciplina delle principali tipologie contrattuali o la deroga ad alcune previsioni legali è rimessa ai contratti c.d. «*leader*». Ci si riferisce, tra l'altro, alle disposizioni concernenti le collaborazioni (art. 2), le «ulteriori ipotesi di assegnazione di mansioni appartenenti al livello di inquadramento inferiore» (art. 3), le ipotesi di ricorso al lavoro intermittente (art. 13), i limiti di durata e i limiti quantitativi del contratto a tempo determinato (artt. 19 e 23), l'individuazione delle attività stagionali (art. 21), la disciplina del contratto di apprendistato (art. 42 e ss.) ecc.

Tale riserva opera anche per le disposizioni in materia di orario di lavoro, contenute nel d.lgs. n. 66/2003, atteso che l'art. 1, comma 2 lett. m) individua i contratti collettivi di lavoro come i «contratti collettivi stipulati da organizzazioni sindacali dei lavoratori comparativamente più rappresentative». Ne discende che, similmente a quanto accade per il d.lgs. n. 81/2015, le discipline derogatorie previste dal d.lgs. n. 66/2003, ivi comprese quelle di cui all'art. 17, comma 1, possono essere introdotte esclusivamente dai contratti c.d. «*leader*».

Sul punto va tuttavia specificato che nulla vieta ai contratti collettivi, pur sottoscritti da soggetti privi del requisito della maggiore rappresentatività in termini comparativi, di introdurre disposizioni di miglior favore per il lavoratore in relazione ad alcuni istituti sui quali è dunque possibile svolgere una comparazione.

Sono da intendersi come tali, ad esempio, alcuni aspetti della disciplina del lavoro straordinario, festivo e supplementare o del part-time, come meglio specificato in seguito.

Ciò posto, occorre ribadire che il giudizio di equivalenza muove dal presupposto secondo cui vanno comparati i «trattamenti» previsti da un Ccnl c.d. «*leader*» e i «trattamenti» garantiti da un datore di lavoro che applica un contratto collettivo non sottoscritto dalle Oo.Ss. comparativamente più rappresentative, ovvero che non applica alcun contratto collettivo e che, pertanto, non può avvantaggiarsi delle discipline integrative o derogatorie indicate nel precedente paragrafo.

Da tale assunto scaturisce la necessità di basare detta valutazione in relazione ad istituti che possono essere legittimamente disciplinati da qualsiasi contratto collettivo a prescindere da una valutazione sulla rappresentatività dei sottoscrittori e non, ad esempio, su istituti come l'apprendistato o gli altri sopra indicati, la cui disciplina è rimessa esclusivamente ai contratti c.d. «*leader*».

Stante quanto sin qui considerato, si ritiene di fornire una prima sintetica elencazione

– suscettibile di successive integrazioni – di istituti sui quali effettuare una verifica di equivalenza dei «trattamenti normativi»:

- la disciplina concernente il lavoro supplementare e le clausole elastiche nel part-time, ponendo attenzione, per entrambi gli istituti, al limite massimo percentuale dell'aumento della durata della prestazione che il datore di lavoro può richiedere (ad un minor numero di ore corrisponde una maggior tutela del lavoratore);
- la disciplina del lavoro straordinario, con particolare riferimento ai suoi limiti massimi. Atteso peraltro che il legislatore riserva solo ai contratti «*leader*» la possibilità di introdurre deroghe in *peius* in materia, va al riguardo precisato che, qualora il Ccnl «*leader*» abbia individuato un numero di ore annuali superiore alle 250 previste dall'art. 5 del d.lgs. n. 66/2003, non altrettanto potrà fare il Ccnl sottoscritto da soggetti privi del requisito della maggiore rappresentatività;
- la disciplina compensativa delle ex festività soppresse, che normalmente avviene attraverso il riconoscimento di permessi individuali;
- durata del periodo di prova;
- durata del periodo di preavviso;
- durata del periodo di comporta in caso di malattia e infortunio;
- malattia e infortunio, con particolare riferimento al riconoscimento di un'eventuale integrazione delle relative indennità;
- maternità ed eventuale riconoscimento di un'integrazione della relativa indennità per astensione obbligatoria e facoltativa;
- monte ore di permessi retribuiti.

3. LA TUTELA DEI LAVORATORI NEL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

L'Autorità nazionale anticorruzione afferma, in particolare: «*La stazione appaltante può ritenere sussistente l'equivalenza in caso di scostamenti marginali in un numero limitato di parametri. Sul punto, si evidenzia che la richiamata circolare dell'Inl individua un primo elenco di nove istituti sui quali effettuare la verifica di equivalenza dei trattamenti normativi, ritenendo ammissibile lo scostamento limitato ad un solo parametro. Pertanto, considerato che l'elenco su proposto è più ampio, si può ritenere ammissibile, di regola, uno scostamento limitato a soli due parametri*». La dimostrazione della concretezza assunta da Anac è degna di nota, connessa al senso di responsabilità dell'Autorità stessa che si palesa nel non sottrarsi alle responsabilità connesse al ruolo assegnatole dal legislatore, nel momento in cui viene incaricata della predisposizione di bandi tipo qualificati come «strumenti di semplificazione» e, ci si permette di aggiungere, di indirizzo metodologico per le valutazioni rimesse alle stazioni appaltanti. Si riscontra, tuttavia, una problematica ulteriore, compiutamente analizzata nel Focus dedicato a margine di questo paragrafo che interessa il tema del rispetto delle tutele economiche, inserite nei contratti collettivi, alle previsioni di cui all'articolo 36 della Costituzione e alla recente direttiva 2022/2041/Ue, per come affrontate e risolte, nella fattispecie portata alla sua attenzione, dalla Corte Suprema di Cassazione con la sentenza n. 28320/2023. Si ritiene che ciò imporrà un nuovo approccio alla contrattazione collettiva, specie da parte datoriale, che si auspica possa condurre ad affrontare, in maniera più razionale, la complessa vicenda delle tutele economiche e normative dei lavoratori. Rimane dai contorni non compiutamente definiti, se non dietro un importante onere motivazionale che dia prevalenza alla tutela economica, la questione afferente all'indicazione e al correlato impegno, da parte del concorrente, di applicare, ai lavoratori impiegati nell'appalto, un contratto collettivo che definisca una tutela economica migliore rispetto a quello indicato dalla stazione appaltante, a fronte di una previsione di tutele normative di livello inferiore. L'unica ipotesi proponibile, da parte di chi scrive, nella consapevolezza che la tutela normativa si traduce, in termini economici, in un costo indiretto, seppur non materialmente corrisposto al lavoratore, risiede nell'analizzare – o meglio provare ad analizzare, stante la evidente estrema complessità del percorso suggerito – quanto la «migliore» retribuzione economica sia in grado di compensare il «minor» livello di tutela di normativa e, solo ove le risultanze siano positive, dichiararne l'equivalenza.

Un'altra questione viene in rilievo, né l'Autorità nazionale anticorruzione, né l'Ispettorato nazionale del lavoro inseriscono, nella valutazione delle equivalenze, la disciplina del cambio appalto, seppur contenuta in numerosi contratti collettivi come peraltro segnalato dalla Cgil nel corso della definizione del bando tipo n. 1. Trattasi di tutela normativa di rilievo, come evidente, poiché disciplina un sistema di garanzie per i lavoratori che subiscono gli effetti di un cambio appalto. C'è da analizzarne le ragioni per cui, tale tipologia di tutela, non sia oggetto di valutazione delle equivalenze fra diversi contratti collettivi nazionali di

lavoro che potrebbero prevedere regolamentazioni diverse. La questione, ad avviso di chi scrive, deriva dal fatto che la disciplina sulla stabilità occupazionale è rimessa alla stazione appaltante, tanto nell'abrogato Codice e ancora di più in quello attuale. L'espansività del ruolo del committente pubblico sul tema clausole sociali è, *de jure condito*, ancora più pregnante, proprio perché è, appunto, la legge di gara che disciplina l'operatività della clausola della stabilità occupazionale nel caso di cambio appalto. Non avrebbe, dunque, rilievo, avvalorando l'operato dell'Inl che, coinvolto nella redazione della nota illustrativa al bando tipo 1-2023, non ha inserito la verifica della tutela dei lavoratori inerente la disciplina del cambio appalto e la stabilità occupazionale, confermando, pertanto, la valenza della nota del 2020.

Per completezza di analisi, si evidenzia come Anac intervenga, altresì, per chiarire una questione derivante da un'incoerenza (*rectius* contraddizione) rilevata nel testo normativo, considerando che l'articolo 11 del Codice richiede la presentazione della dichiarazione di equivalenza all'aggiudicatario prima di procedere all'affidamento. Tuttavia, le stazioni appaltanti sono sempre tenute, ai sensi dell'articolo 110 del codice, ad operare le valutazioni ivi previste, precisando, la suddetta disposizione normativa, che non sono ammesse giustificazioni in relazione a trattamenti salariali minimi inderogabili. Pertanto, chiosa l'Autorità «*gli operatori economici, già in sede di verifica dell'anomalia, potrebbero essere chiamati a giustificare l'eventuale ribasso offerto sul costo della manodopera e che le relative giustificazioni potrebbero riguardare anche l'applicazione di un contratto collettivo diverso rispetto a quello individuato dalla stazione appaltante. In questo caso, quindi, necessariamente, la valutazione di equivalenza andrebbe anticipata rispetto al momento dell'aggiudicazione. A tal fine, come meglio precisato in seguito, nel disciplinare è stata richiesta la presentazione della dichiarazione di equivalenza nell'offerta tecnica*».

Da ultimo si evidenzia, corroborando quanto prima affermato circa la qualità del lavoro licenziato da Anac, il suggerimento, fornito dall'Autorità ai committenti pubblici, affinché si avvalgano del servizio «Monitoraggio Congruità Occupazionale Appalti» (Mocoa) realizzato dall'Inps, per verificare la concretezza e l'effettività degli impegni assunti dall'operatore economico concorrente, in tutte le ipotesi in cui diviene l'aggiudicatario del contratto di appalto. Il Mocoa si fonda su un'attività di incrocio tra i dati dei lavoratori impiegati in appalto/subappalto, noti al committente, e quelli poi effettivamente denunciati in Uniemens dagli appaltatori/subappaltatori. I committenti, durante tutto il corso dell'appalto, avranno così la possibilità di avere conferma o meno del rispetto degli impegni assunti dagli appaltatori all'atto del conferimento dell'appalto in termini di manodopera regolarmente denunciata. Il sistema elabora, di conseguenza, un report mensile denominato «Documento Congruità Occupazionale Appalti» (Docoa), che evidenzia eventuali discordanze e/o incongruenze nei dati dichiarati in Uniemens e quelli registrati in Mocoa. Le stazioni appaltanti, come opportunamente

3. LA TUTELA DEI LAVORATORI NEL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

suggerito da Anac, potrebbero prevedere l'obbligo per l'operatore economico di dimostrare, in caso di aggiudicazione, il rispetto degli impegni assunti mediante la messa a disposizione dei dati relativi al trattamento giuridico ed economico dei lavoratori addetti all'affidamento, cioè attraverso il Doco.

Si ritiene utile che l'Inps permetta, in un prossimo futuro, alle stazioni appaltanti di accedere direttamente e senza intermediazioni o richieste agli operatori economici, al servizio Mocoa per agevolare la verifica circa il rispetto degli obblighi assunti dai contraenti, in odine all'inquadramento dei lavoratori impiegati negli appalti pubblici.

**FOCUS – Cassazione Civile, sez. Lav., 10 ottobre 2023, n. 28320
(Ccnl Vigilanza privata e servizi fiduciari)**

Degna di nota è la sentenza 28320/2023 della Corte Suprema di Cassazione, i giudici hanno affrontato un tema relevantissimo, anche al fine della presente trattazione, fondando il presupposto del loro convincimento nella disposizione contenuta al primo comma dell'articolo 36 della Costituzione «*Il lavoratore ha diritto ad una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro e in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa*». Nella fattispecie, il lavoratore ricorrente (sostenuto dalle organizzazioni sindacali tra cui Filcams) agisce in giudizio per ottenere l'adeguamento della propria retribuzione, nonché il riconoscimento del diritto di adeguamento delle retribuzioni percepite, sulla base della, ritenuta, non conformità del trattamento retributivo applicatogli, ai sensi del Ccnl per i dipendenti delle imprese di vigilanza e servizi fiduciari del 01/02/2001, ai parametri dell'articolo 36 della Costituzione, nonché a quelli rinvenibili dall'articolo 3, comma 1, l. 142/2001⁽⁹⁾ e dall'articolo 7 della d.l. 248/2007 l. 31/2008⁽¹⁰⁾. La richiesta del ricorrente verte, più precisamente, sul diritto a percepire un trattamento salariale non inferiore a quello previsto per il corrispondente livello del Ccnl proprietari di fabbricati o in subordinate del Ccnl Multiservizi o del Ccnl Terziario e, in particolare, si legge in sentenza, lo stesso deduce «*di svolgere mansioni di operatore fiduciario e di aver lavorato nel periodo indicato nell'ambito del medesimo appalto con differenti e successive imprese appaltatrici per svolgere le medesime mansioni venendo pagato sempre meno per le stesse mansioni svolte, producendo le relative buste paga ed i contratti di assunzione e collettivi*». I giudici, a fronte di un'eccezione di inammissibilità del ricorso, espressamente, affermano «*[...] i valori che vengono a confronto ed i parametri necessari ai fini della decisione della causa sono tutti documentati e pacifici [...] Il lavoratore ha depositato in giudizio le sue buste paga. Tutti i dati retributivi utili ai fini dell'art. 36 Cost. sono stati messi nella causa a disposizione del decidente chiamato al compito di invero della disciplina costituzionale del salario minimo*». Si ricorda come la Corte costituzionale, con sentenza 4 maggio 1960, n. 30, ha avuto modo di statuire che il salario minimo costituzionale delineato nell'articolo 36 della Costituzione integra un «diritto subiettivo perfetto» che deve rispondere «*a due fondamentali e diverse esigenze. L'una si ricollega al rapporto di scambio tra prestatore d'opera e datore di lavoro, considerando la prestazione di lavoro nella sua consistenza quantitativa e qualitativa; l'altra si riferisce alla situazione familiare del lavoratore ... di guisa la retribuzione del lavoratore va riguardata, nello stesso tempo, sotto duplice aspetto: quello della proporzionalità della retribuzione alla quantità e qualità del lavoro prestato e quello dell'idoneità della retribuzione al sostentamento del lavoratore e della sua famiglia*». I giudici, nella sentenza in commento, esprimono, oltre al concetto fondamentale rappresentato sopra, un'altra valutazione, ancora più significativa, ritengono infatti che, attraverso i dati di fatto portati a conoscenza del collegio, il loro scrutinio interessi la verifica della sussistenza o meno di una violazione dei criteri costituzionali di proporzionalità e sufficienza, consumata malgrado e nonostante, l'applicazione del contratto collettivo vi-

gilanza e servizi fiduciari, stipulato da organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative sul piano nazionale. La sentenza censura la decisione dei giudici dell'appello che non hanno, così si legge, operato alcun raffronto nel merito del quantum della retribuzione percepita per accertare la sua corrispondenza all'articolo 36 della Costituzione, sulla base di una supposta preclusione di valutazione di conformità al precetto costituzionale dei rapporti di lavoro regolati da contratti collettivi di settore di cui all'articolo 51 del d.lgs. 51/2018. La Suprema Corte, a fronte di puntuale eccezione, precisa *«Non si impugna il quantum di retribuzione, oggetto di un accertamento che nella causa non è stato neppure compiuto nei termini stabiliti dall'art. 36 Cost., ma la violazione dei criteri costituzionali di proporzionalità e sufficienza consumata attraverso quei dati di fatto. Si tratta quindi di operare la valutazione della fattispecie concreta alla stregua della nozione legale di salario minimo (o di giusto salario) esistente nel nostro Paese a livello costituzionale, con i requisiti pure essi giuridici di sufficienza e di proporzionalità espressi al massimo grado dell'ordinamento, in relazione a cui andava effettuato dal giudice di appello un corretto giudizio di sussunzione»*. Viene, altresì, espressamente, ribadito *«secondo quanto affermato da questa Corte con la sentenza n. 24449/2016 l'art. 36, comma 1, Cost. garantisce due diritti distinti, che, tuttavia, «nella concreta determinazione della retribuzione, si integrano a vicenda»: quello ad una retribuzione «proporzionata» garantisce ai lavoratori «una ragionevole commisurazione della propria [...] ricompensa alla quantità e alla qualità dell'attività prestata»; mentre quello ad una retribuzione «sufficiente» dà diritto ad «una retribuzione non inferiore agli standards minimi, [...] necessari per vivere una vita a misura d'uomo», ovvero ad «una ricompensa complessiva che non ricada sotto il livello minimo, ritenuto, in un determinato momento storico e nelle concrete condizioni di vita esistenti, necessario ad assicurare al lavoratore ed alla sua famiglia un'esistenza libera e dignitosa». In altre parole, l'uno stabilisce «un criterio positivo di carattere generale», l'altro «un limite negativo, invalicabile in assoluto [...] orientando il trattamento economico non solo verso il soddisfacimento di meri bisogni essenziali ma verso qualcosa in più che la recente direttiva Ue sui salari adeguati all'interno dell'Unione 2022/2041^(6v) individua nel conseguimento anche di beni immateriali (cfr. considerando n. 28: «oltre alle necessità materiali quali cibo, vestiario e alloggio, si potrebbe tener conto anche della necessità di partecipare ad attività culturali, educative e sociali»)»*. In sostanza, si afferma un concetto molto forte e cioè che nell'operazione di raffronto, cui il giudice non può sottrarsi, tra il salario di fatto e quello costituzionale ed anche europeo, occorre effettuare una valutazione coerente e *«funzionale allo scopo»*, rispettoso dei criteri giuridici della autosufficienza e della proporzionalità. Qualsiasi invocazione ai parametri Istat di povertà, afferma la Corte Suprema di Cassazione, pur costituendo, questi, riferimenti utili ad individuare una soglia minima invalicabile non sono, tuttavia, indicativi ai fini del raggiungimento del livello di salario minimo costituzionale che deve, invece, essere proiettato ad una vita libera e dignitosa e non solo *«non povera»*, dovendo rispettare *«l'altro profilo della proporzionalità»*. Il ragionamento dei giudici nella sentenza 28320/2023 è rispettoso dei precetti costituzionali e della direttiva 2022/2041/Ue e raggiunge il suo apice nella seguente affermazione *«In nessun caso la verifica della sufficienza della retribuzione in concreto corrisposta, anche attraverso il livello Istat di*

povertà assoluta, può esaurire l'oggetto della articolata o valutazione demandata al giudice ai sensi dell'art. 36 Cost., [...]. Essa deve condurre sempre alla determinazione del quantum del salario costituzionale, operazione che, [...], la univoca giurisprudenza di questa Corte e lo stesso ordinamento vuole improntata in partenza al confronto parametrico con i livelli retributivi stabiliti dalla contrattazione collettiva [...] ritenuti idonei a realizzare, per naturale vocazione, le istanze sottese ai concetti costituzionali di sufficienza e di proporzionalità; fatto salvo, oltre ad eventuali disposizioni di legge, l'intervento correttivo del giudice sulla stessa contrattazione collettiva a tutela della precettività dell'art. 36 Cost.». Il giudice fa riferimento alla locuzione latina «*pars construens*», concetto teorizzato dal filosofo inglese Francis Bacon, vale a dire l'indicazione propositiva della strada da seguire, proprio per affermare come il tema sia da affrontare in termini sistemici e sistematici, in altre parole secondo quanto è insito nel sistema, o più precisamente nell'ordinamento, e attraverso la disamina di tutte le opzioni possibili. Nell'affermare ciò, la Corte individua gli ambiti di operatività del giudizio e precisa, in virtù «*della forza cogente del diritto alla giusta retribuzione, spetta al giudice di merito valutarne la conformità ai criteri indicati dall'art. 36 Cost., mentre il lavoratore che deduca la non conformità della retribuzione corrispostagli dal datore di lavoro all'art. 36 Cost., deve provare solo il lavoro svolto e l'entità della retribuzione, e non anche l'insufficienza o la non proporzionalità che rappresentano i criteri giuridici che il giudice deve utilizzare nell'opera di accertamento*». Sostanzialmente, la violazione dell'articolo 36 della Costituzione è denunciabile anche se la retribuzione, in fatto corrisposta, è conforme a quella stabilita dal contratto collettivo, potendo, anche, accadere che la prestazione del lavoratore possa presentare caratteristiche peculiari, per qualità e quantità, che la differenziano da quelle contemplate nella regolamentazione collettiva, non potendosi, *sic et simpliciter*, escludere l'insufficienza della retribuzione stessa per il solo fatto che sia fissata dal contratto collettivo. Dalla giurisprudenza che si è, nel corso del tempo, formata sulla materia si desume, inoltre, che in sede di applicazione dell'articolo 36 della Costituzione il giudice di merito gode, ai sensi dell'art. 2099 c.c.⁽ⁱⁱⁱ⁾, di ampia discrezionalità nella determinazione della giusta retribuzione, potendo discostarsi dai minimi retributivi della contrattazione collettiva e potendo servirsi di altri criteri di giudizio e parametri differenti o da quelli collettivi «*con l'unico obbligo di darne puntuale ed adeguata motivazione rispettosa dell'art. 36 Cost.*». Il giudice, in altre parole, ad avviso della Corte di Cassazione, può utilizzare, motivando, altri parametri, anche differenti da quelli più precipuamente «*contrattuali*», fondati sulla natura e sulle caratteristiche dall'attività svolta, su nozioni di «*comune esperienza*» e su «*criteri di natura equitativa*». Ciò, affermano i giudici, in virtù «*dell'integrazione del nostro ordinamento a livello europeo ed internazionale, l'attuazione del precetto del giusto salario costituzionale è divenuta un'operazione che il giudice deve effettuare considerando anche le indicazioni sovranazionali e quelle provenienti dall'Unione europea [...] la norma (articolo 36 della Costituzione) non si limita a stabilire l'an del diritto al salario, ma attribuisce a chi lavora il diritto ad un salario con contenuti qualificanti che fanno riferimento al quantum del corrispettivo oggetto dell'obbligazione contrattuale; si tratta di indicazioni immediatamente precettive idonee a conformare le clausole relative al corrispettivo del lavoro contenute all'interno di ciascun*

contratto di lavoro [...] il giudice è chiamato ad intervenire è chiamato ad intervenire in ultima istanza, per assicurare, nell'ambito di ogni singolo rapporto di cui è chiamato a conoscere, la rispondenza dei predetti interventi allo statuto del salario delineato a livello generale nella normativa costituzionale; ed in caso di violazione ripristinare la regola violata dichiarando la nullità della clausola individuale e procedendo alla quantificazione della giusta retribuzione costituzionale (in applicazione delle regole civilistiche dell'art. 2099, comma 2 e dell'art. 1419, comma 1 c.c.)». Vengono, altresì, espressamente richiamati, a fondamento della decisione della Corte Suprema di Cassazione, oltre alla direttiva 2022/2041/Ue, i presupposti normativi in materia, di rango europeo, della suddetta direttiva, quali l'art. 4 della Carta sociale europea, gli artt. 23 e 31 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea ed il Pilastro europeo dei diritti sociali del novembre 2017, che nel punto 6, lettera a) prefigura la necessità di una retribuzione che offra un tenore di vita dignitoso, mentre la lettera b) impegna all'implementazione di retribuzioni minime adeguate per i bisogni del lavoratore e della famiglia.

Per evidenziare come la tematica sulla congruità della retribuzione sia particolarmente attenzionata dall'Unione europea, si precisa che la direttiva 2022/2041/Ue, in materia di adeguatezza dei salari, vuole conseguire gli obiettivi della dignità del lavoro, l'inclusione sociale e il contrasto alla povertà, dettando il concetto per cui la salvaguardia e l'adeguamento dei salari «contribuiscono a sostenere la domanda interna». È la stessa direttiva che, al comma 1 dell'articolo 1, detta il fine dell'intervento europeo «migliorare le condizioni di vita e di lavoro nell'Unione, in particolare l'adeguatezza dei salari minimi per i lavoratori al fine di contribuire alla convergenza sociale verso l'alto e alla riduzione delle disuguaglianze retributive». Ecco in rilievo, come compiutamente affermato in precedenza, la posizione europea sul punto che dovrà essere tenuta a riferimento nell'approccio alle questioni della tutela del lavoro che emergono, con forza, nel novellato Codice dei contratti pubblici.

La sentenza affronta, inoltre, una questione molto delicata che deriva dalla mancata applicazione dell'articolo 39 della Costituzione. Sul punto afferma come, pur in mancanza dell'applicazione ai contratti di diritto comune dell'art. 2070 c.c. che vincolerebbe la regolamentazione collettiva all'area professionale di pertinenza, si è ammesso, comunque, che il lavoratore possa appellarsi ad un contratto collettivo diverso da quello di provenienza, non già per ottenerne l'applicazione, bensì come termine di riferimento per la determinazione della giusta retribuzione, deducendo la non conformità al precetto costituzionale del trattamento economico previsto nel contratto collettivo applicato al proprio rapporto. Questo è un punto di fondamentale importanza che dovrà guidare le trattative negoziali al fine della definizione e conclusione di nuovi contratti collettivi. I giudici, opportunamente, ritengono che centrale divenga l'assunto per cui, le indicazioni giuridiche, insieme ad altre norme costituzionali pure riferite alla retribuzione, come gli artt. 3, 37, 38, 39, 40 e 41 Cost., interpellano anzitutto gli agenti negoziali (associazioni sindacali e datoriali) in quanto massima

autorità salariale. Dette indicazioni, sempre ad avviso del collegio, si rivolgono, inoltre, al legislatore che deve operare politiche di valorizzazione e di sostegno al reddito in funzione della promozione individuale e sociale dei lavoratori e delle indeclinabili esigenze familiari a cui lo stesso reddito deve far fronte. La nostra Costituzione, espressamente si legge nella sentenza 28320/2023, *«ha accolto infatti una nozione di remunerazione della prestazione di lavoro non come prezzo di mercato, ma come retribuzione sufficiente ossia adeguata ad assicurare un tenore di vita dignitoso, non interamente rimessa all'autodeterminazione delle parti individuali né dei soggetti collettivi. I due requisiti di sufficienza e proporzionalità costituiscono limiti all'autonomia negoziale anche collettiva [...] Pur con tutta la prudenza con cui bisogna approcciare la materia retributiva ed il rispetto della riserva di competenza attribuita all'autorità salariale massima, rappresentata dalla contrattazione collettiva, non può che ribadirsi che i criteri di sufficienza e proporzionalità stabiliti dalla Costituzione sono gerarchicamente sovraordinati alla legge e alla stessa contrattazione collettiva ed abbiano contenuti (anche attinenti alla dignità della persona) che preesistono e si impongono dall'esterno alla determinazione del salario»*. I giudici precedono il dispositivo da un'altra considerazione, che si reputa essere molto significativa, che verte sul tema del giusto contratto collettivo applicabile. Il ragionamento che si evince in sentenza non è tanto obbligare il datore di lavoro ad applicare un altro contratto collettivo, pur rappresentando, i giudici della Corte, che il giudice potrebbe arrivare a statuire in tal senso, nelle ipotesi in cui fosse riconosciuta una incompatibilità oggettiva o soggettiva del Ccnl applicato. La questione, come si legge in sentenza, concerne, nel caso concreto, l'utilizzabilità di altri contratti collettivi come parametro. La posizione assunta deriva dal tenore letterale dell'articolo 3 della l. 142/2001, il quale – in riferimento, così come nella fattispecie trattata, ai soci lavoratori di società cooperative – stabilisce che deve essere riconosciuto a tali lavoratori un trattamento economico complessivo proporzionato alla qualità e quantità del lavoro svolto desunto da contratti collettivi *«della categoria affine»* e per *«prestazioni analoghe»*. Tali esplicite indicazioni, per la loro congruità nella prospettiva dell'individuazione della giusta retribuzione costituzionale ex articolo 36, possono essere impiegate dal giudice *«non solo quando essa riguardi quella di un socio lavoratore di cooperativa, ma anche quando la retribuzione da adeguare riguardi un mero lavoratore subordinato (non socio) che operi all'interno di una cooperativa»*. I principi di diritto espressi dalla Corte, in sentenza, che accoglie il ricorso e cassa la sentenza impugnata, sono i seguenti:

1. Nell'attuazione dell'art.36 della Costituzione il giudice, in via preliminare, deve fare riferimento, quali parametri di commisurazione, alla retribuzione stabilita dalla contrattazione collettiva nazionale di categoria, dalla quale può motivatamente discostarsi, anche ex officio, quando la stessa entri in contrasto con i criteri normativi di proporzionalità e sufficienza della retribuzione dettati dall'art. 36 Cost., anche se il rinvio alla contrattazione collettiva applicabile al caso concreto sia contemplato in una legge, di cui il giudice è tenuto a dare una interpretazione costituzionalmente orientata.

2. Ai fini della determinazione del giusto salario minimo costituzionale il giudice può servirsi a fini parametrici del trattamento retributivo stabilito in altri contratti collettivi di settori affini o per mansioni analoghe.

3. Nella opera di verifica della retribuzione minima adeguata ex art. 36 Cost. il giudice, nell'ambito dei propri poteri ex art. 2099, comma 2 c.c., può fare altresì riferimento, all'occorrenza, ad indicatori economici e statistici, anche secondo quanto suggerito dalla direttiva Ue 2022/2041 del 19 ottobre 2022.

Per concludere, l'ampia trattazione che la sentenza merita per la sua importanza risulta necessario ad affermare un concetto, ad avviso di chi scrive, molto importante, cioè le parti sindacali e datoriali, che rappresentano, nella contrattazione collettiva, la massima autorità salariale, esercitano le loro prerogative in un ambito presidiato dall'ordinamento costituzionale ed europeo che ne condiziona, nel supremo interesse dei lavoratori ad un trattamento economico dignitoso, l'autonomia. Ciò è un monito per le parti sociali destinato a produrre effetti nella fase contrattuale aperta o che si aprirà post sentenza e, dunque, ad incidere sui livelli di tutela dei lavoratori, ivi compreso, ovviamente, quelli impiegati negli appalti ai sensi e per gli effetti del novellato Codice dei contratti pubblici.

(i) Art. 3, comma 1, l. 142/2001: «Fermo restando quanto previsto dall'articolo 36 della legge 20 maggio 1970, n. 300, le società cooperative sono tenute a corrispondere al socio lavoratore un trattamento economico complessivo proporzionato alla quantità e qualità del lavoro prestato e comunque non inferiore ai minimi previsti, per prestazioni analoghe, dalla contrattazione collettiva nazionale del settore o della categoria affine, ovvero, per i rapporti di lavoro diversi da quello subordinato, in assenza di contratti o accordi collettivi specifici, ai compensi medi in uso per prestazioni analoghe rese in forma di lavoro autonomo».

(ii) Art. 7, comma 4, d.l. 248/2007, convertito in l. 31/2008: «Fino alla completa attuazione della normativa in materia di socio lavoratore di società cooperative, in presenza di una pluralità di contratti collettivi della medesima categoria, le società cooperative che svolgono attività ricomprese nell'ambito di applicazione di quei contratti di categoria applicano ai propri soci lavoratori, ai sensi dell'articolo 3, comma 1, della legge 3 aprile 2001, n. 142, i trattamenti economici complessivi non inferiori a quelli dettati dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni datoriali e sindacali comparativamente più rappresentative a livello nazionale nella categoria».

(iii) Art. 2099, Cod. civ.: «La retribuzione del prestatore di lavoro può essere stabilita a tempo o a cottimo e deve essere corrisposta con le modalità e nei termini in uso nel luogo in cui il lavoro viene eseguito. In mancanza di accordo tra le parti, la retribuzione è determinata dal giudice».

(iv) Direttiva (Ue) 2022/2041 del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 ottobre 2022 relativa a salari minimi adeguati nell'Unione europea, considerando 28 e articolo 5: «I salari minimi sono considerati adeguati se sono equi rispetto alla distribuzione salariale dello Stato membro pertinente e se consentono un tenore di vita dignitoso ai lavoratori sulla base di un rapporto di lavoro a tempo pieno. L'adeguatezza dei salari minimi legali è determinata

e valutata da ciascuno Stato membro tenendo conto delle proprie condizioni socioeconomiche nazionali, comprese la crescita dell'occupazione, la competitività e gli sviluppi regionali e settoriali. Ai fini di tale determinazione, gli Stati membri dovrebbero tenere conto del potere d'acquisto, dei livelli e degli sviluppi della produttività nazionale a lungo termine, nonché del livello dei salari, della loro distribuzione e della loro crescita. Tra gli altri strumenti, un paniere di beni e servizi a prezzi reali stabilito a livello nazionale può essere utile per determinare il costo della vita al fine di conseguire un tenore di vita dignitoso. Oltre alle necessità materiali quali cibo, vestiario e alloggio, si potrebbe tener conto anche della necessità di partecipare ad attività culturali, educative e sociali. È opportuno considerare la fissazione e l'aggiornamento dei salari minimi legali separatamente dai meccanismi di sostegno al reddito. Gli Stati membri dovrebbero utilizzare indicatori e valori di riferimento associati per orientare la loro valutazione dell'adeguatezza dei salari minimi legali. Gli Stati membri potrebbero scegliere tra gli indicatori comunemente impiegati a livello internazionale e/o gli indicatori utilizzati a livello nazionale. La valutazione potrebbe basarsi su valori di riferimento comunemente impiegati a livello internazionale, quali il rapporto tra il salario minimo lordo e il 60% del salario lordo mediano e il rapporto tra il salario minimo lordo e il 50% del salario lordo medio, valori che attualmente non sono soddisfatti da tutti gli Stati membri, o il rapporto tra il salario minimo netto e il 50% o il 60% del salario netto medio. La valutazione potrebbe inoltre basarsi su valori di riferimento associati a indicatori utilizzati a livello nazionale, come il confronto tra il salario minimo netto e la soglia di povertà e il potere d'acquisto dei salari minimi». Si veda, altresì, articolo 5 della direttiva 2022/2041/UE che attua il considerando 18 consultabile al link: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32022L2041>.

3.4.6. *Le clausole sociali*

Il Codice dei contratti pubblici, in attuazione del principio di delega di cui all'articolo 1, comma 2, lettera h) della l. 78/2022¹⁸ inserisce le disposizioni in materia di clausole sociali agli articoli 57 e 102:

● **Articolo 57.** Clausole sociali del bando di gara e degli avvisi e criteri di sostenibilità energetica e ambientale.

1. *Per gli affidamenti dei contratti di appalto di lavori e servizi diversi da quelli aventi natura intellettuale e per i contratti di concessione i bandi di gara, gli avvisi e gli inviti, tenuto conto della tipologia di intervento, in particolare ove riguarda il settore dei beni culturali e del paesaggio, e nel rispetto dei principi dell'Unione europea, devono contenere specifiche clausole sociali con le quali sono richieste, come requisiti necessari dell'offerta, misure orientate tra l'altro a garantire le pari opportunità generazionali, di genere e di inclusione lavorativa per le persone con disabilità o svantaggiate, la stabilità occupazionale del personale impiegato, nonché l'applicazione dei contratti collettivi nazionali e territoriali di settore, tenendo conto, in relazione all'oggetto dell'appalto o della concessione 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 e di quelli il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto o della concessione svolta dall'impresa anche in maniera prevalente, nonché a garantire le stesse tutele economiche e normative per i lavoratori in subappalto rispetto ai dipendenti dell'appaltatore e contro il lavoro irregolare.*

● **Articolo 102.** Impegni dell'operatore economico.

1. *Nei bandi, negli avvisi e negli inviti le stazioni appaltanti, tenuto conto della prestazione oggetto del contratto, richiedono agli operatori economici di assumere i seguenti impegni:*

a) *garantire la stabilità occupazionale del personale impiegato;*

b) *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 e di quelli il cui ambito di applicazione sia*

¹⁸ Legge 21 giugno 2022 n. 78, articolo 1, comma e, lettera h): «I decreti legislativi [...] sono adottati nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi: h) previsione della facoltà, per le stazioni appaltanti, 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; previsione dell'obbligo per le stazioni appaltanti di inserire, nei bandi di gara, avvisi e inviti, tenuto conto della tipologia di intervento, in particolare ove riguarda beni culturali, e nel rispetto dei principi 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».

strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto o della concessione svolta dall'impresa anche in maniera prevalente, nonché garantire le stesse tutele economiche e normative per i lavoratori in subappalto rispetto ai dipendenti dell'appaltatore e contro il lavoro irregolare;

c) garantire le pari opportunità generazionali, di genere e di inclusione lavorativa per le persone con disabilità o svantaggiate.

2. Per i fini di cui al comma 1 l'operatore economico indica nell'offerta le modalità con le quali intende adempiere quegli impegni. La stazione appaltante verifica l'attendibilità degli impegni assunti con qualsiasi adeguato mezzo, anche con le modalità di cui all'articolo 110, solo nei confronti dell'offerta dell'aggiudicatario.

Il tenore letterale delle disposizioni normative contenute nel Codice si distingue per alcune connotazioni, molto peculiari, che segnano il passo rispetto alla previgente normativa. Intanto, non si tratta solo di clausole di stabilità occupazionale, dette anche di riassorbimento, bensì vengono previste altre tipologie di clausole volte a favorire la parità di genere e generazionale e l'inserimento di lavoratori con disabilità o svantaggiati, poi si rileva l'uso della locuzione, peraltro già rinvenibile nella legge delega, «*requisiti necessari dell'offerta*». Ci si soffermerà in seguito sulla rilevanza, almeno ad avviso di chi scrive, di siffatta qualificazione riferita alle clausole sociali, prima, però occorre riportare la definizione, contenuta nell'allegato I.1 all'articolo 2, comma 1 lettera o): «*clausole sociali*», *disposizioni che impongono a un datore di lavoro il rispetto di determinati standard di protezione sociale e del lavoro come condizione per svolgere attività economiche in appalto o in concessione o per accedere a benefici di legge e agevolazioni finanziarie*. La definizione rimane immutata rispetto alla definizione contenuta all'articolo 3 del d.lgs. 50/2016, quello che è profondamente mutato, è il contesto nel quale si opera e dunque circa il valore di incidenza delle misure condizionalità per gli operatori economici, in tema di tutele dei lavoratori impiegati nell'esecuzione di appalti pubblici.

Per una compiuta disamina, occorre riferirsi, anche in questo caso, alla Relazione agli articoli e agli allegati, predisposta dal Consiglio di Stato, che accompagna, come si è detto, l'interprete nella lettura del Codice anche per l'individuazione della *ratio* delle disposizioni normative. In riferimento all'articolo 57 si legge «... *rappresenta l'approdo di plurimi interventi normativi e dubbi interpretativi sorti in sede applicativa del vigente art. 50 del decreto legislativo n. 50/2016, esplicitati, prima nel parere del Consiglio di Stato n. 2703 del 21 novembre 2018, reso all'Adunanza della Commissione speciale del 26 ottobre 2018, richiesto dall'Anac, e poi, nelle stesse Linee Guida dell'Anac n. 13, recanti "La disciplina delle clausole sociali"* approvate dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 114 del 13 febbraio 2019». Il Consiglio di Stato usa, ad avviso di chi scrive, il termine «*approdo*» per rimarcare come la nuova disciplina sia frutto di un'evoluzione da ricercarsi, in prima battuta, nella previsione dell'obbligo, per le stazioni appaltanti, di inserire nei bandi di gara, avvisi e inviti, specifiche «*clausole sociali*» con le quali sono richieste, come requisiti necessari dell'offerta, misure orientate a garantire la stabilità del personale impiegato nei

3. LA TUTELA DEI LAVORATORI NEL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

contratti di appalto di lavori e nei servizi, superando il precedente riferimento ai contratti ad «alta intensità di manodopera». *«Nel testo proposto, strutturato in due commi»* – si legge nella Relazione – *«viene evidenziato, conformemente ai principi contenuti nella delega, che, per gli affidamenti dei contratti di appalto e servizi diversi da quelli aventi natura intellettuale, l'obbligo della previsione delle clausole sociali deve tenere conto «della tipologia di intervento in particolare ove riguarda il settore dei beni culturali e del paesaggio, e nel rispetto dei principi dell'Unione europea [...]». L'applicazione delle clausole sociali resta esclusa solo per i servizi di natura intellettuale»*, oltre che ovviamente per i contratti aventi ad oggetto mere forniture di beni. Sono necessarie due precisazioni, la prima delle quali riguarda la previsione delle clausole sociali, con esclusivo riferimento a quelle aventi ad oggetto la stabilità occupazionale, per i contratti di lavori. Si rinvergono forti dubbi applicativi pratici nella considerazione che, se viene affidata la realizzazione di un'opera, terminati i lavori non si ravvisa la possibilità di continuità alcuna e dunque la sussistenza di alcun elemento caratterizzante la «ripetitività» dell'appalto; fatta eccezione, verosimilmente, per i soli lavori di manutenzione, che coprono una parte residuale e non significativa degli affidamenti. L'altra questione, si riaggancia al tema, prima analizzato, della non applicazione dell'articolo 11 alle mere forniture, il Consiglio di Stato, relativamente all'articolo 57 del Codice, si riferisce, espressamente, alla nozione civilistica di appalto e, dunque, riferibile esclusivamente ai contratti aventi ad oggetto lavori e servizi; se a ciò si aggiunge che tra le clausole sociali è inserita, nella disposizione normativa, la previsione dell'obbligo di applicazione di contratti collettivi di settore stipulati dalle associazioni datoriali e sindacali maggiormente rappresentative al solo personale impiegato nell'appalto, la questione può dirsi chiarita, così come precedentemente dimostrato.

Sull'articolo 102 il Consiglio di Stato precisa che, lo stesso, contiene una serie di obblighi che l'operatore deve assumere per garantire la stabilità del personale impiegato (lett. a); per garantire l'applicazione dei contratti 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 e significativamente applicati nel settore di riferimento, nonché garantire le stesse tutele economiche e normative per i lavoratori in subappalto rispetto ai dipendenti dell'appaltatore e contro il lavoro irregolare (lett. b); per garantire le pari opportunità generazionali, di genere e di inclusione lavorativa per le persone con disabilità o svantaggiate (lett. c). Nella Relazione si legge infine *«Per non aggravare il procedimento di gara, al comma 2 si prevede che l'adempimento di tali obblighi sociali è ritenuto assicurato con l'impegno dell'operatore economico, impegno cui è correlata la verifica da parte delle stazioni appaltanti dell'attendibilità dell'impegno dichiarato, verifica che può essere svolta con qualsiasi mezzo adeguato, anche con le modalità dell'art. 110 solo nei confronti dell'offerta dell'aggiudicatario»*.

Il Codice dei contratti pubblici interviene, pertanto, in maniera incisiva in merito di clausole sociali che risentono delle contaminazioni derivanti dall'articolo 47 «Pari opportunità e inclusione lavorativa nei contratti pubblici, nel Pnrr e nel Pnc» del decreto legge 31 maggio 2021, n. 77 «Governance del Piano nazionale di ripresa e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure», convertito in legge 29 luglio 2021, n. 108 come riscontrabile fin dalla legge delega del 2022. Per meglio definire i contorni della questione è utile richiamare l'articolo 47 del d.l. 77/2021, precisamente, il comma 4 che così recita: «Le stazioni appaltanti prevedono, nei bandi di gara, negli avvisi e negli inviti, specifiche clausole dirette all'inserimento, come requisiti necessari e come ulteriori requisiti premiali dell'offerta, di criteri orientati a promuovere l'imprenditoria giovanile, l'inclusione lavorativa delle persone disabili, la parità di genere e l'assunzione di giovani... Il contenuto delle clausole è determinato tenendo, tra l'altro, conto dei principi [...] dell'Unione europea, [...] è requisito necessario dell'offerta l'aver assolto, al momento della presentazione dell'offerta stessa, agli obblighi di cui alla legge 12 marzo 1999, n. 68, e l'assunzione dell'obbligo di assicurare, in caso di aggiudicazione del contratto, una quota pari almeno al 30%, delle assunzioni necessarie per l'esecuzione del contratto o per la realizzazione di attività ad esso connesse o strumentali, sia all'occupazione giovanile sia all'occupazione femminile». L'articolo 47, prima riportato, rinvia ad apposite linee guida per la definizione delle modalità e dei criteri applicativi delle misure previste dallo stesso articolo, emanate dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento per le Pari Opportunità, con decreto 7 dicembre 2021. In riferimento alla necessità di declinazioni attuative nell'ambito dei bandi di gare, le suddette «Linee guida volte a favorire la pari opportunità di genere e generazionali, nonché l'inclusione lavorativa delle persone con disabilità nei contratti pubblici finanziati con le risorse del Pnrr e del Pnc», recitano «si prevede che costituiscano requisiti necessari dell'offerta: a) l'aver assolto, al momento della presentazione dell'offerta stessa, agli obblighi in materia di lavoro delle persone con disabilità di cui alla legge 12 marzo 1999, n. 68; b) l'assunzione dell'obbligo di assicurare, in caso di aggiudicazione del contratto, una quota pari almeno al 30% delle assunzioni necessarie per l'esecuzione del contratto o per la realizzazione di attività ad esso connesse o strumentali, sia all'occupazione giovanile sia all'occupazione femminile. Le stazioni appaltanti possono escludere l'inserimento nei bandi di gara...dei requisiti di partecipazione [...] o stabilirne una quota inferiore, dandone adeguata e specifica motivazione, qualora l'oggetto del contratto, la tipologia o la natura del progetto o altri elementi puntualmente indicati ne rendano l'inserimento impossibile o contrastante con obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche». Le Linee Guida, inoltre, in attuazione dell'articolo 47, comma 7, del d.l. 77/2021, esemplificano una serie di deroghe all'inserimento dei requisiti necessari dell'offerta e, fra queste, richiamano espressamente, l'eventuale presenza di clausole sociali di riassorbimento occupazionale (come può accadere nel cambio appalto di servizi), in tali casi, si legge «la deroga può trovare adeguata motivazione nell'obiettivo di garantire stabilità occupazionale agli addetti che escono da una precedente fornitura».

3. LA TUTELA DEI LAVORATORI NEL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

Sulla portata della «necessarietà» del requisito, l’Autorità nazionale anticorruzione con l’aggiornamento del bando tipo 1-2021, approvato a seguito dell’entrata in vigore del d.l. 77/2021, ha previsto a pena di esclusione, l’obbligo, da parte dei concorrenti, di produrre, al momento della presentazione dell’offerta, copia dell’ultimo rapporto periodico sulla situazione del personale maschile e femminile, ove obbligati a redigerlo ai sensi del d.lgs. 198/2006, unitamente all’impegno ad assicurare, in caso di aggiudicazione la quota indicata dalla stazione appaltante di assunzioni di giovani e di donne. L’Anac, nel bando tipo aggiornato, precisava: *«sono sanabili l’omessa dichiarazione sull’aver assolto agli obblighi di cui alla legge 68/1999 e, per i concorrenti che occupano oltre cinquanta dipendenti, l’omessa presentazione di copia dell’ultimo rapporto periodico sulla situazione del personale maschile e femminile, redatto ai sensi dell’articolo 46 decreto legislativo n. 198 del 2006, e la trasmissione dello stesso alle rappresentanze sindacali e ai consiglieri regionali di parità, purché redatto e trasmesso in data anteriore al termine per la presentazione delle offerte; non è sanabile mediante soccorso istruttorio l’omessa dichiarazione sull’obbligo di assicurare, in caso di aggiudicazione del contratto, l’assunzione di una quota di occupazione giovanile e femminile di cui all’articolo 5 del presente bando».*

La posizione di Anac è confermata dalla giurisprudenza formatasi in materia, con ciò a significare che la locuzione «requisiti necessari dell’offerta» letta in combinato disposto con la definizione, prima riportata, di clausole sociali prevista nell’allegato I.1 debba, in qualche misura è funzionale a dare il senso del concetto di «*approdo*» così come si legge nella Relazione al Codice del Consiglio di Stato, non esattamente fatto proprio dall’Autorità nazionale anticorruzione. Tant’è che, il bando tipo 1-2023, pare non accorgersi della portata innovativa della clausola sociale afferente alla stabilità occupazione, correlato alla locuzione «requisiti necessari dell’offerta» o per meglio dire cogliere appieno l’aspetto innovativo, in forza di un approccio utilizzato, ad avviso di chi scrive, eccessivamente prudente. A dimostrazione di quanto asserito, si mettono in raffronto le disposizioni inserite nel bando 1-2021 e nel bando 1-2023 riferite alla stabilità occupazionale:

Bando tipo 1-2021

25. [Facoltativo CLAUSOLA SOCIALE E ALTRE CONDIZIONI PARTICOLARI DI ESECUZIONE]

[La previsione di una clausola sociale deve intendersi obbligatoria con riferimento ai contratti ad alta intensità di manodopera. La medesima non è invece consentita per: appalti di fornitura, appalti di natura occasionale e appalti di servizi di natura intellettuale. In tutti gli altri casi, deve intendersi facoltativa] Al fine di promuovere la stabilità occupazionale nel rispetto dei principi dell'Unione Europea, e ferma restando la necessaria armonizzazione con l'organizzazione dell'operatore economico subentrante e con le esigenze tecnico-organizzative e di manodopera previste nel nuovo contratto, l'aggiudicatario del contratto di appalto è tenuto ad assorbire prioritariamente nel proprio organico il personale già operante alle dipendenze

Pag. 47 a 49



dell'aggiudicatario uscente, garantendo l'applicazione dei CCNL di settore, di cui all'articolo 51 del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81.

Bando tipo 1-2023

9. REQUISITI DI PARTECIPAZIONE E/O CONDIZIONI DI ESECUZIONE

[Tenuto conto della tipologia di intervento, inserire le seguenti clausole sociali. Non applicabile ai servizi di natura intellettuale ed alle forniture senza posa in opera]

L'aggiudicatario è tenuto a garantire l'applicazione del contratto collettivo nazionale e territoriale (o dei contratti collettivi nazionali e territoriali di settore) di cui al punto 3, oppure di un altro contratto che garantisca le stesse tutele economiche e normative per i propri lavoratori e per quelli in subappalto.

Ferma restando la necessaria armonizzazione con la propria organizzazione e con le esigenze tecnico-organizzative e di manodopera previste nel nuovo contratto, l'aggiudicatario del contratto di appalto è tenuto a garantire la stabilità

Pag. 21 a 46



occupazionale del personale impiegato nel contratto, assorbendo **prioritariamente** nel proprio organico il personale già operante alle dipendenze dell'aggiudicatario uscente, garantendo le stesse tutele del CCNL indicato al punto 3 **[In alternativa, nel caso in cui siano cambiate le condizioni di esecuzione dell'appalto]** Considerato che sono cambiate le condizioni di esecuzione dell'appalto rispetto all'appalto stipulato con l'operatore uscente, il personale da riassorbire è definito in esito ad una verifica congiunta con appaltatore e sindacati.

3. LA TUTELA DEI LAVORATORI NEL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

Come si evince, la declinazione della clausola sociale nel bando tipo, inerente al riassorbimento del personale impiegato nell'appalto cessato (*rectius* la stabilità occupazionale), è rimasta identica rispetto alla precedente formulazione, nonostante il tenore letterale delle disposizioni contenute agli articoli 57 e 102 del Codice, nonostante la Relazione del Consiglio di Stato, nonostante la qualificazione delle clausole sociali quali «requisiti necessari dell'offerta». Il tema è proprio questo, non può essere attribuita valenza diversificata a locuzioni identiche, seppur contenute in due diversi corpi normativi. Verosimilmente, questa indicazione dell'Autorità nazionale anticorruzione, contenuta nel bando tipo 1-2023, scaturisce, oltre che da un eccessivo timore della compatibilità della previsione normativa con il diritto europeo, dalla, più volte, sopra denunciata individuazione di due gruppi di disposizioni che sono sempre lette, interpretate e applicate disgiuntamente e con l'ulteriore aggravante di considerare il principio espresso all'articolo 11 come corollario degli articoli 57 e 102. Si ritiene che Anac non colga nel segno, a parere di chi scrive, specie nel momento in cui inserisce l'avverbio «*prioritariamente*» riferito alle assunzioni di lavoratori impiegati nell'appalto cessato, poiché appare essere in contrasto con l'obbligo che scaturisce dalla clausola sociale, così come normativamente declinata. Probabilmente il termine «*prioritariamente*» è stato ritenuto un elemento di garanzia della libertà di iniziativa economica che però è assicurata attraverso altre disposizioni (*rectius* comma 14 dell'articolo 41 del d.lgs. 36/2023) contenute nel Codice e che metterebbero, queste sì, al riparo la nuova disciplina in tema di clausole sociali così come, oggi declinate dal Codice. La questione dovrebbe, verosimilmente, essere affrontata diversamente e, dunque, magari, essere inserita nel bando tipo una disciplina altrettanto differente rispetto a quella attuale. Si rileva, per inciso, che, per come formulata nel bando tipo 1-2023, una qualsiasi declinazione diversa della clausola sociale sulla stabilità occupazionale, operata dalla stazione appaltante, deve essere assistita, in forza dell'articolo 83 del Codice, da una specifica motivazione. Si assiste al paradosso, tale per cui, la stazione appaltante dovrebbe essere costretta a motivare una deroga al bando tipo perché ritiene che la previsione ivi indicata non sia conferente alla normativa. In forza dell'articolo 57 le stazioni appaltanti, infatti, devono motivare, negli atti di gara, altro ed operare valutazioni puntuali, circa l'inserimento delle clausole sociali, connesse alla specificità dell'appalto e non mere deroghe, di sorta, al bando tipo.

Tornando sui termini della questione, si reputa che la compatibilità con il diritto europeo della normativa sia assicurata dal comma 14 dell'articolo 41 del Codice dei contratti pubblici, nel senso che la stabilità occupazionale opera quale «requisito necessario dell'offerta» alla stessa stregua di come opera l'obbligo di assicurare la parità di genere o generazione per la normativa in tema di Pnrr. Si prova ad argomentare meglio, gli obblighi di assicurare la parità di genere e generazionale o l'inserimento di lavoratori con disabilità o svantaggiati in capo

all'appaltatore, ai sensi della suddetta normativa Pnrr, operano in relazione alle nuove assunzioni necessarie per eseguire le prestazioni oggetto dell'appalto. Nel caso del Codice dei contratti pubblici le clausole sociali operano alla stessa stregua, tanto quelle tese a perseguire la parità di genere e generazionale o l'inserimento di lavoratori con disabilità o svantaggiati, quanto alla stabilità occupazionale, la quale, in particolare si realizza alla, pregnante, condizione che non leda la «*più efficiente organizzazione aziendale*» proposta dall'operatore economico, in offerta. Solo in tali casi il concorrente, ove divenga aggiudicatario dell'appalto, potrebbe non garantire la stabilità del personale impiegato nell'appalto cessato, in aderenza a quanto eventualmente rappresentato in offerta. Il fatto «normativo» è che, essendo stata prevista l'estensione della clausola sociale della stabilità occupazionale a tutti i servizi, indipendentemente dal loro qualificarsi ad alta intensità di manodopera, detta clausola – ove le stazioni appaltanti, nei bandi, mantenessero l'avverbio «prioritariamente» – opererebbe di rado. Ciò in quanto, se è verosimile che un nuovo appaltatore, si pensi ad un servizio di pulizia immobili, non abbia il personale sufficiente ad eseguire le nuove prestazioni affidate, un appaltatore di un servizio a bassa intensità di manodopera ben potrebbe avere, già alle dipendenze, del personale che potrebbe esser dirottato al servizio oggetto dell'appalto e sostituito da altro personale per esecuzione di altre prestazione, ciò in elusione del predicato normativo e come riportato negli atti di gara. Il punto è, ad avviso di chi scrive, **che l'obbligo della stabilità occupazionale non è subordinato alla «mera» presenza del personale già alle dipendenze dell'appaltatore, ma è relativo alla organizzazione dell'appaltatore stesso nell'eseguire le prestazioni, e solo quelle, oggetto dell'appalto. In alte parole, si ritiene che in tali casi, la clausola sociale opererebbe solo ove, per la diversa organizzazione del servizio proposta dall'operatore economico, questi non avrebbe lo spazio per garantire la stabilità occupazionale e se ciò facesse renderebbe non sostenibile l'offerta.** Ovviamente per i servizi a bassa intensità di manodopera la stazione appaltante deve ben valutare, in fase di progettazione, se sussistono, avendo stimato il costo della manodopera ed avendo contezza delle modalità esecutive dell'appalto cessato, le condizioni per l'inserimento di una clausola di stabilità occupazionale.

La questione era stata posta all'attenzione di Anac tant'è che nella Relazione dell'analisi di impatto della regolazione (Air) riferita al bando tipo 1-2023 si legge: «*Con riferimento, in particolare, alla clausola sociale relativa al riassorbimento del personale impiegato, è stato chiesto: di eliminare la parola "prioritariamente" dal testo poiché non presente nel rinnovato assetto normativo, che prevede che l'appaltatore debba garantire la stabilità occupazionale del personale impiegato; di modificare la clausola relativa alle variate condizioni dell'appalto indicando che "le condizioni del personale da riassorbire sono definite dalla stazione appaltante in esito ad una verifica congiunta con l'appaltatore e sindacati", poiché la verifica deve essere fatta sulle condizioni del riassorbimento e non sul personale da riassorbire. Le*

3. LA TUTELA DEI LAVORATORI NEL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

osservazioni non sono state accolte poiché, secondo un'interpretazione eurounitariamente orientata della clausola sociale, rimane ferma la necessità di ricordare che il riassorbimento avviene in un'ottica di armonizzazione con l'organizzazione dell'operatore economico subentrante. È proprio questo il punto, ed è risolto, ad avviso di chi scrive, si ribadisce, dal comma 14 dell'articolo 41 del Codice che non può essere relegato al perimetro gara e offerta del concorrente. In più, si aggiunge che, in ipotesi di compressione di fabbisogni da parte della stazione appaltante occorra intervenire per disciplinare gli effetti sulla stabilità occupazione, la quale non potrà essere assicurata in funzione delle mutate esigenze del committente e non imputabili, dunque, all'operatore economico, sia esso uscente o subentrante. Ecco che si ritiene sussistere un ampliamento della facoltà della stazione appaltante che ben potrebbe inserire – previa effettuazione di specifiche e concrete valutazioni del caso, nonché con gli apprezzamenti, necessari, al fine di assicurare il rispetto del principio di proporzionalità (*rectius* non oltre il necessario) – e con i dovuti accorgimenti/adattamenti, una disciplina della clausola sociale che prende le mosse dall'articolo 4 nel contratto collettivo nazionale di lavoro per Il personale dipendente da imprese esercenti Servizi di pulizia e Servizi Integrati/Multiservizi¹⁹, senza che, necessariamente, la stazione appaltante sia obbligata ad indicare, nella legge di gara, quel determinato contratto collettivo, poiché, magari, non applicabile ai sensi del comma 1 dell'articolo 11. Ciò in forza dell'assunto, codificato all'articolo 57 del Codice dei contratti pubblici, che è la stazione appaltante che determina il contenuto della clausola sociale, anche, in riferimento alla stabilità occupazionale in caso di cambio dell'appaltatore per eseguire prestazioni in continuità e oggetto di un precedente contratto.

¹⁹ https://www.filcams.cgil.it/page/imprese_di_pulizia-multiservizi.

CCNL SERVIZI DI PULIZIA/MUTISERVIZI – Articolo 4. CESSAZIONE DI APPALTO *(estratto)*

Rilevato che il settore è caratterizzato, nella generalità dei casi, dalla produzione dei servizi tramite contratti di appalto e che da questo conseguono frequenti cambi di gestione fra le imprese con risoluzione di rapporti di lavoro da parte dell'impresa cedente e predisposizione delle necessarie risorse lavorative, con assunzioni *ex novo*, da parte dell'impresa subentrante, le parti intendono tenere conto, da un lato, delle caratteristiche strutturali del settore medesimo e delle attività delle imprese e, dall'altro, dell'obiettivo di tutelare nel modo più concreto i livelli complessivi della occupazione.

Le parti convengono pertanto la seguente disciplina per i casi di cambio di appalto, valida per ogni tipologia giuridica di impresa produttrice di servizi, cedente o subentrante (società, cooperativa, ecc.), anche ai sensi dell'articolo 7, comma 4-bis, del decreto legge 31 dicembre 2007, n. 248, convertito in legge 28 febbraio 2008, n. 31.

In ogni caso di cambio di appalto, l'azienda cessante darà preventiva comunicazione, salvo casi in cui non sia oggettivamente possibile, almeno 15 giorni prima che il nuovo contratto abbia esecuzione, alle strutture sindacali aziendali e territoriali competenti, fornendo altresì informazioni su:

- consistenza numerica degli addetti interessati, indicando quelli impiegati nell'appalto in questione in forza e occupati stabilmente da almeno 4 mesi;
- rispettivo orario contrattuale settimanale;
- livello di inquadramento e data di attribuzione;
- data di assunzione nel settore;
- data di assunzione nell'azienda uscente;
- eventuale impiego saltuario o contrattuale presso altri appalti;
- eventuale attribuzione di funzioni di coordinamento e pianificazione, con indicazione dell'eventuale svolgimento di tali funzioni presso altri appalti.

Tale comunicazione è contestualmente inviata all'azienda subentrante.

L'azienda subentrante, con la massima tempestività, e almeno 15 giorni prima che il contratto abbia esecuzione, e, ove oggettivamente ciò non sia possibile, in tempi utili, darà comunicazione del subentro nell'appalto alle organizzazioni sindacali territoriali firmatarie del Ccnl. Su richiesta di queste ultime, le parti si incontreranno prima del subentro per assicurare la corretta applicazione delle condizioni del passaggio dei lavoratori. Alla scadenza del contratto di appalto possono verificarsi due casi:

- a) in caso di cessazione di appalto a parità di termini, modalità e prestazioni contrattuali l'impresa subentrante si impegna a garantire l'assunzione, senza periodo di prova, degli addetti esistenti in organico sull'appalto risultanti da documentazione probante che lo determini almeno 4 mesi prima della cessazione stessa, salvo casi particolari quali dimissioni, pensionamenti, decessi;
- b) in caso di cessazione di appalto con modificazioni di termini, modalità e prestazioni contrattuali, l'impresa subentrante – ancorché sia la stessa che già gestiva il servizio – sarà convocata presso l'associazione territoriale cui conferisce mandato, o

in assenza presso l'Ispezzorato territoriale del lavoro o eventuale analoga istituzione territoriale competente, ove possibile nei 15 giorni precedenti con la rappresentanza sindacale aziendale e le organizzazioni sindacali stipulanti territorialmente competenti per un esame della situazione, al fine di armonizzare le mutate esigenze tecnico-organizzative dell'appalto con il mantenimento dei livelli occupazionali, tenuto conto delle condizioni professionali e di utilizzo del personale impiegato, anche facendo ricorso a processi di mobilità da posto di lavoro a posto di lavoro nell'ambito dell'attività dell'impresa ovvero a strumenti quali part-time, riduzione orario di lavoro, flessibilità delle giornate lavorative, mobilità.

Nelle procedure di cambio di appalto l'impresa subentrante, fermo restando quanto previsto dalle lettere a) e b) di cui sopra, assumerà in qualità di dipendenti i lavoratori dipendenti e i soci-lavoratori con rapporto di lavoro subordinato trasferiti dall'azienda cessante.

Ove l'impresa subentrante sia costituita in forma cooperativa, resta impregiudicata la successiva facoltà del lavoratore dipendente di presentare formale richiesta di adesione in qualità di socio.

Al socio verrà comunque garantito un trattamento economico complessivo non inferiore a quello previsto dal presente Ccnl.

Tali assunzioni non costituiscono occupazione aggiuntiva.

Nell'ipotesi in cui siano in atto, al momento della cessazione, sospensioni dal lavoro che comunque comportino la conservazione del posto di lavoro, il rapporto continuerà alle dipendenze dell'azienda cessante e l'addetto verrà assunto dall'azienda subentrante nel momento in cui venga meno la causa sospensiva.

I lavoratori in aspettativa ai sensi dell'art. 31, legge n. 300/1970 saranno assunti dall'azienda subentrante con passaggio diretto e immediato.

Gli addetti assunti con contratto a termine saranno assunti dall'impresa subentrante fino alla scadenza del rapporto originariamente determinato.

In ogni caso di passaggio di lavoratori da una ad altra azienda ai sensi dell'articolo 4 del presente Ccnl, il periodo di apprendistato già svolto, rispetto al quale l'azienda cessante è tenuta a fornire idonea documentazione a quella subentrante, è computato per intero ed è utile ai fini dell'anzianità di servizio.

L'impresa cessante, appena ne ha l'ufficialità e comunque entro il tempo utile all'applicazione delle procedure come sopra individuate, consegna all'impresa subentrante la seguente documentazione, relativa a ciascun lavoratore avente i requisiti previsti per l'eventuale assunzione:

- nominativo, data e luogo di nascita, codice fiscale ed indirizzo di residenza (o domicilio, se diverso dalla residenza);
- eventuale permesso di soggiorno e sua scadenza;
- recapito telefonico;
- estratto degli ultimi quattro mesi del Libro unico del lavoro;
- livello di inquadramento;
- tipologia contrattuale e, per i tempi determinati, data di scadenza e causale;
- orario settimanale;

- data di assunzione nel settore;
- data di assunzione nell'azienda uscente;
- situazione individuale in materia di malattia e di infortunio sul lavoro, ai fini ed entro i limiti di cui all'art. 51, commi 4 e 5, del vigente Ccnl;

nonché

- l'elenco del personale assunto obbligatoriamente ai sensi delle legge n. 68/1999;
- le misure adottate ai sensi del decreto legislativo n. 81/2008 in materia di salute e sicurezza del lavoro, relativamente alla sorveglianza sanitaria ed al medico competente, ed alle iniziative di formazione e informazione, incluso lo stato di attuazione degli adempimenti di cui all'accordo 21.12.2011 tra il Ministero del Lavoro e la Conferenza Stato/Regioni;
- le iniziative di formazione e/o addestramento, ivi comprese quelle relative agli eventuali contratti di apprendistato professionalizzante stipulati nonché quelle eventuali riguardanti il Libretto formativo del cittadino – di cui all'art. 2, lett. i) del decreto legislativo 10.9.2003, n. 276, e al decreto Ministero Lavoro 10.10.2005;
- l'iscrizione dei lavoratori ai fondi di previdenza complementare ed al fondo di assistenza sanitaria integrativa di cui agli articoli 54 e 69 del vigente Ccnl.

Per il personale coinvolto nel passaggio di appalto di cui al presente articolo l'azienda cessante è esonerata dal dover corrispondere l'indennità sostitutiva del preavviso di cui all'articolo 57.

3. LA TUTELA DEI LAVORATORI NEL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

Si ritiene che non muterebbe, adottando l'approccio proposto, la natura della clausola e la caratteristica connotazione «elastica» della stessa²⁰, si tratta di una misura diversa della elasticità stessa, che potrebbe dirsi meno flessibile, che, senza comprimere la libertà di iniziativa economica dell'operatore economico espressa con «*la più efficiente organizzazione*», al contempo, non avalli situazioni che possano vanificare gli effetti cui la clausola sociale sulla stabilità occupazionale tende. Il tutto letto alla luce del nuovo Codice e del rinnovato vigore acquisito dall'articolo 36 dello Statuto dei lavoratori.

Merita, ai fini di completare l'analisi sulla clausola sociale tesa a garantire la stabilità occupazionale, analizzare altri aspetti, affrontati e risolti attraverso specifiche Faq²¹, pubblicate sul proprio sito istituzionale dall'Autorità nazionale anticorruzione che esplicitano la posizione assunta in merito:

Faq n. 2.1 *L'articolo 57 del Codice prevede che, nel rispetto dei principi dell'Unione europea e tenendo conto dell'oggetto dell'appalto, il bando contenga quale requisito necessario dell'offerta la garanzia della stabilità occupazionale. Ciò significa che il nuovo appaltatore deve riassorbire il personale già impiegato secondo le modalità disciplinate nel bando o nei contratti collettivi di riferimento. In caso di riduzione del personale da impiegare a seguito del cambiamento delle condizioni di esecuzione dell'appalto, come indicato all'articolo 9 del bando tipo, il personale da riassorbire è definito in esito ad una verifica congiunta con appaltatore e sindacati. In caso di aumento del personale da impiegare nell'appalto, l'appaltatore garantisce innanzitutto l'occupazione del personale già precedentemente impiegato e, successivamente, può assumere nuovo personale, nel rispetto delle indicazioni contenute nel bando di gara.*

L'affermazione dell'Autorità nazionale anticorruzione, ad avviso di scrive, pone un accento, indiretto, sull'applicabilità «a scalare» delle clausole sociali; in particolare la stazione appaltante potrebbe prevedere delle modalità di applicazione delle clausole sociali tendenti ad assicurare la parità di genere, generazionale o l'assunzione di soggetti svantaggiati, solo dopo avere garantito la stabilità occupazione dei lavoratori impiegati nell'appalto cessato, tornando, magari, in auge il naturale contraddittorio tra organizzazioni sindacali e parte datoriale. Detta impostazione è fatta propria dalle Linee Guida sulla parità di genere e generazionale, emanata in attuazione dell'articolo 47 del d.l. 77/2021, nella parte in cui definisce una deroga specifica agli obblighi assunzionali, ivi previsti, nelle ipotesi in cui sia prevista una clausola sociale tesa a garantire la stabilità occupazionale del personale impiegato nell'appalto cessato. L'equipollenza del richiamo al contratto collettivo, indicato dalla stazione appaltante, circa l'operatività del

²⁰ Si vedano le Linee Guida 13 sulla disciplina delle clausole sociali; Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 16 gennaio 2020, n. 389.

²¹ Le Faq dell'Autorità nazionale anticorruzione sul bando tipo 1-2023 sono consultabili al seguente link: <https://www.anticorruzione.it/-/bando-tipo-n.-1-2023>.

riassorbimento del personale impiegato nell'appalto cessato, alle modalità alternativamente indicate dalla stazione appaltante stessa, negli atti di gara, si condivide solo ove l'amministrazione abbia, espressamente, rinviato, anche per la disciplina del cambio appalto, al contratto collettivo medesimo. In altre parole l'assunto dell'Autorità si condivide, alla sola condizione che sia stato previsto negli atti di gara che la specifica modalità e le connesse garanzie per i lavoratori in caso di cambio appalto, contenute nel Ccnl indicato dalla stazione appaltante, operino anche nelle ipotesi in cui l'operatore economico abbia indicato l'applicazione di altro contratto collettivo, a sua volta valutato equivalente, in forza delle indicazioni fornite dall'Ispettorato nazionale del lavoro con la circolare n. 2 del 28/7/2020.

Faq n. 2.2 *Il Codice, oltre a quanto già previsto per gli investimenti pubblici finanziati in tutto o in parte con le risorse previste dal Pnrr e dal Pnc, nonché dai programmi cofinanziati dai fondi strutturali dell'Unione europea, all'articolo 108, comma 7, prevede che può essere attribuito un punteggio addizionale per il possesso della certificazione della parità di genere e, all'articolo 61, comma 2, prevede che possono essere attribuiti ulteriori requisiti premiali per le misure volte a favorire la parità di genere e l'inclusione lavorativa di soggetti svantaggiati o disabili. Non sembra, quindi, possibile attribuire un punteggio premiale alla stabilità occupazionale che rappresenta un requisito necessario dell'offerta. Il piano di riassorbimento potrebbe essere oggetto di valutazione per quanto concerne le modalità del riassorbimento e le garanzie riconosciute al personale riassorbito. In alternativa alla valutazione del piano di riassorbimento, per gli appalti ad alta intensità di manodopera e in ogni caso per gli appalti che prevedono il mantenimento dei livelli occupazionali, le stazioni appaltanti possono prevedere criteri premiali per le condizioni praticate al personale riassorbito.*

La posizione di Anac si ritiene condivisibile solo se si prende atto del mutato orientamento legislativo della clausola sociale sulla stabilità occupazionale. Sul punto occorre precisare che il Consiglio di Stato, nella formulazione del parere alle Linee Guida 13 recanti la disciplina sulle clausole sociali (n. 2703/2018), aveva espressamente evidenziato che «il bando di gara dovrebbe inserire tra i criteri di valutazione dell'offerta quello relativo alla valutazione del piano di compatibilità (piano di assorbimento), assegnando tendenzialmente un punteggio maggiore, per tale profilo, all'offerta che maggiormente realizza i fini cui la clausola sociale tende». L'Autorità nazionale anticorruzione, con l'approvazione delle Linee Guida 13, non ha accolto il suggerimento del Consiglio di Stato in quanto ravvisava «il rischio che criteri di valutazione dell'offerta basati sul numero dei lavoratori che saranno riassorbiti in applicazione della clausola sociale possano essere di ostacolo a processi di efficientamento dell'operatore entrante». A ben vedere lo stesso Consiglio di Stato in nessuna parte della bozza di Codice trasmessa al Governo, così come in nessuna parte della Relazione agli articoli e agli allegati, riprende l'indicazione proposta nel parere alle Linee Guida 13, fornito ad Anac. Ciò, ad avviso di chi scrive, è l'ulteriore dimostrazione del mutato approccio alle clausole sociali quali «requisiti necessari dell'offerta» e verso

un'evoluzione imposta dalla previsione, ex articoli 11 e 57, quest'ultimo temperato, come dimostrato sopra, dal comma 14 dell'articolo 41 del Codice. In un'ottica argomentativa, ove fosse corretto l'inserimento dell'avverbio «*prioritariamente*», come attualmente indicato nel bando tipo 1-2023, non si ravviserebbero motivi ostativi all'inserimento di un criterio premiante correlato alla numerosità del personale che l'operatore economico intende riassorbire. Ciò, poiché connesso al fine cui la clausola sociale tende, nelle ipotesi di fabbisogni del committente immutati, rinvenibile nella stabilità occupazionale di tutto il personale impiegato nell'appalto cessato. Ove invece, come pare la soluzione più corretta, il concorrente è tenuto a riassorbire il personale, con il limite della «efficienza organizzativa» di cui al richiamato comma 14 dell'articolo 41 del Codice, sarebbe non giuridicamente tollerabile, in forza dell'articolo 41 della Costituzione, oltre che illogico, attribuire una valutazione positiva in funzione del numero del personale riassorbito che risultava alle dipendenze dell'appaltatore cessato, in quanto si comprimerebbe, oltre il necessario, e, financo, annullerebbe l'efficienza organizzativa proposta dal subentrante. Letta in questa accezione, convince il ragionamento dell'Autorità nazionale anticorruzione nel senso di consentire alle stazioni appaltanti di valutare le modalità del riassorbimento e le condizioni proposte ai lavoratori in relazione ai quali assicura la stabilità occupazionale, a titolo esemplificativo il mantenimento di alcuni istituti economici e normativi goduti dai lavoratori oggetto del riassorbimento o la bilateralità.

Passando alla disamina delle altre clausole sociali previste all'articolo 57 del Codice dei contratti pubblici, si reputa di avere, abbondantemente, trattato la questione circa l'applicazione di contratti collettivi, così detti *leader* e dunque del vigore ripreso dall'articolo 36 dello Statuto dei lavoratori circa l'obbligo di inserimento, nei bandi di gara o negli inviti, di una clausola esplicita determinante l'obbligo per il beneficiario o appaltatore di applicare o di far applicare nei confronti dei lavoratori dipendenti condizioni non inferiori a quelle risultanti dai contratti collettivi di lavoro della categoria e della zona. Il tema posto è stato sul rapporto tra articolo 11, che detto obbligo prescrive, con l'articolo 57 che pare ripeterne esattamente il contenuto con correlata facoltà, debitamente motivata dalla stazione appaltante in base alla tipologia di intervento, di deroga. A ben vedere, senza per questo volere necessariamente e a tutti i costi giustificare le prescrizioni legislative, una differenza sussiste e risiede nella facoltà, ammessa esclusivamente all'articolo 11, di indicare un contratto collettivo equivalente che non è presente al primo comma dell'articolo 57 del Codice. Seppur la declinazione, al plurale, in riferimento ai contratti collettivi, contenuta nel richiamato articolo 57 potrebbe indurre qualche perplessità circa la ricostruzione prima proposta, si ritiene che l'accezione plurale vada riferita alle ipotesi in cui le prestazioni oggetto dell'appalto siano diverse e, dunque, la necessità di applicare più contratti collettivi derivi dalla organizzazione dell'operatore economico. Per

esemplificare, ove la stazione appaltante abbia indicato, ai sensi e per gli effetti dell'articolo 11 del Codice il Ccnl Servizi di pulizia/Multiservizi e l'operatore economico abbia individuato prestazioni specifiche da far eseguire ai lavoratori, ben potrebbe, questi, inquadrare i lavoratori con altri contratti collettivi, applicabili in funzione delle specificità delle prestazioni. Ciò avverrebbe nel rispetto dell'articolo 1 del Ccnl, che individua l'ambito di applicazione oggettiva del contratto collettivo stesso, indicato dalla stazione appaltante (nella fattispecie contratto collettivo Servizi di pulizia/Multiservizi), l'operatore economico potrebbe, dunque, legittimamente utilizzare altri contratti collettivi purché nel rispetto della disposizione normativa di cui all'articolo 57 del Codice e ferma la dimostrazione che ciò derivi da una propria e più efficiente organizzazione, orientata verso la corretta esecuzione, financo ad un migliore livello qualitativo, delle prestazioni affidate.

Passando in rassegna le **clausole sociali afferenti alla parità di genere e generazionale e alla inclusione lavorativa di soggetti con disabilità o svantaggiati** è necessario, fermo quanto sopra, che le stazioni appaltanti indichino, chiaramente e compiutamente, le modalità attraverso le quali le clausole, tese al perseguimento dei fini specificati nel *nomen*, operano. Potrebbe essere preso a riferimento quanto previsto dall'articolo 47 del d.l. 77/2021. Si ricorda che, ai sensi dell'articolo 102 del Codice dei contratti pubblici, l'operatore economico è tenuto ad indicare le modalità concrete di applicazione delle clausole sociali stesse.

Il legislatore, sempre con la disposizione normativa di cui all'articolo 102 del Codice dei contratti pubblici, ha, altresì previsto che ciascun operatore economico concorrente, assuma, già in fase di partecipazione, specifici impegni in merito alla garanzia del rispetto delle prescrizioni, in fase di esecuzione dell'appalto, inerenti le clausole sociali, come formulate dalla stazione appaltante. Opportunamente Anac, nel bando tipo ha ben descritto le indicazioni e le conseguenze per gli operatori economici concorrenti in tema di assunzione degli impegni prima richiamati e circa l'esplicitazione delle «*concrete modalità*» di attuazione delle clausole sociali. Sul punto, si ritiene opportuno che venga meglio definito, in maniera più compiuta, il così detto «piano di riassorbimento» che è stato inserito nel bando tipo 1-2023 in riferimento alla stabilità occupazionale. Senza pretese ulteriori, potrebbe l'Autorità, anche prendendo a riferimento quanto previsto nelle Linee Guida 13, esplicitare approfonditamente i contenuti del piano o progetto di riassorbimento, coordinandoli con le indicazioni fornite nella Faq avente ad oggetto la possibile valutazione della proposta del concorrente in tal senso.

Un ultimo accenno per completare la disamina sulle clausole sociali inserite all'articolo 57 del Codice dei contratti pubblici è riferito alle **tutele** espressamente previste per i **lavoratori impiegati dai subappaltatori**.

Delle tutele afferenti ai lavoratori impiegati dai subappaltatori si tratterà più

3. LA TUTELA DEI LAVORATORI NEL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

compiutamente in seguito (Appendice 2). Si reputa necessario in questa fase, per completezza della trattazione, riportare le disposizioni normative che espressamente si riferiscono alle tutele dei lavoratori delle imprese subappaltatrici:

- Articolo 11, comma 5: *Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti assicurano, in tutti i casi, che le medesime tutele normative ed economiche siano garantite ai lavoratori in subappalto;*
- Articolo 57: *[...] bandi di gara, gli avvisi e gli inviti [...] devono contenere specifiche clausole sociali con le quali sono richieste, come requisiti necessari dell'offerta [...] misure orientate a [...] garantire le stesse tutele economiche e normative per i lavoratori in subappalto rispetto ai dipendenti dell'appaltatore;*
- Articolo 102: *assumere i seguenti impegni [...], garantire le stesse tutele economiche e normative per i lavoratori in subappalto rispetto ai dipendenti dell'appaltatore;*
- Articolo 119: *Il subappaltatore, per le prestazioni affidate in subappalto, deve garantire gli stessi standard qualitativi e prestazionali previsti nel contratto di appalto e riconoscere ai lavoratori un trattamento economico e normativo non inferiore a quello che avrebbe garantito il contraente principale. Il subappaltatore è tenuto ad applicare i medesimi contratti collettivi nazionali di lavoro del contraente principale, qualora le attività oggetto di subappalto coincidano con quelle caratterizzanti l'oggetto dell'appalto oppure riguardino le lavorazioni relative alle categorie prevalenti e siano incluse nell'oggetto sociale del contraente principale.*

Dalla lettura, in combinato disposto delle norme prima indicate, si evince l'attenzione del legislatore sul tema e, al fine di giungere verso l'effettivo perseguimento dell'obiettivo di garantire il medesimo livello di tutele riservato ai lavoratori dell'appaltatore principale a quelli delle imprese subappaltatrici, coinvolge tutti i soggetti della catena dell'appalto. Sono difatti interessati, *in primis* le stazioni appaltanti che assicurano ciò, anche attraverso l'inserimento nei bandi di specifiche clausole; *in secundis* gli operatori economici che si impegnano, a loro volta, a garantire le stesse tutele economiche e normative riconosciute ai propri lavoratori anche a quelli impiegati dai subappaltatori; per finire i subappaltatori che sono tenuti a riconoscere le medesime tutele dei lavoratori dell'appaltatore principale e dunque ad applicare il medesimo contratto collettivo.

Si reputa, stante il principio riportato all'articolo 11 e la lettera della disposizione contenuta al comma 12 dell'articolo 119 del Codice, che il subappaltatore è tenuto ad applicare il medesimo contratto collettivo nel caso di identità di prestazione, ma che debba, in ogni caso, applicare ai propri lavoratori il contratto collettivo che risponde ai requisiti di cui all'articolo 11 comma 1 del Codice stesso. Non sarebbe tollerabile dall'ordinamento una ricostruzione differente, tant'è che gli obblighi per le stazioni appaltanti di cui al comma 5 dell'articolo 11 stesso «assicurano, in tutti i casi, che le medesime tutele normative ed economiche siano garantite ai lavoratori in subappalto», si concretizzano nel potere «autorizzatorio» riservato alle medesime in relazione al subappalto.

Merita qui, per completezza affrontare la questione sul mantenimento delle tutele dei lavoratori impiegati nel così detti «subappalti a cascata», si ritiene che la disciplina normativa in tema di tutele dei lavoratori, così per come formulate, debba, necessariamente, estendersi a «tutte le imprese subappaltatrici» coinvolte nella catena dell'appalto, senza possibilità di esclusioni di sorta. Ammettere deroghe, si tradurrebbe in un arbitrio non tollerabile dall'ordinamento vigente in materia di contratti pubblici.

Da ultimo, merita accennare al tema dell'applicazione della disciplina sulle clausole sociali negli affidamenti diretti, dando per acclarata l'obbligatorietà di una loro applicazione per le ulteriori procedure nel così detto sottosoglia. Si afferma ciò anche in relazione al parere reso dal servizio contratti pubblici del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti (n. 2083/2023). La risposta fornita dal Mit è relativa ad un chiarimento, formulato da una stazione appaltante, circa la possibilità, negli affidamenti diretti, ai sensi del d.lgs. 36/2023, di escludere l'applicazione della disposizione normativa di cui all'articolo 57 del Codice stesso. La domanda, che includeva l'interpretazione del richiedente, verteva sul contenuto «formalistico» della disposizione, stante il riferimento, contenuto nel citato articolo 57 sulle clausole sociali, ai termini «bandi di gara» «avvisi» e «inviti». Il Ministero ha accolto tale interpretazione formalistica, facendo sorgere il quesito di quale debba essere, ad avviso del Mit, lo strumento per richiedere la presentazione di un'offerta ad un «solo» operatore economico, se non l'invito a presentarla. Ma il punto che desta ancora più perplessità è che il Ministero, nella risposta pare abbia dimenticato, nell'ordine, il principio di cui all'articolo 11 del Codice; il fatto che le clausole sociali, nella attuale formulazione, non sono riferite al solo riassorbimento del personale dell'appalto cessato; la ratio del Codice stesso che presuppone un approccio sostanzialistico alle questioni. Le clausole sociali possono essere derogate alle espresse ipotesi previste nell'articolo 57 del Codice, che valgono per il sopra soglia e per il sottosoglia, e non in funzione di una rigidità terminologica, si aggiunge, già discutibile in sé.

3.5. Conclusioni

Il sistema delle commesse pubbliche e soprattutto il rapporto tra stazioni appaltanti e operatori economici concorrenti, è oggi fondato sul principio della fiducia, di cui all'articolo 2 del Codice, sul superamento, cioè, di una concezione dell'aggiudicazione diffidente, che, in qualche misura, si insinuava nella relazione tra gli attori coinvolti sin dalla fase di selezione del contraente. Sulla base di ciò, si ritiene che, in tema di tutele del lavoro, debba essere l'intero sistema il protagonista del cambio di paradigma, perché di questo si tratta. Non è, infatti, con

3. LA TUTELA DEI LAVORATORI NEL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

L'atomizzazione delle prerogative e delle responsabilità che si può addivenire a rendere effettivo ciò che la norma, precetto generale e astratto, disciplina sulle tutele dei lavoratori, sono, infatti, le stazioni appaltanti – con la progettazione dell'appalto – e gli operatori economici – con l'offerta e l'esecuzione delle prestazioni – che, insieme, perseguono il risultato. Il sindacato è chiamato a fare la sua parte perché assume un ruolo terzo, in quanto, nel tutelare, come missione, la dignità dei lavoratori, nella sua accezione più estesa, deve pretendere un sistema di regole condiviso per la definizione di un approccio metodologico efficace e, dunque, per attuare ciò che il Codice prevede e la Costituzione impone. Occorre, ad avviso di chi scrive, iniziare a mettere ordine, il sindacato nelle nuove contrattazioni che si avvieranno dovrà pretendere che le parti ben individuino gli ambiti, oggettivi e soggettivi, di applicazione del contratto collettivo di lavoro stesso, evitando formulazioni ambigue, con la consapevolezza che, nel mutato sistema dei contratti pubblici, ogni ambiguità si può tradurre in una compressione di tutele che sarebbe contrario all'ordinamento e, per le ragioni prima esplicitate, non negoziabile.

Si ritiene di avere trattato con sufficiente livello di approfondimento le questioni inerenti la tutela dei lavoratori impiegati negli appalti pubblici, preme però evidenziare e ribadire che sarebbe utile assicurare, con la autorevole regia dell'Autorità nazionale anticorruzione, un coinvolgimento strutturale dell'Inps, dell'Ispettorato nazionale del lavoro, del Ministero del Lavoro e del Cnel affinché vengano fornite indicazioni precise, nonché definito un chiaro approccio metodologico per le attività che le stazioni appaltanti sono chiamate a svolgere. In questa attività risulta opportuno anche il coinvolgimento, attivo, delle parti sociali. Mediante la contrattazione d'anticipo, le organizzazioni sindacali possono coadiuvare le stazioni appaltanti nell'inserimento di clausole chiare e precise volte a favorire la tutela del lavoro, nel rispetto delle disposizioni contenute all'interno del Codice dei contratti. Si ravvisa l'esigenza di intervenire sul bando tipo 1-2023 per una definizione degli istituti afferenti alle clausole sociali che, per le ragioni sopra indicate, necessitano di una rivisitazione radicale in forza del mutato paradigma legislativo. In tal senso, degno di apprezzamento, è l'impegno assunto dall'Autorità nazionale anticorruzione nella nota illustrativa al bando tipo 1-2023 di proseguire nell'operazione di coinvolgimento degli attori istituzionali e degli stakeholders per meglio fornire indicazioni alle stazioni appaltanti nel disciplinare tutte le questioni che sono, tutt'ora, aperte sul tema delle tutele dei lavoratori.

Appendice n. 2. Il Subappalto

Premessa

Si definisce subappalto il contratto stipulato tra un appaltatore e un terzo attraverso il quale il primo incarica il secondo di eseguire una determinata prestazione, assunta dall'appaltatore.

Il subappalto, o per meglio dire, la sua disciplina in ambito pubblicistico è stata oggetto, recentemente, di un dibattito che ha coinvolto parti sociali ed istituzioni, in ragione delle ricadute che da tale rapporto contrattuale derivano in tema di concorrenza, legalità, tutela dei lavoratori e che interessano le istituzioni, le stazioni appaltanti, il mondo datoriale e quello sindacale.

Per una trattazione completa del subappalto, come oggi disciplinato dal decreto legislativo 31 marzo 2023 n. 36, occorre avviarne una disamina partendo dalle definizioni in senso civilistico dell'istituto, approfondendo la disciplina europea del subappalto, per approdare al decreto legge 31 maggio 2021, n. 77 convertito in legge 29 luglio 2021, n. 108 (c.d. Decreto Semplificazioni bis) che ha profondamente riformulato l'abrogato articolo 105 del decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50, nei fatti, oggi riprodotto all'articolo 119 del nuovo Codice, con l'aggiunta di alcuni istituti, di cui si tratterà nel proseguo che hanno fatto discutere e destato diverse perplessità, quali il subappalto, così detto, a cascata.

La nozione di subappalto in senso civilistico

L'art. 1656 del Codice civile recita «L'appaltatore non può dare in subappalto l'esecuzione dell'opera o del servizio, se non è stato autorizzato dal committente».

Dalla disposizione normativa viene immediatamente in evidenza la necessità dell'autorizzazione, rilasciata dal committente, con la finalità di tutelare l'interesse di questi a che le prestazioni, lavori o servizi, non vengano materialmente eseguiti da altra impresa senza l'assenso del committente stesso.

L'assenso del committente al subappalto va inteso come mera autorizzazione, essendo diretto l'articolo 1656 c.c. a tutelare il proprio interesse – con riguardo all'intuitus personae, che ha determinato l'individuazione di un certo soggetto per eseguire determinate prestazioni – e non già a costituire un nuovo e diverso rapporto tra committente e subappaltatore; ne consegue che, nonostante l'autorizzazione, il subappalto resta un rapporto obbligatorio che intercorre tra appaltatore e subappaltatore, al quale il committente è estraneo, non acquistando diritti e non assumendo obblighi verso il subappaltatore.

L'articolo 1656, inoltre, non richiede che il consenso del committente sia specificamente riferito ad un determinato soggetto e non esclude quindi che esso sia preventivo e generico; l'autorizzazione è l'espressione della fiducia che

il committente ha riposto nell'appaltatore che si estende alla bontà ed oculatezza della scelta del subappaltatore²² o dei subappaltatori.

In tema di appalto, la consapevolezza, o anche il consenso, sia antecedente, sia successivo, espresso dal committente per l'esecuzione, in tutto o in parte, delle opere in subappalto, valgono soltanto a rendere legittimo, ex articolo 1656 del Codice civile, il ricorso dell'appaltatore a tale modalità di esecuzione della propria prestazione e non anche a instaurare alcun diretto rapporto tra committente e subappaltatore. Ne consegue che, in difetto di diversi accordi, il subappaltatore risponde della relativa esecuzione nei confronti del solo appaltatore e, correlativamente, solo verso quest'ultimo, e non anche nei confronti del committente, può rivolgersi ai fini dell'adempimento delle obbligazioni, segnatamente di quelle di pagamento derivanti dal subcontratto in questione²³.

Il subappalto viene, pertanto, considerato un contratto derivato in quanto, con esso, l'appaltatore incarica un terzo di eseguire, in tutto o in parte, l'opera o il servizio che egli ha assunto.

Il carattere derivato del subappalto non implica che patti e condizioni del contratto di appalto si trasfondano nello stesso, che conserva la sua autonomia, con la conseguenza che le parti di esso possono bene regolare il rapporto in modo difforme da quello del contratto di appalto, stabilendo condizioni, modalità e clausole diverse da quelle che nel contratto base trovano applicazione²⁴.

Elemento naturale del contratto di subappalto, al pari del contratto di appalto, è quello dell'autonomia del subappaltatore nell'esecuzione delle opere affidategli dall'appaltatore principale, con la conseguenza che la responsabilità del subappaltatore nei confronti dell'originario committente può essere affermata solo se ed in quanto lo stesso, nell'esecuzione dell'opera, si sia discostato da quanto previsto nel contratto di subappalto. In assenza di deroga pattizia a tale autonomia, il contratto di subappalto fa piena prova degli impegni assunti dal subappaltatore per cui delle eventuali discordanze, fra quanto stabilito nel contratto di appalto e quanto nel contratto di subappalto circa l'esecuzione dell'opera, è il subappaltante che deve rispondere nei confronti del committente²⁵.

Gli arresti giurisprudenziali sopra evidenziati ben delineano gli elementi del subappalto che, come si vedrà infra, sono riscontrabili, pur con alcune differenziazioni, nella vigente disciplina pubblicistica così come definita dal Codice dei contratti pubblici e in particolare con il novellato articolo 119 del d.lgs. 36/2023.

²² Cassazione Civile, sez. II, sentenza n. 7649 del 5 settembre 1994.

²³ Cassazione Civile, sez. II, sentenza n. 21719 del 27 settembre 2019.

²⁴ Cassazione Civile, sez. II, sentenza n. 9684 del 24 luglio 2000.

²⁵ Cassazione Civile, sez. II, sentenza n. 18745 del 19 agosto 2010.

La nozione del subappalto in senso pubblicistico

L'approfondimento di seguito esposto, si avvia e tiene conto della disciplina del subappalto contenuta nell'articolo 118 del decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163, delle disposizioni della direttiva 2014/24/UE e gli arresti della Corte di Giustizia europea, per terminare con l'analisi della formulazione dell'articolo 105 del d.lgs. 50/2016, come novellato dal Decreto Semplificazioni bis e riproposta, con alcuni innesti, all'articolo 119 del d.lgs. 36/2023.

In termini generali, può affermarsi che nel settore degli appalti pubblici, il principio di personalità dell'esecuzione appare maggiormente pregnante, alla luce tanto della regola generale sancita dall'art. 118, del d.lgs. 163/2006 – rinvenibile, seppur in maniera più bilanciata nel vigente Codice contratti pubblici – quanto della disciplina restrittiva in materia di subappalto. Il giudice amministrativo ha avuto modo di affermare che la *«maggiore flessibilità in sede di acquisizione degli appalti pubblici (si pensi all'istituto dell'avalimento), indotta dalla normativa eurounitaria in vista dell'obiettivo dell'eliminazione di ingiustificati vincoli anticoncorrenziali, non trova analogo estensione nella fase esecutiva, stante l'esigenza di preservare tale momento da vicende anomale sintomatiche di una gestione non trasparente delle commesse pubbliche, se non di vere e proprie infiltrazioni criminali, ovvero che potrebbero indurre la creazione di un mercato parallelo degli appalti»*²⁶.

Se ciò corrisponde al vero, si palesa la motivazione per cui la disciplina pubblicistica del subappalto lasci intatto il potere autorizzatorio del committente pubblico, alla stessa stregua del committente privato, pur limitandone la portata, in quanto la stazione ammette il subappalto al ricorrere di determinate condizioni, quali l'assenza di divieti in capo al potenziale subappaltatore a contrattare con la pubblica amministrazione e la preventiva indicazione da parte del concorrente della volontà di ricorrere al subappalto. In ambito pubblicistico risulta quindi delineato un ambito di discrezionalità amministrativa molto ridotto entro il quale il committente può procedere alla ponderazione degli interessi in gioco, difatti il giudice amministrativo ha avuto modo di precisare ulteriormente che *«a fronte della richiesta dell'appaltatore di poter affidare in subappalto parte dell'opera, esso committente è chiamato anzitutto a verificare l'insussistenza dei ricordati divieti di legge e, in caso positivo, a decidere se (e soltanto se) l'esecuzione potrebbe trarre giovamento dal coinvolgimento di un'altra impresa (ad esempio, perché specializzata in talune lavorazioni). Ne segue che le disposizioni del Codice dei contratti pubblici costituiscono un costruito normativo di diritto privato speciale, operando quali limiti all'esercizio di un potere permissivo negoziale»*²⁶.

L'analisi delle prerogative e degli obblighi del committente pubblico, operata dal giudice amministrativo e sopra riportate, risulta, anche a seguito della novellata

²⁶ Tar per il Lazio, sez. III, sentenza n. 776 del 23 gennaio 2010.

3. LA TUTELA DEI LAVORATORI NEL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

disciplina del subappalto, attuale ed applicabile. Viene, infatti, in evidenza che, a fronte di una ammissibilità del subappalto palesata nella *lex specialis* di gara e di una indicazione del concorrente di volervi ricorrere, venga compressa l'attività discrezionale della stazione appaltante in merito all'esercizio della potestà autorizzatoria al subappalto stesso, di cui rimane comunque titolare. Resta il limite normativo sopra descritto, difatti, sempre nella sopra richiamata pronuncia, si riconosce che «*le norme pubblicistiche sul subappalto intendono perseguire finalità, quali la prevenzione da infiltrazioni criminali e la tendenziale stabilità dell'esecutore, bensì inerenti al settore delle commesse pubbliche, ma non incompatibili con le esigenze avute di mira dal diritto comune, ivi inclusa quella, comune ad ogni tipo di appalto, che l'opera venga realizzata a regola d'arte*»²⁶.

Da ciò discende che la differenza tra la disciplina privatistica e pubblicistica del subappalto, attualmente riscontrabile, risiede nella valenza che assume l'autorizzazione al subappalto da parte del committente pubblico che opera come rimozione di un limite alla scelta, effettuata dall'appaltatore quale responsabile dell'esecuzione del contratto, di una determinata modalità esecutiva. Mentre la *ratio* della previsione contenuta all'art. 1656 cod. civ. si collega più alla natura fiduciaria del contratto d'appalto, pertanto il committente è chiamato a valutare unicamente e liberamente la compatibilità del subappalto con il proprio interesse a veder realizzata l'opera appaltata a regola d'arte, l'autorizzazione di stampo pubblicistico è istituito manifestamente preordinato, anche, al perseguimento di interessi pubblici ulteriori. Nel dirimere una questione afferente al subappalto, il Consiglio di Stato ha ritenuto che la normativa riconduce la valutazione della stazione appaltante, da un lato, all'insussistenza dei divieti di subappalto stabiliti dalla legge (come integrati dalla disciplina speciale riferita alla singola procedura, secondo la vigente disciplina di cui si tratterà *infra*), e per altro verso all'accertamento della sussistenza delle condizioni cui la stessa norma subordina l'ammissibilità del subappalto medesimo, cioè:

- che la richiesta sia conforme all'indicazione delle prestazioni subappaltabili fornita in sede di offerta;
- che il subappaltatore sia in possesso dei requisiti di qualificazione per le lavorazioni o le prestazioni da eseguire, nonché dei requisiti morali o di ordine generale;
- che siano praticati con un minimo ribasso consentito i medesimi prezzi unitari risultanti dall'aggiudicazione (*fattispecie espressamente positivizzata dall'abrogato Codice dei contratti pubblici, ma non del tutto espunto ai sensi della vigente normativa, anche ai sensi delle osservazioni mosse dall'Unione europea*).

La disposizione conferisce all'amministrazione un potere di controllo avente finalità di ordine pubblico ed inteso a prevenire il rischio di infiltrazioni criminali nelle commesse pubbliche.

Altro tratto di differenziazione con la disciplina privatistica, risiede nella

posizione della stazione appaltante che, lungi dall'essere totalmente assimilabile a quella di un committente privato, risulta condizionata da esigenze pubblicistiche, quale quella di «procedimentalizzare» la fase che precede la stipula dei contratti delle amministrazioni pubbliche, allo scopo di rendere trasparente e imparziale la scelta del contraente. Ciò al fine di evitare rischi di abusi e distorsioni, in conseguenza della particolare posizione del soggetto pubblico e al tempo stesso garantire il miglior impiego possibile, delle risorse pubbliche per il soddisfacimento dei bisogni della collettività, perseguiti anche autorizzando, seppur con le limitazioni prima descritte, l'appaltatore ad affidare l'esecuzione delle prestazioni in subappalto. L'interesse pubblico emerge, tuttavia, non solo in fase di scelta del contraente, bensì anche nella successiva fase di esecuzione del contratto, condizionandone alcuni momenti che non risultano tese, unicamente, a tutelare l'interesse dell'amministrazione committente all'immutabilità dell'affidatario, sostanzialmente analogo a quello privato tutelato dall'art. 1656 c.c., ma tendono ad evitare che nella fase esecutiva del contratto si pervenga, attraverso modifiche sostanziali dell'assetto d'interessi scaturito dalla gara pubblica, a vanificare proprio quell'interesse pubblico che ha imposto lo svolgimento di una procedura selettiva e legittimato l'individuazione di una determinata offerta come la più idonea a soddisfare le esigenze della collettività cui l'appalto è preordinato. L'attività autorizzativa del committente pubblico è chiaramente espressione di poteri pubblicistici di natura autoritativa²⁷.

Il tratto comune della disciplina privatistica e pubblicistica è dato dall'aver imposto, attraverso lo strumento dell'autorizzazione al subappalto, un divieto di alterazione, senza il reciproco consenso delle parti, dei rapporti inizialmente convenuti. Il vigente ordinamento, perseguendo la *ratio* che l'appaltatore individuato dalla parte sia il soggetto che dovrà eseguire con la propria organizzazione i servizi o i lavori affidati e non un soggetto che faccia incetta di appalti, non vieta *tout court* il ricorso al subappalto in quanto, al ricorrere di determinate condizioni, sub affidare l'esecuzione delle prestazioni, o di una parte di esse, potrebbe assicurare una migliore funzionalità dell'opera o una migliore erogazione del servizio.

L'autorizzazione al subappalto rappresenta il mezzo, individuato dal legislatore, attraverso il quale si realizza un bilanciamento tra la libertà di organizzazione dell'impresa e l'interesse perseguito dal committente, pur con le differenziazioni che interessano gli ambiti pubblicistico e privatistico.

Il subappalto nel Codice dei contratti pubblici del 2006 e nella prima formulazione del Codice del 2016

I punti essenziali rinvenibili dall'articolo 118 del d.lgs. 163/2006 e articolo 195 del d.lgs. 50/2016:

²⁷ Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza n. 1713 del 24 marzo 2010.

3. LA TUTELA DEI LAVORATORI NEL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

- obbligo per i soggetti affidatari di eseguire in proprio le opere o i lavori, i servizi, le forniture compresi nel contratto;
- divieto di cessione del contratto;
- subappaltabilità di tutte le prestazioni inserite nel contratto;
- limite all'affidamento in subappalto individuato nella misura del 30% dell'importo complessivo del contratto;
- indicazione da parte del concorrente delle parti di prestazioni in sede di offerta;
- deposito del contratto di subappalto presso la stazione appaltante almeno venti giorni prima della data di effettivo inizio dell'esecuzione delle relative prestazioni;
- trasmissione da parte del concorrente della certificazione attestante il possesso da parte del subappaltatore dei requisiti di qualificazione;
- dichiarazione del subappaltatore di essere in possesso dei requisiti di ordine generale;
- non sussistenza di misure di prevenzione nei confronti del subappaltatore;
- ipotesi per procedere al pagamento diretto del subappaltatore mediante previsione espressa nel contratto oppure, in alternativa, trasmissione al committente della copia delle fatture quietanzate oppure per crisi di liquidità finanziaria dell'affidatario indipendente da eventuali previsioni contrattuali;
- obbligo per l'affidatario di praticare, per le prestazioni affidate in subappalto, gli stessi prezzi unitari risultanti dall'aggiudicazione, con ribasso non superiore al 20%;
- obbligo per l'affidatario di osservare il trattamento economico e normativo stabilito dai contratti collettivi nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni e responsabilità, in solido, dell'osservanza degli obblighi da parte dei subappaltatori nei confronti dei loro dipendenti per le prestazioni rese nell'ambito del subappalto;
- coordinamento in capo all'affidatario dei piani di sicurezza predisposti per l'esecuzione di tutte prestazioni;
- autorizzazione al subappalto da parte del committente entro 30 giorni dalla richiesta di affidare prestazioni in subappalto da parte dell'affidatario, vige il silenzio assenso;
- assimilati al subappalto i contratti 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% dell'importo delle prestazioni affidate o di importo superiore a 100.000 euro e qualora l'incidenza del costo della manodopera e del personale sia superiore al 50% dell'importo del contratto da affidare;
- non configurabilità di subappalto in caso di affidamento di attività specifiche a lavoratori autonomi o in caso di subfornitura a catalogo di prodotti informatici.

Senza dilungare la trattazione del tema con riferimento all'abrogato d.lgs. 163/2006, che ha accompagnato la disciplina del subappalto per quasi due anni dall'entrata in vigore del d.lgs., 50/2016, occorre evidenziare come il legislatore abbia indicato una serie di limitazioni all'affidamento di prestazioni in subappalto, nonché imposto alle stazioni appaltanti delle verifiche puntuali in merito al rapporto contrattuale instaurato tra soggetti privati, in forza del quale eseguiranno, ciascuno per quanto convenuto, le prestazioni affidate dal committente pubblico. Per anticipare quanto meglio descritto in seguito, le problematiche che hanno interessato l'istituto in commento afferenti alla rispondenza ai principi del Trattato interessano il limite generalizzato al subappalto e gli obblighi normativi che incidono sull'autonomia negoziale delle parti privati con riferimento al valore delle prestazioni dedotte nel contratto di subappalto da questi stipulato.

La sua formulazione originaria dell'articolo 105 del d.lgs. 50/2016 ricalcava quanto previsto nell'articolo 118 del d.lgs. 163/2006 con l'innesto di alcune previsioni discendenti dalla direttiva 2014/24/UE, quali ad esempio l'indicazione, in gara, della terna subappaltatori e comunque lasciava inalterata la disciplina concernente il limite generalizzato al subappalto e quella inerente i prezzi contrattuali convenuti nel contratto di subappalto stipulato tra l'affidatario e il subappaltatore.

L'articolo 105 dell'abrogato Codice dei contratti pubblici è stato oggetto di numerose modifiche, da ultimo è intervenuto il d.l. 77/2021 e la relativa legge di conversione che, come si legge nella relazione illustrativa al Decreto Semplificazioni bis, contiene una serie di disposizioni che mirano a risolvere le criticità riscontrate in merito alla compatibilità della disciplina interna del subappalto con il diritto eurounitario. La disposizione attuale ricalca in maniera fedele la disciplina dell'istituto a seguito dell'ultima modifica del 2021.

I principi espressi della Corte di Giustizia dell'Unione europea sul subappalto

Per meglio analizzare la vigente disposizione normativa del subappalto è necessario richiamare gli arresti della Corte di Giustizia dell'Unione europea sulla questione e in particolare, le sentenze rese nelle cause: C-63/18 (sez. V, sentenza 26 settembre 2019), C-402/18 (sez. V, 27 novembre 2019), C-395/18 (sez. V, 30 gennaio 2020).

Tali sentenze hanno ritenuto la contrarietà della normativa italiana al principio di proporzionalità²⁸, con particolare riguardo:

²⁸ Il principio di proporzionalità, di derivazione europea, impone l'adeguata ponderazione delle contrapposte esigenze, al fine di trovare la soluzione che comporti il minor sacrificio possibile; in sostanza non può essere definita una disciplina che, seppur preordinata a conseguire determinati obiettivi, ecceda quanto opportuno e necessario.

3. LA TUTELA DEI LAVORATORI NEL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

- al limite del 30% della quota di appalto subappaltabile, riferita indifferentemente a tutti i contratti;
- al limite generale della possibilità di ribassare i prezzi applicabili alle prestazioni subappaltabili oltre al 20%;
- all'esclusione automatica del concorrente per carenza dei requisiti del subappaltatore.

Da una lettura attenta delle sentenze, i principi che si traggono:

- i. ammettono la legittimità delle previsioni che limitano nel ricorso al subappalto, purché non debbano essere applicate a prescindere dal consenso (*rectius* valutazione) della stazione appaltante e dunque siano poste in maniera generale e astratta (C-63/18);
- ii. riconoscono il diritto per la stazione appaltante di imporre ai concorrenti, nelle loro offerte, di indicare le parti dell'appalto che essi hanno intenzione di subappaltare, i subappaltatori proposti e conseguentemente di vietare il ricorso ai subappaltatori dei quali non sia stata in grado di verificare le capacità in occasione della valutazione delle offerte e della selezione dell'aggiudicatario, senza tuttavia ammettere l'esclusione automatica del concorrente per cause o situazioni imputabili ai subappaltatori (C-395/18);
- iii. evidenziano come sia precluso l'individuazione di un limite generale e astratto alla possibilità di ribassare i prezzi applicabili alle prestazioni subappaltate oltre il 20% rispetto ai prezzi risultanti dall'aggiudicazione (C-402/18).

In relazione ai sopra indicati principi si può affermare, quanto al *punto i.*, che il legislatore interno ha apportato importanti modificazioni alla disciplina relativa alle limitazioni al ricorso al subappalto, inserendo una serie di previsioni che saranno meglio analizzate in seguito e che hanno destato alcune perplessità sulla effettiva e piena rispondenza del nuovo disposto normativo al diritto eurounitario.

In relazione al *punto ii.*, la logica perseguita dal legislatore è stata quella di superare le criticità in merito all'esclusione automatica del concorrente per carenze in capo al subappaltatore attraverso una sospensione della norma contenuta all'articolo 105, comma 6 dell'abrogato Codice dei contratti pubblici che prevede l'indicazione della terna dei subappaltatori²⁹ e quindi, nei fatti, rendendo priva di effetti la previsione di cui all'articolo 80 del suddetto Codice, nella parte in cui dispone l'esclusione automatica del concorrente per carenze del subappaltatore. Nel vigente Codice dei contratti pubblici non c'è alcuna previsione circa l'indicazione della terna dei subappaltatori. Risulta interessante evidenziare che il giudice europeo, nell'argomentare in merito al limite generale al subappalto previsto dalla normativa nazionale, ripercorre le deduzioni del governo italiano il quale ritiene, stante

²⁹ Il comma 6 dell'articolo 105 del d.lgs. 50/2016 è stato abrogato dalla Legge europea approvata nel 2021.

le «*circostanze particolari prevalenti in Italia, dove il subappalto ha da sempre costituito uno degli strumenti di attuazione di intenti criminosi*», che la limitazione al 30% sia idonea a rendere la partecipazione alle commesse pubbliche meno appetibile per le organizzazioni criminali e, conseguentemente idonea a prevenire il fenomeno dell'infiltrazione mafiosa nelle commesse pubbliche e a tutelare così l'ordine pubblico. Orbene, il giudice europeo, in risposta alle difese nazionali, ammette che «*il contrasto al fenomeno dell'infiltrazione della criminalità organizzata nel settore degli appalti pubblici costituisce un obiettivo legittimo, che può giustificare una restrizione alle norme fondamentali e ai principi generali del Trattato FUE che si applicano nell'ambito delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici*», tuttavia ritiene che «*una restrizione come quella oggetto del procedimento principale [limite 30%] eccede quanto necessario al raggiungimento di tale obiettivo*». Aggiunge la Corte di Giustizia «*l'obiettivo perseguito dal legislatore italiano potrebbe essere raggiunto da misure meno restrittive, come l'approccio consistente nell'obbligare l'offerente a fornire nella fase dell'offerta le identità degli eventuali subappaltatori, al fine di consentire all'amministrazione aggiudicatrice di effettuare verifiche nei confronti dei subappaltatori proposti, perlomeno nel caso degli appalti che si ritiene rappresentino un maggior rischio di infiltrazione da parte della criminalità organizzata. D'altronde, dagli elementi forniti alla Corte risulta che il diritto italiano già prevede numerose misure finalizzate espressamente a impedire l'accesso alle gare d'appalto pubbliche alle imprese sospettate di appartenenza mafiosa o di essere comunque collegate a interessi riconducibili alle principali organizzazioni criminali operanti nel paese*». In sostanza il legislatore nazionale ha espunto dall'ordinamento la previsione che, ad avviso della giustizia europea, risultava essere quella che, meglio, poteva perseguire quanto il governo italiano aveva esposto nelle deduzioni, in ordine al contrasto all'infiltrazione di organizzazioni criminali nel sistema delle commesse pubbliche. Senza volere entrare nel merito delle problematiche inerenti all'indicazione della terna dei subappaltatori, riscontrate nella prassi applicativa, o anticipare giudizi in ordine all'eliminazione alla norma che ciò imponeva³⁰, si puntualizza solo come il legislatore italiano abbia individuato una terza via nell'attività di rendere compatibile il diritto interno alla disciplina europea del subappalto, meglio trattata *infra*.

Quanto al *punto iii*, si ritiene utile, in questa sede, un maggiore approfondimento, evidenziando fin da subito che con il d.l. 77/2021, convertito in l. 108/2021, il limite di ribassare i prezzi applicabili alle prestazioni subappaltate di oltre il 20%, rispetto ai prezzi risultanti dall'aggiudicazione, è stato espunto dall'ordinamento, in pieno accoglimento, pertanto, dell'interpretazione del giudice europeo nella

³⁰ La Commissione con la procedura di infrazione n. 2018/2273 aveva, tra l'altro, rilevato le criticità della normativa italiana sul subappalto, con riferimento alla rispondenza ai principi della direttiva 2014/24/UE, nella parte in cui veniva imposta, ai partecipanti alle procedure di scelta del contraente, l'indicazione della terna dei subappaltatori, senza consentire alle stazioni appaltanti di valutare, in relazione alla tipologia dell'appalto e al mercato di riferimento, l'opportunità di inserire nella legge di gara un tale obbligo per i concorrenti.

3. LA TUTELA DEI LAVORATORI NEL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

sentenza del 27 novembre 2019, sopra richiamata. L'abrogazione della limitazione suddetta è stata accompagnata dall'inserimento, nell'articolo 105 del d.lgs. 50/2016 e riproposte nel vigente Codice dei contratti pubblici, di una serie di disposizioni che regolano il rapporto tra committente, affidatario e subappaltatori che, ad avviso di chi scrive, meglio permettono di perseguire la *ratio* dell'originaria disposizione del diritto interno.

Come si legge nella sentenza del 27 novembre 2019, resa in riferimento alla causa C-402/18, *«un tale limite eccede quanto necessario al fine di assicurare ai lavoratori impiegati nel contesto di un subappalto una tutela salariale. Infatti... il limite del 20% non lascia spazio ad una valutazione caso per caso da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, dal momento che si applica indipendentemente da qualsiasi presa in considerazione della tutela sociale garantita dalle leggi, dai regolamenti e dai contratti collettivi applicabili ai lavoratori interessati»*. In sostanza la Corte di Giustizia dell'Unione europea muove, nuovamente e analogamente a quanto asserito in riferimento al limite precedentemente analizzato del 30%, forti critiche in ordine all'applicazione generalizzata del limite e alla contestuale preclusione per la stazione appaltante di effettuare una valutazione in merito al rispetto delle tutele, normative e retributive, dei lavoratori impiegati dal subappaltatore, che tenga conto della situazione in concreto e delle specificità dell'appalto o delle tipologie di prestazioni ivi previste. Il giudice europeo corrobora il proprio ragionamento tenendo conto che *«il diritto italiano prevede che il subappaltatore sia tenuto, così come l'aggiudicatario, a rispettare pienamente, nei confronti dei propri dipendenti, per le prestazioni effettuate nell'ambito del subappalto, il trattamento economico e normativo stabilito dai contratti collettivi nazionali e territoriali vigenti per il settore e per la zona in cui le prestazioni vengono effettuate. In base ai medesimi elementi, l'aggiudicatario è anche responsabile in solido del rispetto, da parte del subappaltatore, di detta normativa»*.

Per ragioni di completezza espositiva si precisa, inoltre, che la Corte di Giustizia, nella sentenza in commento, analizza la questione della limitazione al 20% su prezzi di aggiudicazione tenendo a riferimento altre due argomentazioni sollevate dal Governo nazionale, quali la redditività dell'offerta e la parità di trattamento, tendenti a supportare l'ammissibilità del limite suddetto e la sua compatibilità con il diritto dell'Unione e, anche queste, confutate dal giudice europeo. Viene infatti affermato che la limitazione suddetta non rappresenta un elemento che, in maniera automatica, garantisce la redditività dell'offerta e la corretta esecuzione dell'appalto in quanto le attività tese ad accertare ciò, devono essere svolte in sede di verifica dell'anomalia dell'offerta, procedimento nel quale le stazioni appaltanti operano le valutazioni in tal senso, tenendo conto delle specificità dell'appalto e del contesto in cui questo si inserisce; quanto al rispetto della parità di trattamento che il limite al 20% mirerebbe a garantire, stante l'uniforme individuazione dei costi in caso di subappalto, secondo il giudice europeo, la mancata indicazione di un limite integrerebbe il presupposto della realizzabilità di una concorrenza rafforzata e quindi, si legge nella sentenza

«all'obiettivo perseguito dalle direttive adottate in materia di appalti pubblici». Alla luce di tale ultima argomentazione può affermarsi che, seppur espunto il limite generalizzato al ribasso dei prezzi, alla stazione appaltante non è preclusa l'analisi dei prezzi per l'effettuazione delle prestazioni da parte del subappaltatore. Se è vero che il principio del risultato permea tutto il ciclo di vita dell'appalto, sorge in maniera quasi automatica, che la valutazione debba concentrarsi sulla buona esecuzione, in termini di efficacia, di efficienza e di economicità, criteri che sono il fondamento dell'agire pubblico.

Il subappalto nel vigente Codice dei contratti pubblici

La disposizione normativa di riferimento inserita nel Codice vigente, come sopra anticipato, è l'articolo 119 che, al primo comma, recita: *«I soggetti affidatari dei contratti eseguono in proprio le opere o i lavori, i servizi e le forniture compresi nel contratto. Fatto salvo quanto previsto dall'articolo 120, comma 1, lettera d), la cessione del contratto è nulla. È altresì nullo l'accordo con cui a terzi sia affidata l'integrale esecuzione delle prestazioni o lavorazioni appaltate, nonché la prevalente esecuzione delle lavorazioni relative alla categoria prevalente e dei contratti ad alta intensità di manodopera. È ammesso il subappalto secondo le disposizioni del presente articolo».*

Prima di entrare nel merito della disposizione normativa si rappresenta che, a differenza dell'articolo 105 del d.lgs. 50/2016 come novellato dal legislatore del 2021, sono state apportate delle modifiche ben dettagliate dalla «Relazione agli articoli e agli allegati» predisposta dal Consiglio di Stato dove si legge che è stata apportata una correzione al comma 1 dell'articolo 105 del d.lgs. 50/2021, per rimediare ad un'imprecisione teorica riguardante il regime delle nullità collegato al divieto di cessione del contratto ed ai limiti del subappalto. È stato previsto che la nullità riguardi il contratto di cessione e gli accordi in deroga ai limiti normativi del subappalto, mentre l'ambigua formulazione dell'art. 105, comma 1, riferiva la nullità, piuttosto, al contratto ceduto. Sempre dalla Relazione del Consiglio di Stato si evince che, al terzo periodo, si è riferito il limite al subappalto alla prevalente esecuzione delle lavorazioni relative alla «categoria prevalente» piuttosto che al «complesso delle categorie prevalenti» (come nel comma 1 dell'art. 105) per collegare la previsione all'attuale sistema di qualificazione degli operatori economici, che prevede che la categoria prevalente sia unica.

Dal tenore letterale del novellato comma 1, si rileva, in maniera inequivocabile, che l'appalto pubblico non è un contratto che può legittimamente divenire un «negozio a soggetto indifferente», essendo stata esperita, dal committente pubblico, una determinata procedura di scelta sfociata nell'individuazione di un determinato contraente. Tale soggetto, una volta selezionato, è tenuto ad eseguire le prestazioni affidate attraverso la propria organizzazione di impresa, essendogli preclusa, dalla norma, la possibilità di cedere il contratto. Al fine di una disamina del comma 1 sopra riportato occorre compiutamente soffermarsi:

3. LA TUTELA DEI LAVORATORI NEL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

- (a) sulla differenza tra cessione del contratto e subappalto;
- (b) sul divieto di affidare a terzi l'integrale esecuzioni delle lavorazioni;
- (c) sul tema della categoria prevalente;
- (d) sulla disciplina dei contratti ad alta intensità di manodopera.

In merito al *punto (a)* è sufficiente riferirsi a quanto sostenuto dal supremo organo della giustizia civile e cioè che si ha cessione d'appalto e non subappalto ogniqualevolta le parti abbiano inteso trasferire al nuovo soggetto l'intero complesso delle clausole originarie; il contratto di subappalto stipulato tra l'appaltatore di un'opera pubblica e un terzo è strutturalmente distinto dal contratto principale³¹ e non comporta la comparsa di un nuovo soggetto nel rapporto negoziale originario instaurato tra il committente e appaltatore, né il sorgere di un nuovo rapporto giuridico tra il committente stesso e il subappaltatore³².

Solo con la cessione del contratto, quindi, si realizza – rifacendosi al giurista Luigi Abello in uno scritto di fine 1800 – la «*traslazione pura e semplice della posizione spettante al cedente*», talché un altro soggetto, detto cessionario, sostituisce l'originario appaltatore, nel caso di contratto di appalto, in tutti i rapporti originariamente instaurati con il committente; con il subappalto, invece, si realizza una sublocazione della totalità o di una parte delle prestazioni, per cui l'appaltatore si fa a sua volta committente e contrae verso il subappaltatore tutte le obbligazioni ed acquista tutti i diritti che un committente ha verso un imprenditore.

In merito al *punto (b)*, il legislatore ha inteso definire un ulteriore *divieto* consistente nella preclusione, in capo al contraente selezionato, di affidare in subappalto l'integrale esecuzione delle prestazioni.

In merito ai *punti (c) e (d)*, il legislatore ha stabilito un ulteriore *limite* da individuarsi con il criterio della «*prevalenza*» nelle ipotesi dei contratti di lavori e nei contratti di servizi ad alta intensità di manodopera³³.

Occorre precisare che tanto il divieto che il limite, come sopra indicati, non trovano espresso ed immediato riscontro nella direttiva 2014/24/UE, ciò ha posto dubbi in merito alla rispondenza della disciplina del subappalto vigente rispetto ai principi del diritto eurounitario rinvenibili tanto nel Trattato, quanto nella direttiva stessa. In sostanza il legislatore ha inteso ribadire, con forza, che l'affidatario individuato con una procedura di scelta del contraente espletata ai sensi del Codice dei contratti pubblici non può essere un «*mero accaparratore*³⁴» di

³¹ Cassazione Civile, sez. I, sentenza n. 8384 del 20 giugno 2000.

³² Cassazione Civile, sez. I, sentenza n. 18196 del 9 settembre 2004.

³³ «Contratti ad alta intensità di manodopera», i contratti nei quali il costo della manodopera è pari o superiore al 50 per cento dell'importo complessivo dei corrispettivi; così definiti dall'articolo 2, comma 1, lettera e), dell'allegato I.1 al d.lgs. 36/2023.

³⁴ M. Fratini «*Manuale sistematico di diritto amministrativo*» p. 1065 – Dike giuridica editore (2018).

contratti che procederà a subaffidare il negozio giuridico, ma deve essere un soggetto in grado, con la propria organizzazione di impresa ad eseguire le prestazioni dedotte nel contratto, come individuate dal committente pubblico.

La regola emersa è che le lavorazioni relative alla categoria prevalente devono essere svolte dall'affidatario di lavori in misura maggioritaria e, pertanto, la quota massima subappaltabile a questa riferita e non all'intero importo contrattuale, non può eccedere il 49,99%. Ciò rappresenta limite non superabile previsto dalla vigente normativa cui il committente pubblico deve uniformarsi senza che possa esercitarsi alcun potere derogatorio.

Per quel che riguarda i contratti ad alta intensità di manodopera, a disposizione normativa va letta nel senso che sussiste un divieto di subappaltare la prevalente esecuzione di tale tipologia di contratti che opera senza necessità di motivazione alcuna e non un divieto, ai sensi del comma 1, di subappaltare *tout court* le prestazioni che necessitano di impiego di personale. Per estendere il limite del ricorso al subappalto incrementando la percentuale normativamente disposta, come riportato al richiamato comma 1 dell'articolo 119 del d.lgs. 36/2023, nei contratti aventi ad oggetto servizi ad alta intensità di manodopera o in quelli aventi ad oggetto lavori bisogna rifarsi al comma 2 del medesimo articolo e pertanto, una siffatta possibilità, è normativamente ammessa, solo al ricorrere dei presupposti ivi contemplati con la necessità di un onere motivazionale abbastanza gravoso.

Il comma 2 dell'articolo 119 del Codice dei contratti pubblici, in particolare, recita *«Nel rispetto dei principi di cui agli articoli 1³⁵, 2³⁶ e 3³⁷, previa adeguata motivazione nella decisione di contrarre, le stazioni appaltanti, eventualmente avvalendosi del parere delle Prefetture competenti, indicano nei documenti di gara le prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto da eseguire a cura dell'aggiudicatario in ragione delle specifiche caratteristiche dell'appalto ... in ragione dell'esigenza di rafforzare, tenuto conto della natura o della complessità delle prestazioni o delle lavorazioni da effettuare, il controllo delle attività di cantiere e più in generale dei luoghi di lavoro o di garantire una più intensa tutela delle condizioni di lavoro e della salute e sicurezza dei lavoratori ovvero di prevenire il rischio di infiltrazioni criminali»*.

Si rileva immediatamente che l'ampliamento del limite al subappalto deve essere adeguatamente motivato nonché strettamente correlato:

- ai principi espressi agli articoli 1, 2 e 3 del Codice dei contratti pubblici;
- alle specifiche caratteristiche dell'appalto;
- alla tutela condizioni di lavoro e della salute e sicurezza dei lavoratori ovvero di prevenire il rischio di infiltrazioni criminali, avvalendosi del parere della Prefettura.

Una lettura coordinata dei commi 1 e 2, secondo capoverso, dell'articolo 119

³⁵ Articolo 1. Principio del risultato.

³⁶ Articolo 2. Principio della fiducia.

³⁷ Articolo 3. Principio dell'accesso al mercato.

3. LA TUTELA DEI LAVORATORI NEL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

del Codice dei contratti pubblici porta alla seguente conclusione, con il primo comma vengono espressamente individuati dei divieti al ricorso al subappalto (divieto all'appaltatore di cessione del contratto e di subaffidare per intero le prestazioni contrattuali affidategli) e il limite correlato al criterio della prevalenza (riferito a lavori e a servizi ad alta intensità di manodopera); con il secondo comma vengono indicati le condizioni, al ricorrere delle quali, l'ordinamento ammette un'estensione delle limitazioni contemplate al comma precedente.

La domanda che si pone, stante la disciplina sul subappalto inserita all'articolo 71 della direttiva 2014/24/UE e gli arresti della Corte di Giustizia dell'Unione, è se i commi 1 e 2 dell'articolo 119 del Codice dei contratti pubblici siano compatibili con il diritto eurounitario. La risposta non è agevole, autorevole dottrina³⁸ nel classificare i limiti inseriti con il Decreto Semplificazioni 2021, che viene riproposto nella attuale disciplina del subappalto ha, opportunamente definito i limiti posti al primo comma, quali «interni» e quelli del secondo comma, quali «esterni», evidenziando «*Rispetto alla discrezionalità della stazione appaltante di apporre limiti esterni, oltre a quelli interni, peraltro già di particolare impatto e consistenza, si pone in prospettiva la questione di compatibilità (o sostenibilità) eurounitaria di eventuali prassi generalizzate ed uniformi tra le stazioni appaltanti, che si traducano nella fissazione di limiti sistematici al subappalto sulla base di motivazioni a stampo, riproponendosi per tale via la riviviscenza di limiti generali e stabili all'operatività dell'istituto, in contrasto con le note indicazioni Ue*». La criticità evidenziata è più che pertinente, tuttavia, ad avviso di scrive, occorre leggere la novellata disposizione normativa in un quadro più complessivo, in particolare, tenendo nella dovuta considerazione il percorso argomentativo seguito dal giudice europeo nelle sopra riportate sentenze, unitamente all'articolo 71 della direttiva appalti. Ciò deve, comunque, avvenire nella piena consapevolezza che, a livello europeo, il subappalto è considerato quale istituto idoneo ad ampliare la platea dei soggetti coinvolti nell'esecuzione dei contratti pubblici e a contribuire alla crescita delle micro e piccole imprese.

La Corte di Giustizia ha, nella sostanza, condiviso le finalità perseguite dal legislatore interno³⁹; quello che non ha ritenuto ammissibile sono i mezzi individuati e cioè l'apposizione delle limitazioni per l'affidamento in subappalto (es. percentuale massima, in origine al 30% dell'importo complessivo del contratto, oppure quello riferito allo sconto praticabile nei rapporti tra appaltatore e subappaltatore, pari al 20% dei prezzi contrattuali). Difatti il giudice europeo ha considerato che i

³⁸ Alessandro Massari «*Il subappalto nella nuova dimensione eurounitaria e le prime questioni applicative*» Editoriale estratto dal numero 11/2021 del mensile Appalti&Contratti.

³⁹ La ratio delle limitazioni al subappalto nel diritto interno è stata chiarita dal Consiglio di Stato nei propri pareri n. 855/2016 e n. 782/2017 «*limiti di maggior rigore rispetto alle direttive europee... sarebbero giustificati da pregnanti ragioni di ordine pubblico, di tutela della trasparenza e del mercato del lavoro*».

limiti eccedevano «quanto necessario allo scopo», tanto è vero che ha indicato, rifacendosi al principio di proporzionalità, delle modalità ritenute meno stringenti, sulla concorrenza negli appalti pubblici, rispetto alla disciplina italiana per prevenire fenomeni di infiltrazioni criminali o per meglio garantire le tutele dei lavoratori impiegati dai subappaltatori.

La direttiva appalti, al comma 8 dell'articolo 71 prevede: «*Gli Stati membri che hanno scelto di prevedere misure a norma del paragrafo 3, 5 o 6 specificano, in forza di disposizioni legislative, regolamentari o amministrative e nel rispetto del diritto dell'Unione, le condizioni di attuazione di tali misure. In tale contesto gli Stati membri possono limitarne l'applicabilità, ad esempio in relazione a determinati tipi di appalti, a determinate categorie di amministrazioni aggiudicatrici o operatori economici ovvero a determinati importi*». In sostanza il legislatore eurounitario afferma che, ove lo Stato membro, nel recepimento della direttiva 2014/24/Ue, abbia previsto la responsabilità solidale tra subappaltatori e contraente principale ed abbia stabilito che le stazioni appaltanti debbano provvedere:

- al pagamento diretto ai subappaltatori;
 - a richiedere l'indicazione di nome, recapito e rappresentanti legali dei soggetti che saranno affidatari di subappalti, all'inizio dell'esecuzione del contratto (*recitius* per l'autorizzazione al subappalto);
 - a richiedere, così come previsto per l'appaltatore, le dichiarazioni direttamente ai subappaltatori individuati di non trovarsi in alcuna fra le situazioni che giustificano l'esclusione dell'operatore economico;
 - alla sostituzione del subappaltatore in relazione al quale sussistono i medesimi motivi di esclusione previsti per il concorrente che partecipa alle procedure di scelta del contraente,
- la normativa interna può limitare il ricorso al subappalto ad alcuni tipi di appalto o a determinati importi.

Pertanto il legislatore nazionale – al fine di risolvere alcune criticità evidenziate dalla Commissione Ue con la procedura di infrazione n. 2018/2273, con particolare riferimento alla criticità della disposizione contenuta nell'articolo 105 dell'abrogato Codice dei contratti pubblici, nella parte in cui pone un limite percentuale al subappalto prestabilito per legge su tutti gli appalti⁴⁰ – ha individuato le misure indicate ai precedenti punti estendendoli a tutti i subappalti, dopodiché ha esplicitato le condizioni di attuazione di dette misure individuando delle limitazioni di applicabilità per gli appalti di lavori e per i contratti ad alta intensità di manodopera secondo il criterio della prevalenza, non prevedendo limitazioni per i contratti aventi ad oggetto forniture di beni, ad eccezione del generale di-

⁴⁰ Dossier di accompagnamento alla legge di conversione al DL 77/2021 consultabile all'indirizzo: http://documenti.camera.it/leg18/dossier/pdf/D21077c_vol.2.pdf?_1641313005166.

3. LA TUTELA DEI LAVORATORI NEL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

vieto di subappaltarne l'integrale esecuzione. Nei fatti ha, positivamente, riconosciuto il ruolo del subappaltatore nella catena dell'appalto, attribuendogli diritti e oneri, che in alcune ipotesi, operano in maniera indipendente dal contraente principale. A titolo esemplificativo, è stato codificato il pagamento diretto ai subappaltatori, i quali vengono anche responsabilizzati attraverso l'estensione, in capo agli stessi, del rispetto degli obblighi in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dal diritto dell'Unione, dal diritto nazionale, dai contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro attraverso la previsione della responsabilità solidale tra subappaltatori e contraente principale e, addirittura, nei confronti della stazione appaltante. Il legislatore ha promosso, in tal modo, la crescita delle imprese affidatarie di subappalti, che divengono, autonomamente, titolari di diritti e di obblighi. Attraverso questa operazione si può affermare che, oltre al divieto di subappaltare l'integrale esecuzione delle prestazioni, alcuna altra limitazione al subappalto sussiste, nel vigente ordinamento interno, per i contratti aventi ad oggetto forniture e per quelli aventi ad oggetto servizi diversi da quelli definiti, dall'Allegato I.2 al Codice dei contratti pubblici, ad alta intensità di manodopera.

Da ultimo merita, per completezza, ricordare che nella direttiva 2014/24/UE:

- nel considerando 6, è previsto che il recepimento della stessa «non dovrebbe incidere sulla normativa degli Stati membri in materia di sicurezza sociale»;
- nel considerando 41, è previsto che «Nessuna disposizione della presente direttiva dovrebbe vietare di imporre o di applicare misure necessarie alla tutela dell'ordine, della moralità e della sicurezza pubblici»;

pertanto il legislatore italiano ha posto, come si evince dal Dossier di accompagnamento alla legge di conversione del d.l. 77/2021, l'accento sulla prerogativa, indicata nei riportati considerando, declinandola nella nuova disciplina del subappalto o, per meglio dire, operando un importante e per alcuni versi anche apprezzabile, sforzo di bilanciamento.

A parere di chi scrive, si può pacificamente affermare che, attraverso l'intervento legislativo del 2021, non tutte le criticità, evidenziate nella procedura di infrazione avviata dalla Commissione europea sul subappalto siano state superate e che non tutte le indicazioni fornite dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea con le sentenze sopra indicate siano state recepite⁴¹, certamente è stato

⁴¹ Eliminazione dell'obbligo, in capo all'offerente, a fornire nella fase dell'offerta le identità degli eventuali subappaltatori, al fine di consentire all'amministrazione aggiudicatrice di effettuare verifiche nei confronti dei subappaltatori proposti. Si precisa che la sussistenza di un siffatto obbligo è stato censurato dalla Commissione europea con la procedura di infrazione n. 2018/2273, tuttavia nella sentenza C-402/18 (sez. V, 27 novembre 2019) è stato precisato che una previsione in tal senso – magari non formulata in termini di obbligo, ma di facoltà per la stazione appaltante e pertanto da valutarsi in relazione alla tipologia di prestazioni oggetto

compiuto un intervento che, nel complesso, può considerarsi lineare e rispettoso dei principi eurounitari, senza che sia pregiudicata la possibilità di controllare la filiera dei subappaltatori, al fine di evitare infiltrazioni criminali nel settore degli appalti pubblici, e scongiurando non tollerabili compressioni – tanto sotto un profilo sociale, quanto sotto un profilo giuslavoristico – delle tutele e dei diritti dei lavoratori impiegati per eseguire le prestazioni affidate in subappalto. L'intervento di armonizzazione alla normativa europea, può dirsi, tuttavia completato con l'inserimento della previsione del subappalto a cascata operato dal legislatore del 2023 e che sarà trattato successivamente, pur rimanendo inascoltata l'indicazione afferente alla terna dei subappaltatori.

Per ultimare l'analisi del secondo comma del richiamato articolo 119 può sostenersi che il legislatore italiano ha inteso fornire alle stazioni appaltanti delle prerogative, relative alla previsione di ulteriori limitazioni al subappalto, da esercitarsi, come approfonditamente trattato in precedenza, *cum grano salis* e al ricorrere di determinati presupposti correlati alla particolare tipologia di prestazione affidata e alla connessa esigenza di rafforzare il controllo delle attività finalizzate a garantire una più intensa tutela delle condizioni di lavoro e della salute e sicurezza dei lavoratori ovvero prevenire il rischio di infiltrazioni criminali.

È evidente che il potere discrezionale attribuito alla stazione appaltante deve essere assistito da una ben circostanziata motivazione, pena l'illegittimità dell'intera procedura.

Una modifica, apportata dal legislatore del 2023 sulla disciplina del 2021 del subappalto, di rilevante importanza, è stata la previsione – al comma 4, lettera b) dell'articolo 119 del Codice – circa la «necessaria» qualificazione del subappaltatore in relazione alle prestazioni da eseguire, intendendo, con ciò, riferirsi, così come si evince dal comma 5 del medesimo articolo, al necessario possesso dei requisiti di ordine speciale, di cui all'articolo 100 del d.lgs. 36/2023. Detta attenzione rimarca la volontà del legislatore di aprire al subappalto, ma allo stesso tempo di definire, inequivocabilmente, il concetto che tutti gli operatori coinvolti nella catena dell'appalto pubblico debbano essere soggetti affidabili, anche sotto un profilo più precipuamente tecnico.

La tutela dei lavoratori negli affidamenti in subappalto e la clausola sociale

Il tema delle tutele e dei diritti dei lavoratori impiegati dal subappaltatore per eseguire le prestazioni e quello dell'eliminazione, o della riduzione, del rischio di

dell'appalto – era stata qualificata come una modalità idonea a contrastare la criminalità nell'ambito degli appalti pubblici, poiché si sarebbero resi palesi i nominativi dei subappaltatori, che poi avrebbero effettivamente eseguito le prestazioni, fin dalla presentazione dell'offerta, offrendo, al committente, la possibilità di effettuare, su tali soggetti, le necessarie verifiche.

3. LA TUTELA DEI LAVORATORI NEL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

infiltrazioni criminali nel mercato degli appalti pubblici, costituiscono i fondamenti presi a riferimento dal legislatore nazionale nel novellare la disciplina del subappalto. Occorre ricordare come, ai sensi del comma 1 dell'articolo 119 del Codice dei contratti pubblici, il limite al subappalto individuato per i contratti ad alta intensità di manodopera è normativamente individuato nel 49,99% del valore dei servizi oggetto di affidamento.

Venendo alla trattazione della questione della tutela dei diritti dei lavoratori, la formulazione dell'articolo 105 del d.lgs. 50/2016 prevedeva che *«l'affidatario deve praticare, per le prestazioni affidate in subappalto, gli stessi prezzi risultanti dall'aggiudicazione con ribasso non superiore al 20%, nel rispetto degli standard qualitativi e prestazioni previsti nel contratto»*; tale formulazione è stata sempre motivata, dal legislatore interno, come una disposizione tesa ad evitare la possibilità di praticare forme occulte di dumping salariale, idonee a produrre effetti anticoncorrenziali. In altri termini l'imposizione uniforme del limite delle possibili compressioni ai corrispettivi riconosciuti, dal contraente principale, al subappaltatore, darebbe effettività, a quest'ultimo, alla condizione di assicurare il rispetto, anche, delle disposizioni previste nei contratti collettivi di lavoro applicati.

Come noto il giudice europeo – nel rilevare che il limite del 20%, così come era previsto nel diritto italiano, si impone in modo imperativo e che risulta definito in modo generale e astratto, indipendentemente da qualsiasi verifica della sua effettiva necessità, anche se, seppur non espressamente, finalizzato ad assicurare al personale del subappaltatore una tutela salariale minima – ritiene che il limite suddetto non lasci spazio ad una valutazione caso per caso da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, dal momento che si applica sistematicamente e pertanto, indipendentemente da qualsiasi apprezzamento in merito alla tutela sociale garantita dalle leggi, dai regolamenti e dai contratti collettivi applicabili ai lavoratori interessati. Precisa, in particolare, la Corte di Giustizia *«Ne consegue che il limite del 20% è idoneo a rendere meno allettante la possibilità... di ricorrere al subappalto per l'esecuzione di un appalto, dal momento che tale normativa limita l'eventuale vantaggio concorrenziale in termini di costi che i lavoratori impiegati nel contesto di un subappalto presentano per le imprese che intendono avvalersi di detta possibilità. Orbene, un tale effetto dissuasivo contrasta con l'obiettivo... perseguito dalle direttive in materia, dell'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza nella misura più ampia possibile e, in particolare, dell'accesso delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici»*⁴²

A fronte della statuizione della Corte di Giustizia e cioè che la direttiva europea in materia di appalti *«osta a una normativa nazionale, come quella oggetto del procedimento principale, che limita la possibilità di ribassare i prezzi applicabili alle prestazioni subappaltate di oltre il 20% rispetto ai prezzi risultanti dall'aggiudicazione»* il legislatore nazionale ha soppresso la previsione, fin dalla riforma del 2021, secondo cui il

⁴² C-402/18 (sez. V, 27 novembre 2019).

ribasso non può essere superiore al venti per cento dei prezzi unitari risultanti dall'aggiudicazione all'affidatario principale.

Deve rilevarsi che, nel caso di che trattasi, non è stata operata una mera abrogazione del citato disposto normativo, ma una riscrittura della disposizione normativa tendente a:

- riferire direttamente in capo al subappaltatore, per le prestazioni a questi affidate, l'obbligo (che invece nel testo previgente era riferito all'affidatario principale) di garantire gli stessi standard qualitativi e prestazionali previsti nel contratto di appalto;
- stabilire espressamente l'obbligo per il subappaltatore di riconoscere ai lavoratori un trattamento economico e normativo non inferiore a quello che avrebbe garantito il contraente principale, inclusa l'applicazione dei medesimi contratti collettivi nazionali di lavoro, qualora le attività oggetto di subappalto coincidano con quelle caratterizzanti l'oggetto dell'appalto ovvero riguardino le lavorazioni relative alla categoria prevalenti e siano incluse nell'oggetto sociale del contraente principale;
- mantenere la previsione che l'affidatario debba corrispondere i costi della sicurezza e della manodopera, relativi alle prestazioni affidate in subappalto, alle imprese subappaltatrici senza alcun ribasso;
- mantenere la previsione che l'affidatario sia solidalmente responsabile con il subappaltatore degli adempimenti, da parte di questo ultimo, degli obblighi di sicurezza previsti dalla normativa vigente;
- mantenere l'attribuzione alla stazione appaltante dei compiti di verifica circa l'effettiva applicazione della disposizione normativa.

La relazione illustrativa al d.l. 77/2021, che ha codificato l'attuale formulazione del comma 12 dell'articolo 119 del Codice dei contratti pubblici evidenzia che *«tale disposizione (rectius nuova formulazione del comma 14 dell'articolo 105 del d.lgs. 50/2016) si rende necessaria per garantire la tutela dei lavoratori dagli eccessivi ribassi applicati ai subappaltatori anche alla luce della soppressione della previsione che stabilisce un limite percentuale (20 per cento) al ribasso, resasi, a sua volta, necessaria per risolvere la procedura di infrazione sul punto la quale ritiene l'ordinamento interno non compatibile con le direttive europee laddove si prevede un limite prestabilito per legge per il ribasso d'asta»*.

L'Ispettorato Nazionale del Lavoro (Inl), con nota 1507 del 6 ottobre 2021, nel fornire indicazioni operative in merito alla novella normativa⁴³ ha precisato

⁴³ Articolo 119, comma 12, del Codice dei contratti pubblici «Il subappaltatore, per le prestazioni affidate in subappalto, deve garantire gli stessi standard qualitativi e prestazionali previsti nel contratto di appalto e riconoscere ai lavoratori un trattamento economico e normativo non inferiore a quello che avrebbe garantito il contraente principale. Il subappaltatore è tenuto ad applicare i medesimi contratti collettivi nazionali di lavoro del contraente principale, qualora le attività oggetto di subappalto coincidano con quelle caratterizzanti l'oggetto dell'appalto oppure riguardino le lavorazioni relative alle categorie prevalenti e siano incluse nell'oggetto sociale del

3. LA TUTELA DEI LAVORATORI NEL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

che «è stata introdotta una misura di garanzia per i lavoratori dipendenti del subappaltatore che svolgano determinate attività in ragione dell'appalto. Precisamente, le attività oggetto di subappalto devono essere ricomprese nell'oggetto dell'appalto, secondo quanto previsto nel capitolato e non essere, quindi, marginali o meramente accessorie rispetto all'opera o al servizio complessivamente appaltato, oppure far parte della categoria prevalente». Alla luce di ciò è espressamente riconosciuto dall'Inl che la norma assicura, al ricorrere delle condizioni ivi previste, ai lavoratori in questione, trattamenti economici e normativi non inferiori a quelli che avrebbe riconosciuto l'appaltatore/subappaltante al proprio personale dipendente in ragione del Ccnl dal medesimo applicato.

La nota dell'Ispettorato, che richiamava l'articolo 30, comma 4, del d.lgs. 50/2016 e attualmente contenuta all'articolo 11 del Codice dei contratti pubblici, così recita «Al personale impiegato nei lavori, servizi e forniture oggetto di appalti pubblici e concessioni è applicato il contratto collettivo nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni di lavoro stipulato dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e quelli il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto o della concessione svolta dall'impresa anche in maniera prevalente».

Sul tema dell'individuazione del contratto collettivo già l'Ispettorato Nazionale del Lavoro si era già espresso, precisando che per selezionare il contratto nazionale è necessario considerare l'oggetto dell'affidamento e non le tipologie di attività esercitate eventualmente dall'operatore economico, pur ribadendo che la scelta del contratto collettivo rientra nelle prerogative di organizzazione dell'imprenditore e nella libertà negoziale delle parti, con il limite, tuttavia, che esso risulti coerente con l'oggetto dell'appalto.

In sostanza l'articolo 30, comma 4 citato, nell'imporre l'applicazione al personale impiegato nel servizio oggetto di gara di un contratto collettivo di lavoro «strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto», intende riferirsi al contratto che meglio regola le prestazioni cui si riconnette la singola commessa pubblica e che dovranno essere rese dalla categoria dei lavoratori impiegati nell'espletamento del servizio, secondo un criterio di «prossimità contenutistica». Detta posizione è stata, autorevolmente suffragata dal Consiglio di Stato, nella Relazione al Codice dei contratti pubblici, in riferimento all'articolo 11, comma 1 si legge: «La norma dell'art. 30, comma 4, ha cambiato il punto di riferimento per la scelta del Ccnl applicabile: non più l'attività prevalente esercitata dall'impresa (come si è sempre sostenuto sulla base

contraente principale. L'affidatario corrisponde i costi della sicurezza e della manodopera, relativi alle prestazioni affidate in subappalto, alle imprese subappaltatrici senza alcun ribasso; la stazione appaltante, sentito il direttore dei lavori, il coordinatore della sicurezza in fase di esecuzione oppure il direttore dell'esecuzione, provvede alla verifica dell'effettiva applicazione della presente disposizione. L'affidatario è solidalmente responsabile con il subappaltatore degli adempimenti, da parte di quest'ultimo, degli obblighi di sicurezza previsti dalla normativa vigente».

dell'art. 2070 del cod. civ.), ma le prestazioni oggetto dell'appalto da eseguire. Inoltre, ha espressamente previsto il criterio di selezione del Ccnl da scegliere tra quelli stipulati dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale (i c.d. contratti leader)».

Occorre rimarcare che, se la scelta del contratto collettivo da applicare rientra, in via generale, nelle prerogative di organizzazione dell'imprenditore, la suddetta libertà di scelta non è, infatti, assoluta, ma incontra, come affermato dal Consiglio di Stato con sentenza n. 1406 del 25 febbraio 2020, *«il limite, logico e giuridico, della necessaria coerenza tra il contratto che in concreto si intende applicare (e in riferimento al quale si formula l'offerta di gara) e l'oggetto dell'appalto. Tanto all'evidente fine di garantire, con la generalizzata applicazione dei contratti collettivi, che il personale impiegato sia adeguatamente tutelato per la parte giuridica e percepisca una retribuzione proporzionata rispetto all'attività in concreto svolta ed, allo stesso tempo, sotto diverso profilo, la stessa corretta esecuzione delle prestazioni oggetto della commessa attraverso una vincolante connessione funzionale delle stesse con i profili professionali più appropriati».*

Viene, pertanto, in evidenza che, una volta individuato dall'affidatario, secondo i canoni sopra indicati, il contratto collettivo di riferimento applicato, il subappaltatore, qualora le attività oggetto di subappalto *«coincidano con quelle caratterizzanti l'oggetto dell'appalto ovvero riguardino le lavorazioni relative alle categorie prevalenti e siano incluse nell'oggetto sociale del contraente principale»* ha l'obbligo di riconoscere ai lavoratori un trattamento economico e normativo *«non inferiori a quelli che avrebbe riconosciuto l'appaltatore/subappaltante al proprio personale dipendente in ragione del Ccnl dal medesimo applicato non inferiore a quello che avrebbe garantito il contraente principale in relazione alle stesse attività lavorative».*

Il legislatore ha pertanto – prendendo a riferimento il Ccnl applicato dall'appaltatore, stante la formulazione dell'articolo 11 del Codice dei contratti pubblici e ripresa nel successivo articolo 57, corroborata dall'assunzione di uno specifico impegno di cui all'articolo 102 del Codice stesso – indicato un percorso definito, teso ad individuare il contratto collettivo da applicare ai lavoratori impiegati dal subappaltatore affinché si evitino pratiche di dumping contrattuale e si riconoscano, conseguentemente a questi, trattamenti normativi e retributivi proporzionati alle prestazioni subappaltate. La traccia fornita dalla norma per l'individuazione del pertinente Ccnl, che sarà applicato dal subappaltatore, risulta sufficientemente chiara e ben inserita nel solco seguito della giurisprudenza formatasi sul punto; le indicazioni fornite sono, peraltro, di fondamentale importanza in quanto la stazione appaltante ha l'onere di verificare il rispetto delle prescrizioni contenute al comma 12 dell'articolo 119 del Codice dei contratti pubblici. L'Inl nella nota 1507/2021 precisa infine *«laddove nell'ambito dell'attività di vigilanza si riscontrino, in relazione ai singoli istituti retributivi o normativi (es. ferie, permessi, orario di lavoro, disciplina delle tipologie contrattuali), condizioni inferiori rispetto a quelle previste dal Ccnl applicato dall'appaltatore, sia possibile adottare provvedimento di disposizione ex art. 14 d.lgs. n.*

3. LA TUTELA DEI LAVORATORI NEL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

124/2004 inteso a far adeguare il trattamento da corrispondere per tutto il periodo di impiego nell'esecuzione del subappalto» e cioè emettere un provvedimento con il quale si «ordina» al datore di lavoro di eliminare le irregolarità riscontrate entro un certo lasso temporale. Il comma 6, secondo capoverso, dell'articolo 119 del Codice dei contratti pubblici prevede che «L'aggiudicatario è responsabile in solido con il subappaltatore in relazione agli obblighi retributivi e contributivi, ai sensi dell'articolo 29 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276⁴⁴»; la nota dell'Inl espressamente precisa che «sui differenziali retributivi e contributivi non corrisposti si consolida il regime di responsabilità solidale, di cui agli artt. 29 d.lgs. n. 276/2003 e 1676 c.c., espressamente richiamato...»

Per meglio chiarire la portata della precisazione contenuta nella nota 1507/2021 si riporta quanto indicato dall'Inl in una precedente, comunicazione, la n. 422 del 17 gennaio 2020, ove si legge che le previsioni di cui all'art. 29, comma 2, del d.lgs. n. 276/2003 «non trovano applicazione in relazione ai contratti di appalto stipulati dalle pubbliche amministrazioni» come affermato dalla Corte di Cassazione nella sentenza n. 15432/2014 «ma tale esclusione non limita la tutela dei lavoratori dipendenti da imprese affidatarie di pubblici appalti, nel caso di inadempimento addebitabile all'appaltatore, poiché il lavoratore potrà comunque avvalersi della tutela civilistica di cui all'art. 1676 c.c. e quella di cui al Codice dei contratti pubblici»⁴⁵.

Si ricorda che, ai sensi del comma 7 dell'articolo 119 del Codice dei contratti pubblici «L'affidatario è tenuto ad osservare integralmente il trattamento economico e normativo stabilito dai contratti collettivi nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni secondo quanto previsto all'articolo 11. È, altresì, responsabile in solido dell'osservanza delle norme anzidette da parte dei subappaltatori nei confronti dei loro dipendenti per le prestazioni rese nell'ambito del subappalto nel rispetto di quanto previsto dal comma 12».

⁴⁴ Art. 29, secondo comma, d.lgs. 276/2003: «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 i premi 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».

⁴⁵ Art. 30 del d.lgs. 50/2016, 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 soggetti titolari di subappalti e cottimi di cui all'articolo 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, compresa, nei lavori, la cassa edile» e comma 6 «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 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».

Dall'analisi sopra effettuata si evince come, verosimilmente, anche grazie alle sollecitazioni intervenute e al contributo di parte sindacale, sia stata approvata una disciplina per il subappalto che, oltre a superare le criticità evidenziate nella richiamata procedura di infrazione comunitaria e in aderenza alle statuizioni della Corte di Giustizia dell'Unione europea intervenute nel tempo – garantisce, coinvolgendo le stazioni appaltanti e gli istituti di vigilanza preposti, un apprezzabile livello di tutele normative e retributive ai lavoratori impiegati dai subappaltatori. Viene, in rilievo come si sancisca la non sussistenza di una libertà incondizionata nell'applicare le discipline contrattuali collettive, tanto per il contraente principale, quanto per i subappaltatori, unitamente alla rilevanza assunta dal contratto collettivo applicato dal primo. Ove non si prevedessero forme di governo del fenomeno, si registrerebbero ricadute sulle offerte e, conseguentemente, distorsioni della concorrenza, in quanto costi del lavoro differenziati, in capo ai lavoratori utilizzati dal contraente principale e dal subappaltatore, stante la vigenza dei limiti di cui al comma 1 dell'articolo 119 del Codice dei contratti pubblici, potrebbero fare la differenza nella selezione della migliore offerta che tale sarebbe «formalmente», magari, in ragione dei ribassi connessi a compressioni di sorta del costo del lavoro.

Risulta necessario, a questo punto della trattazione, affrontare le questioni attinenti alle clausole sociali, previste negli appalti di servizi ad alta intensità di manodopera, con riferimento ai subappaltatori. Merita ricordare che le Linee guida n. 13 recanti «*La disciplina delle clausole sociali*», emanate dall'Autorità nazionale anticorruzione nel 2019, in vigenza dell'abrogato d.lgs. 50/2016 prima della novella del 2021, riportano, al paragrafo «*Ambito di applicazione*» e precisamente al punto 2.5 la seguente formulazione «*La clausola sociale, salvo diversa previsione della contrattazione collettiva, non si applica al personale utilizzato, nel contratto cessato, da parte delle imprese subappaltatrici*». Tale assunto va riferito ad una disciplina del subappalto profondamente diversa da quella oggi vigente e pertanto applicabile agli appalti di un dato momento storico.

A fronte delle disposizioni vigenti che impongono al subappaltatore l'applicazione, alle condizioni dettate nel richiamato comma 12, del medesimo contratto collettivo nazionale di lavoro utilizzato dal contraente principale per inquadrare i propri lavoratori, a parere di chi scrive, l'indicazione di Anac può – e forse più correttamente, deve – essere disattesa da parte delle stazioni appaltanti e considerarsi *tamquam non esset*.

Si ritiene che, un'applicazione delle previsioni contenute nelle Linee guida n. 13, comporterebbe una disapplicazione della normativa nazionale che ha, invece, definito le modalità attraverso le quali possano garantirsi le tutele normative e retributive ai lavoratori impiegati dai subappaltatori. Potrebbe, infatti, riscontrarsi, ove non si procedesse nel senso sopra indicato e considerato i limiti al subappalto inseriti al comma 1 del richiamato articolo 119, che una grande parte di lavoratori

3. LA TUTELA DEI LAVORATORI NEL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

impiegati negli appalti cessati, in teoria fino a poco meno della maggioranza, non potrebbe godere degli effetti della clausola sociale, prevista nella legge speciale di gara, solo perché il subentrante contraente principale è ricorso al subappalto. Si consumerebbe, nei fatti, una disparità di trattamento, a parere di chi scrive, non tollerabile dall'ordinamento e contrario, finanche, a principi di rango costituzionale. Le stazioni appaltanti dovrebbero, pertanto, precisare nella legge di gara che gli effetti della clausola sociale interesseranno, potenzialmente e in caso di identità quali-quantitativa di prestazioni, tutti i lavoratori impiegati nell'appalto cessato, indipendentemente dal fatto che le prestazioni siano svolte dal contraente principale o che siano state eseguite in forza di contratti di subappalto.

Si può concludere affermando che l'eliminazione del limite, generale e astratto, alla possibilità di ribassare i prezzi applicabili alle prestazioni subappaltate oltre il 20% rispetto ai prezzi risultanti dall'aggiudicazione ed avere introdotto l'obbligo, in capo al subappaltatore di:

- riconoscere ai lavoratori un trattamento economico e normativo non inferiore a quello che avrebbe garantito il contraente principale, che trova, a sua volta, il presupposto nel correlato obbligo dell'appaltatore principale di corrispondere alle imprese subappaltatrici costi della sicurezza e della manodopera, relativi alle prestazioni affidate in subappalto, senza alcun ribasso;
- applicare il contratto collettivo nazionale del lavoro utilizzato dallo stesso contraente principale con la condizione che le attività oggetto di subappalto coincidano con quelle caratterizzanti l'oggetto dell'appalto, ovvero riguardino le lavorazioni relative alle categorie prevalenti e siano incluse nell'oggetto sociale del contraente principale;

rafforza, per le ragioni prima esposte, le tutele dei lavoratori che devono, necessariamente, ricomprendere anche quelle afferenti all'applicazione delle clausole sociali, si sensi e per gli affetti di cui all'articolo 57 del Codice dei contratti pubblici. Ciò non può che essere positivamente valutato.

La responsabilità solidale nei confronti della stazione appaltante e la qualificazione del subappaltatore

Il comma 7 dell'articolo 119 del Codice dei contratti pubblici contiene un rilevante disposizione tesa ad assicurare la regolare esecuzione delle prestazioni eseguite dal subappaltatore, responsabilizzandolo; viene infatti codificato 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*». Il legislatore nazionale ha inteso utilizzare – opportunamente e coerentemente alla nuova disciplina che definisce il nuovo ruolo assunto dal subappaltatore, ad avviso di chi scrive – la prerogativa offerta dalla direttiva 2014/24/UE, articolo 71 comma 7, nella parte in cui prevede che «*Gli Stati membri possono prevedere disposizioni di diritto interno più rigorose in materia di responsabilità*».

Nella formulazione previgente al 2021, contenuta all'articolo 105 del d.lgs. 50/2016, invece, nei confronti della stazione appaltante il contraente principale era responsabile in via esclusiva (e rispondeva, dunque, anche dei fatti commessi dal subappaltatore). Si ricorda che in base all'art. 1292 del Codice civile, l'obbligazione è in solido quando più debitori sono obbligati tutti per la medesima prestazione, in modo che ciascuno può essere costretto all'adempimento per la totalità e l'adempimento da parte di uno libera gli altri.

La disposizione normativa contenuta nel comma 6 dell'articolo 119 del Codice dei contratti pubblici, letta in combinato disposto con la previsione contenuta al successivo comma 12 «*Il subappaltatore, per le prestazioni affidate in subappalto, deve garantire gli stessi standard qualitativi e prestazionali*», mira ad assicurare la qualità delle prestazioni eseguite in relazione ad un determinato appalto, ciò indipendentemente dal fatto che siano attività svolte dal contraente principale o dal subappaltatore. Viene pertanto attribuito un potere alla stazione appaltante di indubbio rilievo che tende a responsabilizzare il subappaltatore, il quale potrebbe essere, direttamente, chiamato dal committente pubblico, in forza di una disposizione di legge, a rispondere direttamente ad un soggetto, giuridicamente terzo nel rapporto contrattuale instaurato fra due parti private.

Si precisa infine, anche per corroborare il nuovo ruolo assunto dal subappaltatore nell'esecuzione delle prestazioni contrattuali, nei termini prima espressi, riferiti alla garanzia degli standard qualitativi e alla responsabilità solidale, che il comma 5 dell'articolo 119 del Codice dei contratti pubblici, dispone che la dichiarazione del subappaltatore – trasmessa alla stazione appaltante dall'affidatario, unitamente al deposito del contratto di subappalto – riguarda, oltre all'attestazione dell'assenza dei motivi di esclusione, di cui agli articoli 94 e 95 del Codice, anche il possesso da parte del medesimo subappaltatore dei requisiti speciali di cui agli articoli 100 e 103 del medesimo d.lgs. 36/2023.

Si ricorda che, ai sensi del comma 1 dell'art. 100 del Codice, i requisiti speciali riguardano:

- a) i requisiti di idoneità professionale;
- b) la capacità economica e finanziaria;
- c) le capacità tecniche e professionali;

può, con evidenza evincersi come, a livello normativo viene richiesto che il subappaltatore sia un operatore economico qualificato, in quanto, verosimilmente, solo la qualificazione da questi posseduta può considerarsi potenzialmente idonea ad assicurare la corretta esecuzione delle prestazioni a questi affidate dal contraente principale e di conseguenza essere chiamato, direttamente, a rispondere in ordine a quanto eseguito.

Da ultimo si evidenzia, a corollario delle argomentazioni sopra esposte circa il ruolo del subappaltatore nell'esecuzione delle prestazioni oggetto dell'appalto e la necessità di una valutazione piena da parte della stazione appaltante, che il

3. LA TUTELA DEI LAVORATORI NEL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

comma 5, nella parte in cui disciplina gli obblighi in capo all'appaltatore relativamente al deposito del contratto di subappalto espressamente recita: *«Il contratto di subappalto, corredato della documentazione tecnica, amministrativa e grafica direttamente derivata dagli atti del contratto affidato, indica puntualmente l'ambito operativo del subappalto sia in termini prestazionali che economici».*

Altre misure tese a garantire le retribuzioni, la regolarità contributiva e la sicurezza dei lavoratori impiegati dai subappaltatori

L'articolo 119 del Codice dei contratti pubblici, anche mediante rinvio all'articolo 11 dello stesso, mantiene la formulazione dell'originario articolo 105 del d.lgs. 163/2006 in relazione:

- al pagamento delle prestazioni rese nell'ambito dell'appalto o del subappalto, in quanto la stazione appaltante, prima di procedere, acquisisce d'ufficio il documento unico di regolarità contributiva in corso di validità relativo all'affidatario e a tutti i subappaltatori;
- all'intervento sostitutivo della stazione appaltante 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;
- al contrasto del lavoro sommerso e irregolare mediante acquisizione del documento unico di regolarità contributiva comprensivo della verifica della congruità della incidenza della mano d'opera relativa allo specifico contratto affidato;
- all'obbligo in capo al contraente principale di curare il coordinamento di tutti i subappaltatori operanti nel cantiere, al fine di assicurare la compatibilità e la coerenza di tutti i piani per la sicurezza redatti per eseguire le prestazioni;
- alla corresponsione dei costi della sicurezza e della manodopera, relativi alle prestazioni affidate in subappalto, alle imprese subappaltatrici senza alcun ribasso.

Il subappalto a cascata

La novità più rilevante della novellata disciplina del subappalto è il così detto subappalto a cascata, contenuta al comma 17 dell'articolo 119 del Codice dei contratti pubblici: *«Le stazioni appaltanti indicano nei documenti di gara le prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto che, pur subappaltabili, non possono formare oggetto di ulteriore subappalto, in ragione delle specifiche caratteristiche dell'appalto e dell'esigenza, tenuto conto della natura o della complessità delle prestazioni o delle lavorazioni da effettuare, di rafforzare il controllo delle attività di cantiere e più in generale dei luoghi di lavoro o di garantire una più intensa tutela delle condizioni di lavoro e della salute e sicurezza dei lavoratori oppure di prevenire il rischio di infiltrazioni criminali».*

Sotto questo profilo, il Codice dei contratti pubblici si è posto in assoluta controtendenza rispetto al previgente assetto normativo, in quanto con il comma 17 dell'art. 119 è stata completamente superata la previsione di cui all'art. 105, comma 19 del d.lgs. 50/2016, che invece, nella logica di arginare infiltrazioni della criminalità organizzata nella catena dell'appalto, poneva un divieto generale sul punto, disponendo che l'esecuzione delle prestazioni affidate in subappalto non poteva formare oggetto di ulteriore subappalto.

L'introduzione del subappalto a cascata deriva, come si è anticipato in precedenza da una espressa Lettera di costituzione in mora del 6 aprile 2022 in vigore del d.lgs. 50/2016 dopo l'intervento del legislatore del 2023 dove, sul punto, si legge: «...nonché dall'obbligo di rispettare i principi di proporzionalità e parità di trattamento di cui all'articolo 18, paragrafo 1, della direttiva 2014/24/UE, all'articolo 36, paragrafo 1, della direttiva 2014/25/UE e all'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2014/23/UE, risulta che gli Stati membri non possono imporre ai subappaltatori un divieto generale e universale di fare a loro volta ricorso ad altri subappaltatori. Questa conclusione è ulteriormente confermata dal fatto che, come spiegato nella sezione 1.3.A della presente lettera, le direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE non recano disposizioni che consentano di imporre un limite obbligatorio all'importo dei contratti pubblici che può essere subappaltato. Orbene, l'articolo 105, comma 19, del decreto legislativo 50/2016 vieta in modo generale e universale che le prestazioni subappaltate possano essere oggetto di ulteriore subappalto [...] Pertanto la Commissione conclude che l'articolo 105, comma 19, del decreto legislativo 50/2016 viola sia le disposizioni delle direttive menzionate nella sezione 1.3.A della presente lettera, sia le seguenti disposizioni: l'articolo 18, paragrafo 1, e l'articolo 71, paragrafo 5, quinto comma, della direttiva 2014/24/UE; l'articolo 36, paragrafo 1, e l'articolo 88, paragrafo 5, quinto comma, della direttiva 2014/25/UE; l'articolo 3, paragrafo 1, e l'articolo 42, paragrafo 3, quarto comma, della direttiva 2014/23/UE».

Il Consiglio di Stato, nella Relazione agli articoli e agli allegati al Codice ha precisato che il nuovo comma 17 tende a soddisfare le prescrizioni delle direttive Ue in ordine al divieto di limitazioni al ricorso al c.d. subappalto di subappalto fissate in maniera astratta, a prescindere dalla possibilità di verificare le capacità di eventuali subappaltatori e senza menzione del carattere essenziale degli incarichi. Le limitazioni, precisa il Consiglio di Stato, devono, pur nel rispetto necessario dei principi di trasparenza e di tutela del mercato del lavoro, essere dunque specifiche e motivate, concludendo che «si è ritenuto di non fare rinvio alla norma generale in materia di subappalto, di cui al comma 2 dello stesso articolo, ma di prevedere uno specifico comma – appunto il comma 17 – sia per l'esigenza di rispondere puntualmente alla procedura di infrazione in corso, sia per rendere più chiara la necessità di un'apposita previsione nei documenti di gara che, nel prevedere il subappalto, si occupi anche del subappalto da parte del subappaltatore».

La disposizione introdotta ha destato forti preoccupazioni sulla base del fatto che l'introduzione del c.d. subappalto a cascata, ossia la possibilità da parte del

3. LA TUTELA DEI LAVORATORI NEL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

subappaltatore di appaltare a sua volta a terzi le prestazioni che ha ricevuto a titolo di appalto, è idoneo a determinare un frazionamento della prestazione oggetto del contratto affidato tra più soggetti in modo verticale, e quindi, a cascata.

Occorre, tuttavia, evidenziare, che l'elisione del divieto generalizzato, stigmatizzato dall'Unione europea non comporta una automatica ed assoluta liberalizzazione del subappalto *a cascata*.

Il legislatore, infatti, ha risolto il problema ammettendo l'istituto del subappalto *a cascata* e relativizzando il divieto, attraverso la rimessione alla Stazione Appaltante, nell'ambito della sua discrezionalità, di indicare nei documenti di gara quali sono le prestazioni subappaltabili ma che non possono formare oggetto di un ulteriore subappalto.

Detto altrimenti, in mancanza di indicazioni nella *lex specialis*, deve ritenersi ammesso il subappalto *a cascata*.

Il divieto, ove apposto discrezionalmente, deve essere assistito da un onere motivazione che in base alla norma, può basarsi:

- sulle specifiche caratteristiche dell'appalto;
- sull'esigenza di rafforzare il controllo delle attività di cantiere e più in generale dei luoghi di lavoro, tenuto conto della natura o della complessità delle prestazioni da effettuare; sull'esigenza di tutelare le condizioni di lavoro e della salute e sicurezza dei lavoratori;
- sulla necessità di prevenire il rischio di infiltrazioni criminali.

Si evince, dunque, che, a fronte dell'ammissibilità del subappalto *a cascata*, la Stazione Appaltante possa derogare o, quanto meno, perimetrare il ricorso a tale istituto. Per tale motivo occorre verificare, da un lato l'apposizione del divieto del subappalto a cascata e ove ciò non fosse sancito nei documenti di gara è necessario attivare, durante l'esecuzione del contratto la concreta ed effettiva applicazione, da parte dei subappaltatori al personale utilizzato per eseguire le prestazioni, del contratto collettivo applicato dall'appaltatore principale, nonché ove le prestazioni fossero diverse, l'applicazione di un contratto collettivo rispettoso dell'articolo 11 del Codice dei contratti pubblici, sul quale si tratterà più approfonditamente nella parte dedicata alla tutela dei lavoratori.

Per concludere è certo che non solo le organizzazioni sindacali hanno mosso critiche all'estensione del subappalto a cascata, ma anche l'Autorità nazionale anticorruzione, il Presidente Busia, nell'audizione alla Camera dei Deputati del 8 giugno 2023 ha affermato «*Il nuovo Codice appalti – ha detto – ha eliminato il divieto del “subappalto a cascata”. Non possiamo dimenticare che tale istituto, per poter conservare una ragione economica, quasi sempre porta con sé, in ogni passaggio da un contraente a quello successivo, una progressiva riduzione del prezzo della prestazione. E questa necessariamente si scarica o sulla minore qualità delle opere, o sulle deteriori condizioni di lavoro del personale impiegato. Quando il ricorso al subappalto non è giustificato dalla specificità delle prestazioni da realizzare, mentre può risultare vantaggioso per il primo aggiudicatario, si rivela il più delle*

volte poco conveniente per la stazione appaltante, per i lavoratori e per le stesse imprese subappaltatrici, che vedono via via compressi i propri margini di profitto, rispetto a quanto avrebbero ottenuto come aggiudicatarie dirette».

Restano numerosi aspetti incerti, si allude, infatti, ad una valutazione del rischio di infiltrazioni criminali, oppure alla mancata procedimentalizzazione dei controlli sia in fase di autorizzazione che di esecuzione (primo fra tutti quello relativo alla c.d. «idoneità antimafia»); nonché alla possibilità o meno per lo stesso appaltatore principale di limitare il subappalto *a cascata* in assenza di divieti imposti dalla *lex specialis*.

Non risulta molto chiara neanche la quantità di livelli di subappalto a cascata consentiti, posto che, nelle prime disamine di questo istituto, si è unanimemente ritenuto che una catena di subappalti sia incompatibile con i controlli di qualità e sicurezza da espletare. Su questi e su altri aspetti critici, si auspica di avere risposta sia da parte della giurisprudenza che, ancora di più, del legislatore interno, confidando altresì che tutti gli interventi in tema di qualificazione delle stazioni appaltanti contribuiscano ad arginare fenomeni di generalizzazioni di ricorso all'istituto che comporterebbero un passaggio dal «divieto in astratto» alla «ammissibilità in astratto». Il tema vero su quale interrogarsi è se una suddivisione dell'esecuzione delle prestazioni possa essere o meno foriero di criticità nel perseguimento del fondamentale principio del risultato di cui all'articolo 1 del Codice dei contratti pubblici.

I contratti similari (o assimilati) al subappalto

Prima di chiudere la trattazione sul subappalto si ritiene utile fare un cenno ad una disposizione normativa, contenuta al comma 2, dell'articolo 119 del Codice dei Contratti che è stata oggetto delle più svariate interpretazioni, alcune delle quali si sono spinte fino ad elevare i riferimenti ivi contenuti a parametri necessari per determinare se una certa prestazione, eseguita da un soggetto diverso dal contraente principale, possa qualificarsi, o meno, come affidamento in subappalto. Il comma 2 definisce, in *primis* che il subappalto è il contratto con il quale l'appaltatore affida a terzi l'esecuzione di parte delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto, per poi affermare, «*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 della manodopera e del personale sia superiore al 50 per cento dell'importo del contratto da affidare*».

La citata disposizione normativa si limita ad indicare condizioni e presupposti affinché l'affidamento da parte del contraente principale di determinate attività ad altro operatore economico, che richiedono impiego di manodopera, siano da considerare equivalenti ai contratti di subappalto e, dunque, da sottoporre alla

3. LA TUTELA DEI LAVORATORI NEL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

medesima disciplina. In definitiva, con questa disposizione il legislatore considera subappalti dei subcontratti che tali non sarebbero, ma che lo diventano, per volontà *legis*. Nel premettere che la fattispecie indicata dalla norma in commento può verificarsi, per la quasi totalità dei casi, in contratti aventi ad oggetto lavori pubblici si evidenzia che un siffatto assoggettamento alle disposizioni del subappalto si verifica ove sussistenti – nell'affidamento specifico – cumulativamente, le due seguenti condizioni:

1. l'importo della fornitura in opera è singolarmente d'importo superiore al 2% dell'importo del contratto o sia comunque d'importo superiore a 100.000 euro;
2. qualora l'incidenza del costo della manodopera e del personale, per attività ovunque espletate, sia superiore al 50% dell'importo del contratto da affidare.

Prima di procedere con l'interpretazione della norma, tenendo a riferimento la definizione di subappalto riportata al richiamato primo capoverso del comma 2, risulta fondamentale – citando l'Ing. Pier Luigi Gianforte, Docente di appalti e contratti pubblici presso la Scuola Nazionale della Pubblica Amministrazione – definire *«un criterio distintivo, tecnicamente condiviso, in base al quale stabilire se la prestazione del sub affidamento sia qualificabile come lavoro o come fornitura, sottratta al regime del subappalto. La prestazione deve intendersi quale “fornitura” quando il bene ha una precisa destinazione d’uso (pannelli prefabbricati, serramenti, corpi illuminanti, ecc.) e la posa in opera svolta in cantiere consiste in un’attività puramente accessoria e strumentale (montaggio, saldatura, incollatura, assemblaggio, ecc.) che non modifica in alcun modo il bene ma è diretta solamente a consentirne l’utilizzo. La prestazione deve considerarsi “lavoro” (sempre soggetta a subappalto) quando l’attività lavorativa trasforma il bene in un’entità diversa, con destinazione d’uso o consistenza mutate rispetto a quelle originarie, (come, ad esempio, nel caso della fornitura in opera di mattoni e travi in ferro che, mediante l’attività lavorativa, divengono murature e strutture di un edificio)»*. L'esempio riportato è significativo, e porta a definire che l'attività svolta in cantiere – o nel luogo di esecuzione, se trattasi di appalti di servizi o forniture – è da qualificarsi subappalto, non al superamento di determinate soglie, ma ove la prestazione subaffidata risulti, o meno, ricompresa nell'oggetto dell'appalto e se l'esecuzione della prestazione subaffidata necessiti di un'attività ulteriore da espletarsi nel luogo di esecuzione.

Per esaustività si evidenzia che la giurisprudenza amministrativa ha fornito utili indicazioni tese a distinguere un contratto di subfornitura da un subappalto, propriamente inteso, senza mai ricorrere, opportunamente, ai parametri di cui al secondo capoverso del richiamato comma 2, precisando che *«con il subappalto l'appaltatore trasferisce a terzi l'esecuzione direttamente a favore della stazione appaltante di una parte delle prestazioni negoziali... al contrario, il contratto di subfornitura è una forma non paritetica di cooperazione imprenditoriale nella quale il ruolo del subfornitore (es. componentistica di beni complessi) si palesa solo sul piano interno del rapporto commerciale e di mercato tra le due imprese... In sostanza, mentre il subappaltatore assume di eseguire in tutto*

o in parte una prestazione dell'appaltatore (art. 1655 e ss. c.c.) a diretto beneficio del committente, il subfornitore si impegna a porre nella disponibilità dell'appaltatore un certo bene da inserire nella produzione dell'appaltatore»⁴⁶.

Quand'anche ve ne fosse necessità, è utile rilevare che ai sensi del comma 16 dell'articolo 119 del Codice dei contratti pubblici, oltre a prevedere il termine di trenta giorni per il rilascio, al contraente principale da parte della stazione appaltante, dell'autorizzazione al subappalto si legge «Per i subappalti o cottimi di importo inferiore al 2 per cento dell'importo delle prestazioni affidate o di importo inferiore a 100.000 euro, i termini per il rilascio dell'autorizzazione da parte della stazione appaltante sono ridotti della metà». Non servono ulteriori argomentazioni per affermare che i parametri indicati al secondo capoverso mirano, come sopra evidenziato, a rendere equivalenti al subappalto affidamenti che tali non sarebbero. La *ratio* della previsione, che amplia la disciplina del subappalto, è da ricercare in esigenze di mantenimento dell'ordine pubblico e, quindi, evitare che la criminalità organizzata entri nella catena dell'appalto oppure, più in generale, evitare che siano avvantaggiati operatori economici per i quali sussistono divieti di trattare con la pubblica amministrazione.

Le conseguenze in caso di subappalto non autorizzato

L'articolo 21, comma 1, della Legge 13 settembre 1982, n. 646, che detta disposizioni in materia di misure di prevenzione dei fenomeni di criminalità organizzata, prevede «Chiunque ... concede anche di fatto, in subappalto o a cottimo, in tutto o in parte, le opere stesse, senza l'autorizzazione dell'autorità competente, è punito con la reclusione da uno a cinque anni e con la multa non inferiore ad un terzo del valore dell'opera concessa in subappalto o a cottimo e non superiore ad un terzo del valore complessivo dell'opera ricevuta in appalto. Nei confronti del subappaltatore e dell'affidatario del cottimo si applica la pena della reclusione da uno a cinque anni e della multa pari ad un terzo del valore dell'opera ricevuta in subappalto o in cottimo. È data all'amministrazione appaltante la facoltà di chiedere la risoluzione del contratto».

Seppur la disciplina si riferisca espressamente a lavori si ritiene che in ipotesi di subappalto non autorizzato relativo a contratti di servizi o forniture, la stazione appaltante possa, quantomeno, risolvere l'appalto affidato al contraente principale.

Quello che viene in evidenza è l'importanza che riveste l'autorizzazione al subappalto rilasciata dalla stazione appaltante e le conseguenze di natura penale, in caso di assenza della stessa, che investono sia il contraente principale che il subappaltatore. Si ritiene che la disposizione, di rango penale, si applica anche nelle ipotesi di subappalto a cascato, non per estensione analogica, che non sarebbe ammessa dall'ordinamento, ma per il tenore letterale della disposizione sopra richiamata che si riferisce al subappalto come istituto generale.

⁴⁶ Consiglio di Stato, sez. III, Sentenza n. 6822 del 30 novembre 2018.

Conclusioni

Si reputa di avere fornito una disamina completa del subappalto e di avere affrontato tutte le questioni controverse, proponendo una carrellata delle vicende intercorse negli anni, del coinvolgimento delle istituzioni europee e della formulazione dell'articolo 119 del Codice dei contratti pubblici, che ripropone la disciplina del subappalto come modificata dal legislatore del 2021, con un approfondimento delle tematiche sociali che interessano, in particolare, i lavoratori utilizzati dal subappaltatore.

Finito di stampare
nel mese di giugno 2024
dalla Tipografia O.GRA.RO.
Vicolo dei Tabacchi 1 - Roma



Il nuovo Codice dei contratti pubblici, approvato con d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, in attuazione della legge delega 21 giugno 2022, n. 78, presenta profili innovativi.

Quanto ai contenuti, tra le principali novità vi è senza dubbio l'introduzione, nella prima parte del Codice, di undici principi generali, tra cui il principio di applicazione dei contratti collettivi nazionali di settore.

Quanto all'impostazione, il nuovo Codice non rinvia a ulteriori provvedimenti attuativi ed è immediatamente autoesecutivo. Fondamentale rilievo assumono gli Allegati al Codice (legislativi in prima applicazione, regolamentari a regime), destinati ad assorbire in gran parte le linee guida Anac e i regolamenti ancora vigenti. In questo rinnovato contesto, il volume *Appalti pubblici di servizi. La tutela delle lavoratrici e dei lavoratori nel Codice dei contratti pubblici* ha l'intento di fornire dei punti fermi non solo a chi opera nel settore ma, soprattutto, a tutti coloro che approcciano per la prima volta la materia dei contratti pubblici. A quasi un anno dalla pubblicazione del d.lgs. 36/2023, è necessario infatti fornire le indicazioni di contesto e gli indirizzi di base per comprendere e valutare il lavoro delle stazioni appaltanti. Al fine di compendiare i temi di maggiore interesse e rendere di facile consultazione il presente lavoro, sono stati descritti gli istituti con diversi livelli di approfondimento. Inoltre, tale lavoro ha l'obiettivo di fornire uno strumento con cui poter comprendere le ripercussioni che la disciplina dei contratti pubblici ha avuto e avrà nella tutela delle lavoratrici e dei lavoratori, considerato che oggi si avverte l'esigenza di rendere il funzionamento dei contratti pubblici più efficiente e trasparente possibile. Con riguardo al metodo, il volume è suddiviso in due parti:

- nella prima viene presentata, anche attraverso l'ausilio di schemi riassuntivi e di grafici, la disciplina dei contratti pubblici di servizi nei suoi fondamenti essenziali, con un focus dedicato alla nuova codificazione per principi; ci si soffermerà, altresì, sulle principali distinzioni tra vecchio (d.lgs. n. 50/2016) e nuovo Codice (d.lgs. n. 36/2023);
- nella seconda parte, invece, vengono approfondite le tematiche afferenti alla tutela del lavoro nei contratti pubblici e al subappalto, anche mediante l'analisi delle pronunce giurisprudenziali europee e nazionali di maggior rilievo, susseguitesì negli ultimi anni.

Con questo volume la Filcams Cgil vuole offrire un insieme organico e puntuale di informazioni di carattere legislativo e tecnico, elementi utili di conoscenza e strumenti di lavoro nel confronto negoziale con gli operatori del settore, per la tutela delle condizioni e dei diritti delle lavoratrici e dei lavoratori e nel sostegno alla contrattazione di anticipo nel complesso e articolato comparto degli appalti pubblici di servizi.

