

# codice dei contratti pubblici.

edizione 2018.

Riflessi applicativi nel settore  
della somministrazione di lavoro  
a favore della P.A.

realizzato in  
collaborazione con



BRUGNOLETTI & ASSOCIATI



Premessa .....	3
Premessa tecnica .....	4

## Capitolo I

La somministrazione di lavoro a favore della P.A. ....	7
1.1 Introduzione .....	8
1.2 La somministrazione di lavoro a favore della Pubblica Amministrazione: contesto normativo .....	9
1.3. Le prime novità del nuovo codice dei contratti pubblici, il D.Lgs. n. 50 del 2016. La “programmazione del fabbisogno”: la programmazione di lavoro temporaneo .....	14
1.4. Qualificazione e aggregazione delle Stazioni appaltanti .....	16
1.5. Il nuovo ruolo del RUP .....	18

## Capitolo II

L’avvio delle procedure di gara .....	19
2.1. Campo di applicazione del Codice nella somministrazione di lavoro alla Pubblica Amministrazione: tra “vecchio e nuovo”, dall’all. II B del D.Lgs. n. 163/2006 all’all. IX del D.Lgs. n. 50/2016) .....	20
2.2. Soglie comunitarie e criteri di calcolo del valore del contratto .....	25
2.3. Le procedure .....	26
2.3.1. Gli affidamenti sottosoglia .....	27
2.3.2. Procedure di aggiudicazione ordinarie .....	32
2.3.3. L’affidamento dei servizi sociali e dei servizi specifici dell’allegato IX .....	34
2.4. Requisiti di partecipazione .....	35
2.4.1. L’avalimento .....	45

## Capitolo III

Lo svolgimento delle procedure di gara .....	47
3.1. I criteri di aggiudicazione: prezzo più basso ed offerta economicamente più vantaggiosa. Focus: il criterio di aggiudicazione all’offerta economicamente più vantaggiosa quale unico criterio utilizzabile nelle procedure per l’affidamento di contratti “ad alta intensità di manodopera” .....	48
3.2. La valutazione dell’anomalia dell’offerta .....	51
3.3. Art. 29: gli adempimenti di pubblicità e trasparenza .....	55

## Capitolo IV

La fase dell’esecuzione del contratto .....	57
4.1. L’esecuzione del contratto .....	58
4.2. La modifica dei contratti durante il periodo di efficacia .....	62
4.3. La sospensione .....	67
4.4. Sulla risoluzione .....	68
4.5. Il recesso .....	69

## Capitolo V

I rimedi giurisdizionali e le alternative dispute resolution .....	71
5.1. I ricorsi giurisdizionali: la riforma dell’art. 120 del C.p.a .....	72
5.2. I rimedi alternativi alla tutela giurisdizionale .....	73
5.3. Il ruolo dell’ANAC .....	75

## Capitolo VI

Appalto e somministrazione due modelli contrattuali ontologicamente diversi .....	77
6.1. Caratteristiche dei due contratti e gli appalti non genuini (la sentenza del Consiglio di Stato n. 1571 del 12 marzo 2018) .....	78

## Premessa.

Il recepimento e la promozione degli interessi sia dei clienti che dei lavoratori è da sempre in Randstad un punto focale per la creazione di un valore condiviso. È, infatti, proprio la connessione umana che costituisce una parte fondamentale del nostro business e che ci consente di aiutare le persone e le organizzazioni a realizzare il proprio potenziale.

In quest'ottica di costante attenzione verso tutti i nostri stakeholder, la presente pubblicazione, giunta alla sua seconda edizione, è rivolta agli attori della PA.

Essa è stata pensata per intercettare la crescente necessità dell'uso di forme di lavoro flessibile nella Pubblica Amministrazione e il conseguente ricorso allo strumento della somministrazione di lavoro anche nel comparto pubblico, considerato l'attuale contesto occupazionale e le esigenze organizzative delle Amministrazioni.

Il volume illustra lo scenario normativo e operativo delineatosi dopo l'emanazione del nuovo Codice dei contratti pubblici, in particolare a seguito dell'intervento "correttivo" del 2017, delle linee guida dell'ANAC e del ruolo rilevante ricoperto dalla giurisprudenza amministrativa attraverso le prime pronunce interpretative.

Buona lettura.

Marco Ceresa  
Amministratore Delegato Randstad Italia

## Premessa tecnica.

La seconda edizione del presente lavoro cade esattamente a due anni dall'entrata in vigore del nuovo codice dei contratti pubblici. Un tempo congruo per fare le prime considerazioni con una certa storicità di applicazione alle spalle; anche alla luce dei provvedimenti attuativi e soprattutto delle prime indicazioni provenienti dalla giurisprudenza.

Il primo dato da mettere in rilievo è il fatto che, in questi primi due anni, è cresciuta la consapevolezza da parte di tutti gli operatori, sia pubblici che privati, che la riforma sugli appalti avviata in Europa con le Direttive del 2014 sia stata per molti aspetti veramente "epocale"; che abbia davvero "rotto" con la precedente impostazione (durata oltre un secolo), più rigida e formale. Si sta facendo sempre più matura la consapevolezza che la Pubblica Amministrazione, avviando una gara, debba perseguire interessi che vanno ben oltre il perimetro del contratto che andrà a stipulare e che l'"acquisto" non sia limitato al momento della gara, comprendendo anche i fondamentali segmenti della programmazione e della gestione del contratto.

Dell'ultimo periodo si possono sinteticamente sottolineare tre momenti.

a) L'intervento del legislatore del maggio 2017 con il "Correttivo" al codice, con cui sono stati risolti snodi e criticità del processo di gara emersi durante il primo anno di applicazione del d.lgs. 50/2016.

Tra i tanti interventi del Correttivo devono esserne sottolineati almeno due: per un verso la rafforzata attenzione al "lavoro" (in linea con uno dei principi cardini delle direttive), onerando le stazioni appaltanti di verificare con attenzione il costo della manodopera allorché bandiscono una gara ed obbligando le imprese ad indicare in offerta il proprio costo del lavoro; per l'altro la rafforzata attenzione alla "qualità" delle offerte, ponendo il limite massimo di valorizzazione del prezzo, ora non più alto del 30% del punteggio complessivo, nel criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, che quindi deve essere orientata più alla qualità ed alla innovazione, che al mero risparmio economico.

b) Un secondo fatto da sottolineare è rappresentato dagli (ampiamente attesi) interventi dell'Autorità Anticorruzione, delegata dal

legislatore a diffondere “Linee Guida” sulle parti più “sensibili” del codice, sì da dare sostanza alla scelta del metodo del soft low, in luogo dei precedenti “rigidi” regolamenti.

Tra i tanti interventi (ANAC ha dovuto anche “rieditare” alcune Linee Guida già emanate per adeguarle al “Correttivo”), qualche perplessità l’hanno destinate le Linee Guida n. 6, in vigore da novembre 2017, sulla “professionalità delle imprese”, elemento da apprezzare ai fini dell’accesso in gara a mente dell’art. 80, comma 5 lett. c), del codice: ANAC, con detta linea guida ha elencato una serie di circostanze che “incidono” sulla moralità e sulla professionalità dell’impresa che, come tali, sono rilevanti per la sua esclusione dalla gara. Ebbene, l’elenco è assai ampio e, se non rigorosamente valutato dalle singole Stazioni appaltanti, potrebbe condurre a provvedimenti evidentemente ingiusti. Basti porre l’attenzione sulla rilevanza che ANAC ha dato delle “penali” accumulate durante l’esecuzione di un singolo contratto: l’1% (importo raggiungibile sommando tutte le penali ricevute per un singolo contratto) indicato da ANAC, come valore rilevante ai fini della decisione della possibile espulsione dalla gara, soprattutto nei contratti di minore entità, mette a rischio molti operatori economici.

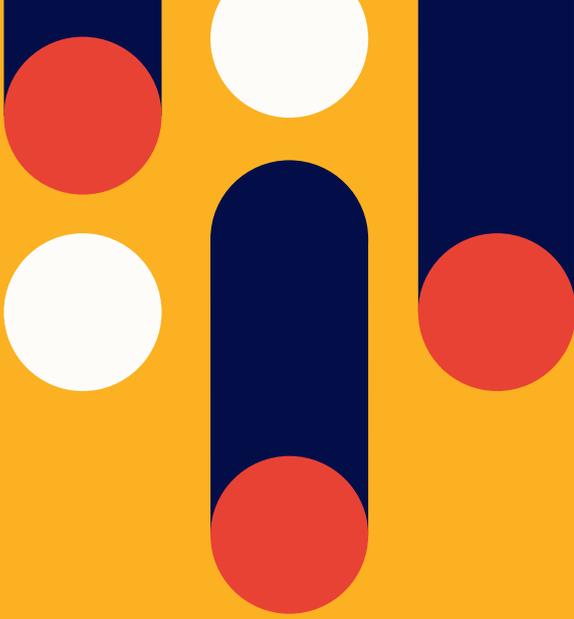
c) Il terzo elemento che si sottolinea è infine rappresentato dagli interventi della giurisprudenza amministrativa; che, soprattutto con le pronunce “di sistema” del Consiglio di Stato, ha contribuito in modo sostanziale ad interpretare le norme del codice, non più secondo una rigida (e sterile) formalità, quanto in relazione ai principi generali che sovrintendono la conduzione della gara.

Qui si segnalano due importanti pronunce del Consiglio di Stato, anche perché Randstad Italia, promotrice di questo libro, ha avuto il merito di sollecitare essendo parte attiva nei relativi giudizi.

Con la prima (Consiglio di Stato, Sez. III, del 2 maggio 2017 n. 2014) i Giudici di Palazzo Spada, offrendo un’indicazione valevole per tutti gli appalti in cui è presente un’alta intensità di manodopera, hanno finalmente dipanato il rapporto tra i due criteri di aggiudicazione (prezzo più basso e rapporto prezzo/qualità), scongiurando interpretazioni errate dell’art. 95 del codice, generate anche a causa di una non felicissima tecnica lessicale normativa: in detta pronuncia è stata ribadita la prevalenza del criterio prezzo/qualità, che, soprattutto in presenza di una forte componente della manodopera, non può trovare alcuna eccezione.

Nella seconda sentenza (Consiglio di Stato, Sez. III, del 12 marzo 2018 n. 1571) è stata invece marcata la differenza tra appalto di servizi e somministrazione di lavoro, offrendo (soprattutto agli Enti del SSN) gli elementi per valutare se utilizzare lo strumento contrattuale dell'appalto ovvero utilizzare la somministrazione di personale; evitando di incappare in atti non solo illegittimi, ma anche illeciti vista la sanzione penale posta da una norma non abrogata del decreto Biagi.

Il taglio di questo volume, al pari della prima edizione, è volutamente pratico al fine di offrire a tutti gli operatori uno strumento utile per la propria attività quotidiana.



## capitolo I

la somministrazione di lavoro  
in favore della P.A.

## 1.1 Introduzione.

L'utilizzo di forme di lavoro flessibile da parte della Pubblica Amministrazione nasce dall'esigenza di rispettare i vincoli sempre più stringenti imposti dalle varie manovre in tema di spending review, che hanno sempre più limitato il ricorso alla forma tipica di occupazione<sup>1</sup>: la finalità della "somministrazione del lavoro temporaneo" nella Pubblica Amministrazione è soprattutto quella di assicurare una rapida acquisizione di risorse umane già formate.

Nella Pubblica Amministrazione il contratto di somministrazione svolge anche un ruolo importante nell'arginare il fenomeno del "preariato".

L'esigenza di assicurare risorse umane durante i "picchi" di lavoro, nonché quella di scongiurare la psicologica attesa del "posto fisso", sono state sempre il faro degli interventi legislativi: dal "Pacchetto Treu" del 1997<sup>2</sup>, alla "Riforma Biagi" del 2003<sup>3</sup>.

L'adozione della direttiva 2008/104/CE sul lavoro interinale, con il dichiarato fine di promuovere il completamento del mercato interno attraverso un miglioramento della vita e delle condizioni dei lavoratori nella Comunità Europea<sup>4</sup>, ha dato avvio a una generale opera di riforma dei rapporti di lavoro con una serie di interventi ricognitivi e semplificativi noti come "jobs act"<sup>5</sup>.

La normativa italiana ha fatto la sua parte tentando sempre di bilan-

---

1 - La forma tipica di occupazione rimane il "contratto di lavoro subordinato stipulato" con il lavoratore selezionato attraverso procedure concorsuali, in base a quanto stabilito dagli artt. 35 e 36 del D.Lgs. n. 165/2001 e dall'art. 97 della Costituzione.

2 - Legge n. 196/1997.

3 - D.lgs. n. 276/2003.

4 - Considerando n. 11 della direttiva 2008/104/CE.

5 - Il D.Lgs. n. 24/2012, che attua la direttiva europea 2008/104/CE e apporta modifiche al D.Lgs. n. 276/2003. Il D.L. 20 marzo 2014, n. 34, convertito in legge 16 maggio 2014, n. 78, costituisce una prima parte della riforma del lavoro. Legge 10 dicembre 2014, n. 183, a norma dell'art. 1, comma 7: "Allo scopo di rafforzare le opportunità di ingresso nel mondo del lavoro da parte di coloro che sono in cerca di occupazione, nonché di riordinare i contratti di lavoro vigenti per renderli maggiormente coerenti con le attuali esigenze del contesto occupazionale e produttivo e di rendere più efficiente l'attività ispettiva, il Governo è delegato ad adottare, su proposta del Ministro del Lavoro e delle Politiche Sociali, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente Legge, uno o più decreti legislativi, di cui uno recante un testo organico semplificato delle discipline delle tipologie contrattuali e dei rapporti di lavoro"; Decreto legislativo 4 marzo 2015, n. 22; Decreto legislativo 4 marzo 2015, n. 23; Decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81; Decreto legislativo 14 settembre 2015, n. 148; Decreto legislativo 14 settembre 2015, n. 149; Decreto legislativo 14 settembre 2015, n. 150; Decreto legislativo 14 settembre 2015, n. 151.

ciare le esigenze dei lavoratori e delle imprese e, con riguardo alla Pubblica Amministrazione, il principio costituzionale dell'accesso ai pubblici uffici mediante concorso pubblico.

Nel comparto pubblico la somministrazione di lavoro a tempo determinato ha all'inizio "patito" la difficoltà nell'applicazione di una disciplina prevalentemente pensata per il settore privato; tuttavia lo strumento del lavoro interinale nel mondo della Pubblica Amministrazione, anche alla luce di quanto accennato in merito ai vincoli economici sempre crescenti in capo a quest'ultima, è divenuto lo strumento contrattuale maggiormente idoneo a contemperare le esigenze occupazionali e di personale, con quelle di temporaneità della propria programmazione (e delle conseguenti ricadute in termini di impiego), che ad oggi connota il sistema interno delle Amministrazioni.

## 1.2 La somministrazione di lavoro a favore della Pubblica Amministrazione: contesto normativo.

La disciplina originariamente contenuta nella riforma firmata dal noto giuslavorista Biagi, il D.Lgs. n. 276/2003, è stata sostituita dalla recente riforma sul mercato del lavoro conosciuta come "Jobs Act", il D.Lgs. n. 81/2015: per quanto qui interessa dal capo IV del decreto legislativo n. 81/2015<sup>6</sup>, che va letto in combinato disposto con il D.Lgs. n. 165/2001 recante "Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle Amministrazioni Pubbliche".

Nel Jobs Act si introduce per la prima volta una nozione unitaria di contratto di "somministrazione di lavoro", definito come il contratto a tempo indeterminato o determinato, con il quale un'Agenzia per il Lavoro autorizzata mette a disposizione di un utilizzatore uno o più lavoratori, i quali, per tutta la durata della missione, sono inseriti nella struttura organizzativa dell'Amministrazione utilizzatrice svolgendo la propria attività nell'interesse di questi e sotto la direzione e il controllo dell'utilizzatore<sup>7</sup>.

Il legislatore del Jobs Act ha riassunto e concentrato la definizione del contratto, senza tuttavia modificare i connotati della fattispecie,

---

6 - D.Lgs. n. 81/2015 "Disciplina organica dei contratti di lavoro e revisione della normativa in tema di mansioni, a norma dell'articolo 1, comma 7, della legge 10 dicembre 2014, n. 183".

7 - Art. 30, D.Lgs., n. 81/2015.

che continua a coinvolgere tre diversi soggetti: il somministratore, l'utilizzatore ed il lavoratore.

Il rapporto resta quindi regolato da due distinti contratti:

- un contratto di lavoro stipulato tra il somministratore ed il lavoratore;
- un contratto di somministrazione, stipulato tra l'utilizzatore e il somministratore di natura tipicamente commerciale di prestazioni di servizi il cui oggetto è costituito dalla fornitura di prestazioni lavorative<sup>8</sup>.

Non ritroviamo nella definizione nazionale di cui all'art. 30 del D.Lgs. n. 81/2015 il requisito della "temporaneità" che caratterizza l'istituto previsto dalla direttiva 2008/104/CE con riferimento alle definizioni sia di "Agenzia interinale", sia di "impresa utilizzatrice" che di "missione"<sup>9</sup>.

La definizione europea di lavoro tramite Agenzia interinale, infatti, ruota intorno al concetto di "temporaneità", nel senso che l'invio in missione di un lavoratore tramite Agenzia presso un'impresa, o presso la Pubblica Amministrazione, deve essere temporaneo e quindi la reiterazione illimitata, potrebbe integrare gli estremi dell'abuso di questo strumento.

Il D.Lgs. n. 81/2015 invece, non solo non contiene alcun riferimento alla temporaneità, ma consentirebbe la reiterazione di contratti di somministrazione di lavoro a tempo determinato anche senza soluzione di continuità. Infatti, ai sensi dell'art. 34, comma 2, il termine inizialmente posto al contratto di lavoro tra somministratore e lavoratore "può in ogni caso essere prorogato, con il consenso del lavoratore e per atto scritto, nei casi e per la durata previsti dal contratto collettivo del somministratore": il periodo massimo di 36 mesi costituisce un limite alla stipulazione di contratti a tempo determinato e non – invece – al ricorso alla somministrazione di lavoro e pertanto all'Agenzia è concessa la possibilità di rinnovare ripetute volte contratti a termine con il medesimo lavoratore. È di tutta evidenza che la reiterazione dei contratti di

---

8 - La Pubblica Amministrazione che fruisce del lavoratore non assume la veste di datore di lavoro, bensì di "utilizzatore".

9 - L'art. 3, lett. e), Dir. 2008/104/CE definisce "missione" come "il periodo durante il quale il lavoratore tramite Agenzia interinale è messo a disposizione di un'impresa utilizzatrice affinché preli temporaneamente la propria opera sotto il controllo e la direzione della stessa".

somministrazione di lavoro a tempo determinato tra lo stesso lavoratore, la stessa Agenzia per il lavoro e lo stesso utilizzatore non solo non è vietata, ma è invece pacificamente ammessa.

Una delle novità più rilevanti è quella contenuta nell'ultimo periodo del comma 1 dell'art. 31, ove si prevede che "possono essere somministrati a tempo indeterminato solo i lavoratori assunti dal somministratore a tempo indeterminato". La previsione ha certamente la finalità di controbilanciare la totale liberalizzazione della stipula di contratti di somministrazione a tempo determinato.

L'incentivo del legislatore italiano all'utilizzo di tale forma di lavoro flessibile si evince sia dall'assoggettamento a soli (eventuali) limiti quantitativi sia dall'eliminazione di limiti qualitativi.

A differenza del sistema previgente, le nuove disposizioni non contengono un'elencazione tassativa dei casi in cui è, oggi, possibile ricorrere alla somministrazione di lavoro a tempo indeterminato ed è stata anche eliminata la lett. c) dell'art. 21, del D.Lgs. n. 276/2003, relativa all'indicazione dei "casi" e delle "ragioni di carattere tecnico, organizzativo e sostitutivo" che consentivano di ricorrere alla somministrazione a tempo determinato.

Per quanto riguarda i limiti quantitativi, è stata introdotta quale condizione di liceità, derogabile dai contratti collettivi nazionali o aziendali, la clausola di contingentamento in base alla quale i lavoratori somministrati con contratto di somministrazione di lavoro a tempo indeterminato non possono eccedere il 20% del numero dei lavoratori a tempo indeterminato in forza presso l'utilizzatore.

Per il contratto di somministrazione a tempo determinato nel settore privato non c'è alcun limite di contingentamento (ovverosia la condizione di proporzionalità tra il numero di lavoratori assunti dall'utilizzatore e quelli che possono essere impiegati mediante contratto di somministrazione), rimesso alla totale libertà della contrattazione collettiva.

Potrebbero, in generale, sollevarsi dubbi di compatibilità della normativa italiana con quella pensata dal legislatore Europeo, ma, come anticipato, la Pubblica Amministrazione sconta una disciplina peculiare e sostanzialmente più coerente alle indicazioni europee. Dapprima, con l'art. 20, comma 3, lett. i-bis) del D.Lgs. n. 276/2003 si è prevista l'ammissibilità della somministrazione a tempo indeterminato "in tutti i settori produttivi, pubblici e privati, per l'esecuzione di servizi di cura e assistenza alla persona e di sostegno alla fami-

glia”; il D.Lgs. n. 81/2015 ne ha previsto, invece, il divieto assoluto. Ai sensi dell’art. 31, comma 4, del D.Lgs. n. 81/2015 la Pubblica Amministrazione può utilizzare esclusivamente contratti di somministrazione di lavoro a tempo determinato, nel rispetto delle procedure di evidenza Pubblica per la scelta del contraente (l’Agenzia per il lavoro).

Il secondo comma del medesimo articolo rinvia alla contrattazione collettiva la fissazione di limiti quantitativi di contingentamento. È in ogni caso esente da limiti quantitativi la somministrazione a tempo determinato, relativamente ai lavoratori in mobilità, ai soggetti disoccupati che percepiscono trattamenti di disoccupazione non agricola da meno di 6 mesi, ai soggetti percettori di ammortizzatori sociali da almeno 6 mesi e ai lavoratori svantaggiati o molto svantaggiati (di cui al Reg. CE n. 800/2008).

Sebbene sia pacificamente ammessa la possibilità di reiterare contratti di somministrazione a tempo determinato, gli unici peraltro consentiti alla P.A., l’art. 36 del D.Lgs. n. 165 del 2001 conserva per le Pubbliche Amministrazioni una “causale” specifica: la **temporaneità** o **eccezionalità** dell’esigenza.

Resta fermo anche l’ulteriore limite di carattere qualitativo dettato dall’art. 36, comma 2, del D.Lgs. n. 165/2001, in base al quale è escluso che si possa ricorrere alla somministrazione di lavoro per l’esercizio di funzioni direttive e dirigenziali.

Al riguardo è necessario fare riferimento a quanto sancito nell’art. 28 della nostra Costituzione<sup>10</sup>. Anche una oramai consolidata giurisprudenza ritiene che la responsabilità diretta della Pubblica Amministrazione sia assicurata dal rapporto di “immedesimazione organica” che intercorre fra il soggetto apicale e la propria Amministrazione: il funzionario o dirigente esercita la funzione Pubblica manifestando all’esterno la volontà della Pubblica Amministrazione. Invero l’inquadramento del personale nel settore pubblico vede diverse figure che, pur inquadrate come dirigenti, non svolgono funzioni dirigenziali ai sensi dell’art. 16 e 17 del D.Lgs. n. 165/2001 (ad es. dirigenza medica). In questo caso sarebbe necessario un ulteriore aggiornamento normativo, al fine di prevedere dei divieti solo nel caso in cui il soggetto non rivesta unicamente una carica

---

10 - Art. 28 Cost.: “I funzionari e i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili, secondo le leggi penali, civili e amministrative, degli atti compiuti in violazione di diritti. In tali casi la responsabilità civile si estende allo Stato e agli enti pubblici”.

formale nominalmente riconducibile ad un ruolo dirigenziale, bensì sia effettivamente preposto all'esercizio di una Pubblica funzione. Una riflessione merita il nuovo art. 35, comma 2, del D.Lgs. n. 81/2015, in forza del quale l'utilizzatore (per quanto qui interessa la Pubblica Amministrazione) e il somministratore (l'Agenzia per il lavoro) sono solidalmente responsabili per il pagamento dei trattamenti retributivi e per il versamento dei contributi previdenziali in favore dei lavoratori, salvo il diritto di rivalsa nei confronti del somministratore.

Si tratta di una novità rispetto al sistema precedente, nel quale l'obbligazione solidale dell'utilizzatore era residuale, cioè scattava solo in caso di inadempimento del somministratore. Allo stato attuale il lavoratore potrà rivolgersi indifferentemente ad entrambi i propri "referenti" (il datore di lavoro in senso formale e utilizzatore nei confronti del quale, in concreto, egli presta il proprio servizio) per ottenere il versamento della propria retribuzione e dei contributi previdenziali maturati.

L'ultima considerazione di natura generale relativa alla nuova disciplina in materia di somministrazione di personale introdotta dal D.Lgs. n. 81/2015 riguarda l'apparato sanzionatorio previsto dall'art. 38 di questa norma, il quale conferma l'inapplicabilità alle Pubbliche Amministrazioni, in caso di somministrazione irregolare, della conversione del contratto tra somministratore e lavoratore in contratto tra lavoratore e utilizzatore, impedendo quindi che il rapporto da mediato (attraverso la figura intermedia dell'Agenzia per il lavoro), diventi diretto (tra lavoratore ed Amministrazione): la disposizione si inserisce nel sistema sopra delineato per cui la somministrazione del personale è ammessa per l'Amministrazione Pubblica nei soli casi in cui vi sia un'esigenza straordinaria e temporanea, restando ferma – in tutti gli altri casi – la disciplina ordinaria dell'assunzione nei ruoli dell'Amministrazione unicamente mediante una Pubblica selezione ai sensi del D.Lgs. n. 165/2001.

### 1.3. Le prime novità del nuovo codice dei contratti pubblici, il D.Lgs. n. 50 del 2016.

#### La “programmazione del fabbisogno”: la programmazione di lavoro temporaneo.

Come anticipato, il requisito della “temporaneità” costituisce una condizione specifica per la Pubblica Amministrazione ai sensi del D.Lgs. n. 165/2001 (Testo Unico sul Pubblico Impiego), in base al quale il ricorso al lavoro flessibile è ammesso esclusivamente per rispondere ad esigenze di carattere temporaneo o eccezionale. Per le esigenze connesse al proprio fabbisogno ordinario le Pubbliche Amministrazioni possono assumere esclusivamente con contratti di lavoro subordinato.

La prima novità del D.Lgs. n. 50/2016<sup>11</sup> riguarda proprio l’attenzione riservata dal legislatore alla fase precedente alla gara e cioè quella di individuazione del fabbisogno che sta alla base delle scelte di acquisto da parte dell’Amministrazione.

L’attenzione alla fase preparatoria ha iniziato ad essere avvertita con maggior forza contestualmente alla spinta data dal medesimo legislatore all’aggregazione della domanda Pubblica: la centralizzazione delle gare in capo a pochi soggetti ha fatto sì che la determinazione esatta del fabbisogno della singola Amministrazione assumesse un ruolo ancora più determinante, in quanto in molte ipotesi non sarà poi essa stessa ad esperire anche la gara, bensì un soggetto (esterno) a ciò deputato, che possa esperirla sulla base di tutti i fabbisogni individuati a monte dall’Amministrazione destinataria finale della prestazione.

Il d. lgs. 50/2016 si inserisce su questa linea, e invita le singole Amministrazioni ad effettuare una seria ed approfondita verifica delle proprie esigenze, funzionale all’indizione di una gara adeguata alle proprie necessità.

L’obbligo della programmazione biennale per i servizi e forniture è stato introdotto dall’art. 1, comma 505, l. 208/2015 (legge di stabili-

---

11 - Emanato in attuazione delle direttive Europee: 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 e 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.

tà 2016), “al fine di favorire la trasparenza, l’efficienza e la funzionalità dell’azione amministrativa”, limitatamente agli “acquisti di beni e servizi di importo unitario stimato superiore a 1 milione di euro” e l’art. 21 del nuovo Codice, dedicato al programma delle acquisizioni delle stazioni appaltanti, abbassa drasticamente tale soglia prevedendo “il programma biennale di forniture e servizi e i relativi aggiornamenti annuali contengono gli acquisti di beni e servizi di importo unitario stimato pari o superiore a 40.000 euro”.

Pertanto le Amministrazioni Pubbliche devono rappresentare in sede di programmazione sia il fabbisogno temporaneo, sia quello eccezionale, in quanto la regola generale impone che le acquisizioni non comprese nella programmazione e nei suoi aggiornamenti non possano ricevere alcuna forma di finanziamento.

La finalità perseguita dal legislatore in materia di predeterminazione del proprio fabbisogno, e della relativa programmazione, deve indubbiamente essere temperata con le esigenze di imprevedibilità ed eccezionalità che, come anticipato, costituiscono la “condizione” specifica che legittima il ricorso alla somministrazione di lavoro temporaneo per le Pubbliche Amministrazioni.

Affinché la normativa in materia di programmazione possa considerarsi compatibile con l’eccezionalità che connota il ricorso alla somministrazione di personale, deve innanzitutto rilevarsi che è comunque prevista la possibilità di effettuare degli aggiornamenti annuali alla programmazione (che, per i servizi e le forniture si snoda su un arco temporale di due anni) per inserire i fabbisogni sopravvenuti di personale; in questo modo, eventuali esigenze di personale sopravvenute all’approvazione della programmazione biennale possono comunque essere finanziate attraverso gli aggiornamenti annuali. Tuttavia, nelle ipotesi in cui l’eccezionalità dell’esigenza è tale da non risultare compatibile né con i tempi della programmazione biennale né con quelli dell’aggiornamento annuale, debbono comunque considerarsi salve le acquisizioni imposte da eventi imprevedibili o dipendenti da sopravvenute disposizioni di legge, mediante gli affidamenti “d’urgenza” comunque previsti dal Codice; diversamente, ci sarebbe una contraddittorietà logica e pratica tra l’esigenza di programmazione e l’imprevedibilità dell’evento eccezionale, quale causale specifica di ricorso alla somministrazione di lavoro valida per le Pubbliche Amministrazioni.

## 1.4. Qualificazione e aggregazione delle Stazioni appaltanti.

Il nuovo sistema di centralizzazione e qualificazione delle stazioni appaltanti di cui agli articoli 37 e 38 è indubbiamente una delle novità di maggior rilievo.

Cambia interamente il modello delle gare, poiché l'ambito entro cui ciascuna Amministrazione può svolgere funzioni di stazione appaltante viene circoscritto alle sole Amministrazioni qualificate e, per gli appalti che possono essere affidati da Amministrazioni non qualificate, solo per importi inferiori alle soglie comunitarie.

In analogia a quanto previsto per le imprese, anche le stazioni appaltanti dovranno rispettare, quindi, i requisiti previsti ai fini della qualificazione (nel nuovo impianto del Codice è attribuito all'ANAC un ruolo assolutamente centrale) e se non in possesso della qualificazione dovranno, per gli acquisti di beni e servizi superiori ai 40.000 euro, ricorrere a una centrale di committenza – qualificata – o ricorrere ad una stazione appaltante qualificata<sup>12</sup>.

L'art. 37 stabilisce che: "fermi restando gli obblighi di utilizzo di strumenti di acquisto<sup>13</sup> e di negoziazione<sup>14</sup>, anche telematici, previsti dalle vigenti disposizioni in materia di contenimento della spesa" le stazioni appaltanti possono procedere direttamente (quindi senza utilizzo di forme di aggregazione della domanda) e autonomamente (cioè senza obbligo di forme di centralizzazione delle funzioni) all'acquisizione di forniture e servizi di importo inferiore a 40.000 euro.

---

12 - Art. 37, D.Lgs n. 50/ 2016.

13 - Articolo 3, Comma 1, Lett. CCCC) «strumenti di acquisto», strumenti di acquisizione che non richiedono apertura del confronto competitivo. Rientrano tra gli strumenti di acquisto:

1) le convenzioni quadro di cui all'articolo 26 della legge 23 dicembre 1999, n. 488, stipulate, ai sensi della normativa vigente, da CONSIP S.p.A. e dai soggetti aggregatori; 2) gli accordi quadro stipulati da centrali di committenza quando gli appalti specifici vengono aggiudicati senza riapertura del confronto competitivo; 3) il mercato elettronico realizzato da centrale di committenza nel caso di acquisti effettuati a catalogo;

14 - Articolo 3, comma 1, lettera DDDD) «strumenti di negoziazione», strumenti di acquisizione che richiedono apertura del confronto competitivo. Rientrano tra gli strumenti di negoziazione: 1) gli accordi quadro stipulati da centrali di committenza nel caso in cui gli appalti specifici vengono aggiudicati con riapertura del confronto competitivo; 2) il sistema dinamico di acquisizione realizzato da centrali di committenza; 3) il mercato elettronico realizzato da centrali di committenza nel caso di acquisti effettuati attraverso confronto concorrenziale; 4) i sistemi realizzati da centrali di committenza che comunque consentono lo svolgimento delle procedure ai sensi del presente Codice

Per effettuare procedure di importo superiore le stazioni appaltanti devono essere in possesso della necessaria qualificazione.

Le stazioni appaltanti, in possesso della necessaria qualificazione, possono procedere autonomamente, mediante gli strumenti telematici di negoziazione messi a disposizione dalle centrali di committenza qualificate, per acquisti di servizi e forniture di importo superiore a 40.000 euro e inferiore alla soglia comunitaria stabilita dall'art. 35.

Sono invece iscritti di diritto tra i soggetti aggregatori, il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, compresi i Provveditorati interregionali per le opere Pubbliche, CONSIP S.p.a. e INVITALIA S.p.a. Il ricorso alle centrali di committenza qualificate è previsto anche nel caso in cui, per acquisti superiori alle soglie su indicate, non siano disponibili strumenti telematici di negoziazione.

La struttura del nuovo sistema di qualificazione – non ancora vigente – sarà definita da un decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, al momento non ancora adottato: il Codice si limita a raccomandare che venga assegnato un tempo congruo alle stazioni appaltanti per dotarsi dei requisiti richiesti<sup>15</sup>. Si sa inoltre che la valutazione riguarderà “il complesso delle attività che caratterizzano il processo di acquisizione di un bene, servizio o lavoro” relativamente alle capacità:

- a. di programmazione e progettazione;
  - b. di affidamento;
  - c. di verifica sull'esecuzione e controllo dell'intera procedura.
- Le capacità saranno valutate con riferimento a requisiti “di base” e “premianti” e la qualificazione ottenuta avrà una durata di cinque anni.

Tra i requisiti “premianti” del nuovo sistema di qualificazione è ricompreso l'applicazione di criteri di sostenibilità sociale<sup>16</sup>.

È attualmente prevista una disciplina transitoria contenuta nell'art.

15 - Art. 38, comma 6, D.Lgs.n.50/ 2016.

16 - Art. 38, comma 4, lett. b) n. 5), D.Lgs. 50/2016; Art. 50, D.Lgs. cit. : “Con particolare riguardo ai contratti ad alta intensità di manodopera, i bandi di gara, gli avvisi e gli inviti possono inserire specifiche clausole sociali volte a promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato, prevedendo l'applicazione da parte dell'aggiudicatario, dei contratti collettivi di settore di cui all'art. 51 del d. lgs. 81/2015.” Art. 51, D.Lgs. cit. : “per contratti collettivi si intendono i contratti collettivi nazionali, territoriali o aziendali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e i contratti collettivi aziendali stipulati dalle loro rappresentanze sindacali aziendali ovvero dalla rappresentanza sindacale unitaria”.

216, comma 10, del D.Lgs. n. 50/2016, il quale stabilisce che fino alla data di entrata in vigore del sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti di cui all'articolo 38, i requisiti di qualificazione sono soddisfatti mediante l'iscrizione all'anagrafe unica delle stazioni appaltanti. Stazioni appaltanti e centrali di committenza saranno responsabili ciascuno per le attività ad esse direttamente imputabili.

Due o più stazioni appaltanti possono eseguire congiuntamente appalti se in possesso cumulativamente delle necessarie qualificazioni in rapporto al valore dell'appalto e provvedono ad individuare un unico responsabile del procedimento in comune tra le stesse.

### 1.5. Il nuovo ruolo del RUP.

Le novità suesposte influenzeranno in modo decisivo la modalità di gestione delle gare e, di conseguenza, la figura ed i compiti del Responsabile Unico del Procedimento (RUP).

Il ruolo e le funzioni del RUP sono individuate e descritte dall'art. 31 del Codice degli Appalti e dalle Linee Guida già Pubblicate dall'ANAC, come aggiornate con deliberazione del Consiglio n. 1007 dell'11 ottobre 2017 a seguito delle modifiche introdotte dal decreto correttivo (d.lgs. 56 del 19/4/2017) al codice dei contratti. E' di fatto la figura centrale della procedura, da cui dipende ogni singolo intervento per l'affidamento di un appalto o di una concessione, incaricato di seguire tutte le fasi relative alle fasi di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione.

Il RUP deve essere nominato tra dipendenti di ruolo della stazione appaltante, dev'essere dotato del necessario livello di inquadramento giuridico e delle competenze professionali adeguate in relazione ai compiti per cui è nominato; deve essere in possesso di specifica formazione professionale, soggetta a costante aggiornamento, e deve aver maturato un'adeguata esperienza professionale nello svolgimento di attività analoghe a quelle da realizzare.

Nella fase di affidamento, al RUP viene inoltre richiesta la verifica della documentazione amministrativa (Linee Guida ANAC - parte III § 2.1.2), come pure la verifica di congruità delle offerte (Linee Guida ANAC - parte III § 2.1.3). Per contro invece, il ruolo di RUP è incompatibile con le funzioni di membro della commissione giudicatrice in caso di aggiudicazione della gara attraverso il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (art. 77 comma 4 del Codice).



capitolo II

l'avvio delle procedure di gara.

## 2.1. Campo di applicazione del Codice nella somministrazione di lavoro alla Pubblica Amministrazione: tra “vecchio e nuovo”, dall’all. II B del D.Lgs. n. 163/2006 all’all. IX del D.Lgs. n. 50/2016).

Con l’entrata in vigore del nuovo Codice dei Contratti Pubblici, i servizi di reclutamento di personale tramite Agenzia per il lavoro interinale e quindi, per quanto qui interessa, la selezione dell’Agenzia cui affidare il servizio, avverrà con procedure diverse rispetto a quelle contemplate nel vecchio Codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs n. 163/2006.

Nel vecchio sistema, la categoria dei “servizi di reclutamento personale” era compresa nell’allegato IIB del D.Lgs. 163 del 2006, il quale elencava i “servizi parzialmente esclusi” dall’applicazione delle disposizioni codicistiche: per detti servizi il combinato disposto degli artt. da 20 a 27 del D.Lgs. prevedeva una procedura semplificata da svolgersi mediante invito ad almeno 5 operatori (se presenti sul mercato in tale numero), con il rispetto dei soli principi generali di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza e proporzionalità.

Le nuove disposizioni, nel confermare l’esclusione dall’ambito di applicabilità del Codice dei “contratti di lavoro” (ovverosia quelli stipulati direttamente tra datore di lavoro e prestatori d’opera<sup>17</sup>), nell’allegato sui servizi parzialmente esclusi dal campo di applicazione del Codice (all. IX), non prevede più la categoria generale di “servizi di reclutamento personale”.

Taluni interpreti hanno erroneamente ritenuto che il rapporto intercorrente tra la Stazione Appaltante e l’Agenzia di somministrazione di lavoratori dovesse essere integralmente assoggettato alle disposizioni del nuovo Codice, sotto il profilo delle procedure di scelta del contraente.

Ma non è così; almeno non è sempre così.

Infatti, seppure non vi sia più un richiamo generale a tutti i servizi di “reperimento di personale”, l’allegato IX del nuovo codice contiene comunque un elenco di singoli servizi di fornitura di manodopera, per i quali si applicherà la disciplina semplificata in materia di servizi

---

17 - Art. 17, comma 1 lett. g), D.Lgs. n. 50/2016.

sociali e connessi, di cui agli artt. 140, 142, 143 e 144, per la cui disciplina vedi il successivo paragrafo 2.3.3.

Di seguito l'allegato IX con indicazione dei servizi corrispondenti ai codici CPV riportati di fianco alle categorie generali.

Codice CPV	Descrizione
<p>75200000-8; 75231200-6; 75231240-8; 79611000-0; 79622000-0 [Servizi di fornitura di personale domestico]; 79624000-4 [Servizi di fornitura di personale infermieristico] e 79625000-1 [Servizi di fornitura di personale medico] da 85000000-9 a 85323000-9; 98133100-5, 98133000-4; 98200000-5 e 98500000-8 [Servizi domestici presso famiglie e convivenze] e da 98513000-2 a 98514000-9 [Servizi di manodopera per privati, servizi di personale di Agenzia per privati, servizi di personale impiegatizio per privati, personale temporaneo per privati, servizi di assistenza domestica e servizi domestici]</p>	<p>Servizi sanitari, servizi sociali e servizi connessi</p>
<p>85321000-5 e 85322000-2, 75000000-6 [Servizi di Pubblica Amministrazione e difesa e servizi di previdenza sociale], 75121000-0, 75122000-7, 75124000-1; da 79995000-5 a 79995200-7; da 80000000-4 [Servizi di istruzione e formazione] a 80660000-8; da 92000000-1 a 92700000-8 79950000-8 [Servizi di organizzazione di mostre, fiere e congressi], 79951000-5 [Servizi di organizzazione di seminari], 79952000-2 [Servizi di organizzazione di eventi], 79952100-3 [Servizi di organizzazione di eventi culturali], 79953000-9 [Servizi di organizzazione di festival], 79954000-6 [Servizi di organizzazione di feste], 79955000-3 [Servizi di organizzazione di sfilate di moda], 79956000-0 [Servizi di organizzazione di fiere ed esposizioni]</p>	<p>Servizi amministrativi, sociali, in materia di istruzione, assistenza sanitaria e cultura</p>

75300000-9	Servizi di sicurezza sociale obbligatoria (1)
75310000-2, 75311000-9, 75312000-6 75313000-3, 75313100-4, 75314000-0, 75320000-5, 75330000-8, 75340000-1	Servizi di prestazioni sociali
98000000-3; 98120000-0; 98132000-7; 98133110-8 e 98130000-3	Altri servizi pubblici, sociali e personali, inclusi servizi forniti da associazioni sindacali, da organizzazioni politiche, da associazioni giovanili e altri servizi di organizzazioni associative
98131000-0	Servizi religiosi
da 55100000-1 a 55410000-7 da 55521000-8 a 55521200-0 [55521000-8 Servizi di catering per feste private, 55521100- 9 Servizi di fornitura pasti a domicilio, 55521200-0 Servizi di fornitura pasti]	Servizi alberghieri e di ristorazione
55520000-1 Servizi di catering, 55522000-5 Servizi di catering per imprese di trasporto, 55523000-2 Servizi di catering per altre imprese o altre istituzioni, 55524000-9 Servizi di ristorazione scolastica	
55510000-8 Servizi di mensa, 55511000-5 Servizi di mensa ed altri servizi di caffetteria per clientela ristretta, 55512000-2 Servizi di gestione mensa, 55523100-3 Servizi di mensa scolastica	

<p>da 79100000-5 a 79140000-7; 75231100-5;</p>	<p>Servizi legali, nella misura in cui non siano esclusi a norma dell'articolo 17, comma 1, lett. d)</p>
<p>da 75100000-7 a 75120000-3; 75123000-4; da 75125000-8 a 75131000-3</p>	<p>Altri servizi amministrativi e delle Amministrazioni Pubbliche</p>
<p>da 75200000-8 a 75231000-4</p>	<p>Servizi della Pubblica Amministrazione forniti alla collettività</p>
<p>da 75231210-9 a 75231230-5; da 75240000-0 a 75252000-7; 794300000-7; 98113100-9</p>	<p>Servizi penitenziari, di Pubblica sicurezza e di soccorso, nella misura in cui non siano esclusi a norma dell'articolo 17, comma 1, lett. h)</p>
<p>da 79700000-1 a 79721000-4 [Servizi investigativi e di sicurezza, servizi di sicurezza, servizi di monitoraggio di sistemi di allarme, servizi di guardia, servizi di sorveglianza, servizi di sistema di localizzazione, servizi di localizzazione di fuggitivi, servizi di pattugliamento, servizi di rilascio di tesserini identificativi, servizi di investigazione e servizi di Agenzia investigativa] 79722000-1[Servizi di grafologia], 79723000-8 [Servizi di analisi dei rifiuti]</p>	<p>Servizi investigativi e di sicurezza</p>

98900000-2 [Servizi prestati da organizzazioni o enti extraterritoriali] e 98910000-5 [Servizi specifici di organizzazioni ed enti internazionali]	Servizi internazionali
64000000-6 [Servizi di poste e telecomunicazioni], 64100000-7 [Servizi postali e di corriere], 64110000-0 [Servizi postali], 64111000-7 [Servizi postali per giornali e riviste], 64112000-4 [Servizi postali per la corrispondenza], 64113000-1 [Servizi postali per pacchi], 64114000-8 [Servizi di sportello presso gli uffici postali], 64115000-5 [Servizi di affitto di cassette postali], 64116000-2 [Servizi di fermo posta], 64122000-7 [Servizi di messaggeria interna]	Servizi postali
50116510-9 [Servizi di rigenerazione pneumatici],	Servizi vari
71550000-8 [Servizi di lavorazione del ferro]	
(1) Tali servizi non rientrano nell'ambito di applicazione del presente Codice se sono organizzati in quanto servizi non economici di interesse generale.	

In particolare, le categorie che riguardano la somministrazione del personale sono i “Servizi di fornitura di personale infermieristico” ed i “Servizi di fornitura di personale medico”.

## 2.2. Soglie comunitarie e criteri di calcolo del valore del contratto.

L'inserimento o meno del servizio all'interno dell'elenco di cui all'allegato IX comporta come conseguenza che ad esso si applichi una soglia di rilevanza comunitaria superiore rispetto a quelle ordinarie, pari nello specifico a € 750.00,00.

L'art. 35 del nuovo Codice ha infatti stabilito che le disposizioni ivi contenute si applichino ai contratti pubblici il cui importo, al netto dell'imposta sul valore aggiunto, sia pari o superiore alle soglie periodicamente stabilite con Regolamento della Commissione Europea. L'ultimo aggiornamento è avvenuto con i Regolamenti nn. 2364, 2365, 2366 e 2367, pubblicati sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea n. L337 del 19 dicembre 2017, e in vigore dal 1 gennaio 2018:

- a) € 144.000 per servizi e forniture aggiudicati da Amministrazioni aggiudicatrici che sono autorità governative centrali;
- b) € 221.000 per forniture e servizi aggiudicati da tutte le altre Amministrazioni (che non sono autorità governative centrali);
- c) € 750.000 per gli appalti di servizi sociali e di altri servizi specifici di cui all'allegato IX.

È evidente che qualora l'oggetto dell'affidamento sia un servizio non compreso tra quelli specifici dell'Allegato IX, la soglia stabilita ai fini della completa applicazione del Codice è notevolmente inferiore.

Ai fini del calcolo del valore dell'appalto, il comma 4 dell'art. 35 ripropone il criterio generale già applicato dall'art. 29 del D.Lgs. n. 163/2006: il calcolo è pertanto basato sull'importo totale pagabile, al netto dell'IVA, valutato dall'Amministrazione aggiudicatrice. Il calcolo tiene conto dell'importo massimo stimato, ivi compresa qualsiasi forma di eventuali opzioni o rinnovi stabiliti nei documenti di gara. Fermo restando il divieto di frazionamento artificioso, quando una prestazione di servizi può dare luogo ad appalti aggiudicati contemporaneamente per lotti distinti, è computato il valore complessivo stimato della totalità di lotti. Quando il valore cumulato dei lotti è pari o superiore alle soglie comunitarie, le disposizioni del Codice si applicano all'aggiudicazione di ciascun lotto.

Il valore da porre come base per il calcolo del valore stimato dell'appalto per i servizi che non fissano un prezzo complessivo,

come nel caso di cui al presente lavoro, è:

- in caso di appalto di durata determinata pari o inferiore a quarantotto mesi, il valore complessivo stimato per l'intera durata;
- in caso di durata indeterminata o superiore a quarantotto mesi, il valore mensile moltiplicato per quarantotto.

### 2.3. Le procedure.

Ulteriore novità del Codice riguarda le procedure di affidamento dei contratti, parzialmente diverse rispetto a quelle precedentemente previste dal D.Lgs. n. 163/2006.

Come visto, la scelta della procedura da seguire dipende in primo luogo dal superamento della soglia comunitaria: a tal fine, sono disciplinate procedure sotto e sopra soglia, con la specificità che, nel caso in cui oggetto dell'affidamento siano servizi speciali di cui all'allegato IX, la soglia di rilevanza comunitaria è notevolmente più alta e pari a € 750.000, elevata a € 1.000.000 per gli stessi servizi affidati da enti aggiudicatori operanti nei settori speciali.

Indipendentemente dalla specifica procedura di gara che verrà poi effettivamente seguita per l'affidamento del contratto, tutte le tipologie di affidamento prendono comunque avvio dal decreto o determina a contrarre della stazione appaltante<sup>18</sup> che individua gli elementi essenziali del contratto ed i criteri di selezione degli operatori economici e delle offerte, nonché, secondo le recenti linee guida ANAC, almeno l'indicazione dell'interesse pubblico che si intende soddisfare, le caratteristiche del servizio che si intende acquistare, l'importo massimo stimato dell'affidamento, la procedura che si intende seguire e i criteri di selezione dei concorrenti e delle offerte nonché le principali condizioni contrattuali.

Così come previsto nel previgente sistema, anche il nuovo Codice stabilisce che l'Amministrazione non possa procedere alla sottoscrizione del contratto prima che siano decorsi 35 giorni dalla data di adozione del provvedimento di aggiudicazione, periodo denominato standstill sostanziale<sup>19</sup>.

Anche in questo caso la regola subisce una deroga potendosi sottoscrivere immediatamente il contratto, senza dover attendere i 35

---

18 - Art. 32, D.Lgs. 50/2016.

19 - Art. 32, comma 9. D.Lgs. 50/2016.

giorni, nei seguenti casi:

- se è stata presentata o è stata ammessa una sola offerta;
- acquisti MEPA per importi inferiori alle soglie di rilievo europeo, ricorso a procedure negoziate ex art. 36, lett. a) e b) per contratti sotto soglia.

In ogni caso, l'Amministrazione non può procedere alla sottoscrizione del contratto fino alla data in cui è noto l'esito della camera di consiglio in cui è discussa l'istanza cautelare, nell'ipotesi in cui sia stato proposto ricorso avverso l'aggiudicazione con contestuale domanda cautelare (periodo denominato **standstill processuale**<sup>20</sup>).

### 2.3.1. Gli affidamenti sottosoglia.

L'art. 36 del Codice dispone che, "salva la possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie, le stazioni appaltanti procedono all'affidamento di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie comunitarie, secondo le seguenti modalità":

- a) affidamento diretto per importi inferiori a euro 40.000, anche senza previa consultazione di due o più operatori economici;
- b) per gli importi da 40.000 euro e fino al raggiungimento delle soglie comunitarie di cui all'art. 35<sup>21</sup>, mediante procedura negoziata previa consultazione di almeno 5 concorrenti, individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici.

L'affidamento in ogni caso avviene nel rispetto dei principi enunciati dall'art. 30, comma 1, e in particolare nel rispetto dei principi di economicità, trasparenza, correttezza, non discriminazione, tempestività, proporzionalità ed efficacia nonché del principio di rotazione e di tutela dell'effettiva possibilità di partecipazione delle micro, piccole e medie imprese.

Alcune indicazioni sul principio di rotazione sono già state fornite dalla stessa Autorità con le Linee Guida n. 4 (attualmente in fase di aggiornamento a seguito dell'entrata in vigore del decreto correttivo). Il rispetto di detto principio determina il non consolidarsi di rapporti solo con alcune imprese, favorendo la distribuzione delle opportunità degli operatori economici di essere affidatari di un

20 - Art. 32, comma 11. D.Lgs. 50/2016.

21 - Per l'indicazione del valore di ciascuna soglia in relazione all'oggetto del contratto, si veda il precedente par. 2.2.

contratto pubblico.

In particolare, l'ANAC ha chiarito che il rispetto del principio in parola comporta che l'affidamento al gestore uscente abbia carattere eccezionale e richieda un onere motivazionale più stringente; quest'ultimo può risiedere nella riscontrata effettiva assenza di alternative ovvero del grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale (esecuzione a regola d'arte, nel rispetto dei tempi e dei costi pattuiti) e in ragione della competitività del prezzo offerto rispetto alla media dei prezzi praticati nel settore di mercato di riferimento, anche tenendo conto della qualità della prestazione.

Nell'ultima bozza di aggiornamento delle Linee Guida n. 4, già oggetto di parere favorevole del Consiglio di Stato con parere n. 361 del 12 febbraio 2018, l'ANAC ha ritenuto opportuno differenziare la posizione del gestore uscente – il cui reinvito può motivarsi in ragione delle caratteristiche del mercato di riferimento, mentre l'esclusione deve operare in caso di affidamenti aventi lo stesso oggetto del precedente appalto aggiudicato – da quella dell'operatore economico precedentemente invitato ma non affidatario, il cui reinvito può giustificarsi dalla ragionevole aspettativa dell'Amministrazione dell'idoneità del predetto operatore.

La prima applicazione del principio di rotazione a seguito dell'entrata in vigore del nuovo codice appalti è stata oggetto di alcune pronunce della giurisprudenza amministrativa, con le quali è stato affrontato il rapporto tra il rispetto del principio di rotazione e l'interesse del gestore uscente ad essere invitato ai fini del nuovo affidamento.

Il Consiglio di Stato ha in particolare statuito l'insussistenza in capo all'impresa che in precedenza ha svolto un determinato servizio di una legittima pretesa ad essere invitata ad una nuova procedura di gara per l'affidamento di un contratto pubblico di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, né di risultare aggiudicataria del relativo affidamento; dunque, essendo l'invito all'affidatario uscente eventualità di carattere eccezionale, ove la stazione appaltante intenda comunque procedere all'invito di quest'ultimo, dovrà puntualmente motivare tale decisione (Consiglio di Stato, sez. VI, 31 agosto 2017, n. 4125; Consiglio di Stato, sez. V, 13 dicembre 2017, n. 5854)

Ciò detto, il decreto correttivo ha rimesso alle stesse Linee Guida

ANAC (in corso di aggiornamento) la definizione delle specifiche modalità di rotazione degli inviti.

Il medesimo decreto ha precisato all'interno del primo comma dell'art. 36 che, oltre che nel rispetto dei principi contenuti nell'art. 30 appena richiamati, anche l'affidamento "sotto-soglia" deve avvenire nel rispetto dell'art. 34 in materia di criteri ambientali minimi e dell'art. 42 in tema di conflitto di interessi.

Altra importante precisazione del decreto correttivo è che per affidamenti di importo inferiore alle soglie europee, alla stazione appaltante è riconosciuta la mera facoltà di inserire la clausola sociale negli atti di gara. Per effetto del decreto correttivo, l'inserimento di detta clausola rappresenta, viceversa, un obbligo ai sensi dell'art. 50 per gli affidamenti di importo sopra soglia.

Il legislatore ha indicato quali procedure "fisiologiche" quelle semplificate di cui alle lett. a), b), mentre le procedure ordinarie costituiscono una possibilità che viene fatta salva e che pare debba essere valutata dalle Amministrazioni sotto il profilo del rapporto tra "costi-tempi procedimentali" e il valore della commessa.

La norma riapre il dibattito sull'obbligo di motivare il ricorso a tali procedure.

L'ANAC, nelle proprie Linee Guida, ha mostrato un atteggiamento rigoroso, non ritenendo sufficiente la mera "autorizzazione normativa", osservando che "Le stazioni appaltanti hanno comunque la facoltà di ricorrere, nell'esercizio della propria discrezionalità, alle procedure ordinarie, anziché a quelle semplificate, qualora le esigenze del mercato suggeriscano di assicurare il massimo confronto concorrenziale".

Pertanto, in applicazione dei principi enunciati dall'art. 30, comma 1 e soprattutto nelle ipotesi in cui il mercato risulti particolarmente ampio, le stazioni appaltanti, nella determina o delibera a contrarre, dovrebbero dare conto delle ragioni che le hanno indotte ad optare per un sistema di affidamento non aperto alla partecipazione di tutte le imprese potenzialmente interessate.

A livello normativo, solo per gli affidamenti diretti è esplicitamente previsto che l'Amministrazione fornisca adeguata motivazione; ad ogni modo, sarebbe comunque buona prassi motivare appositamente anche in ogni caso in cui, anche se il ricorso alle procedure derogatorie sotto soglia di cui all'art. 35 è legittimato dall'importo economico del contratto, comunque sussista un corposo numero

di operatori economici operanti nel mercato di riferimento, che possono aspirare all'aggiudicazione.

Per gli importi superiori a 40.000 euro e inferiori alle soglie di rilevanza comunitaria, la procedura si articola in tre fasi:

- a) svolgimento di indagini di mercato;
- b) confronto competitivo tra gli operatori economici selezionati e invitati e scelta dell'affidatario;
- c) stipula del contratto.

L'indagine di mercato è preordinata a conoscere l'assetto del mercato, i potenziali concorrenti e le soluzioni disponibili. L'indagine avviene mediante avviso pubblicato sul profilo proprio del committente per un periodo non inferiore a **15 giorni**, specificando i requisiti minimi richiesti ai soggetti che si intendono invitare a presentare offerta.

Una volta conclusa l'indagine di mercato e formalizzati i relativi risultati, la stazione appaltante seleziona, in modo non discriminatorio gli operatori da invitare, in misura proporzionale all'importo e alla rilevanza del contratto e, comunque, in numero almeno pari a 5. L'invito dovrà contenere tutti gli elementi che consentano alle imprese di formulare un'offerta ponderata e, dunque, seria.

Il termine per la ricezione delle offerte da parte degli operatori economici pre-selezionati è di **10 giorni** (in analogia con quanto previsto dall'art. 61 per le procedure ristrette).

La verifica del possesso dei requisiti è obbligatoria solo in capo all'aggiudicatario, salvo che la stazione appaltante non scelga di estendere la verifica anche in capo agli altri partecipanti.

La stipula del contratto avviene, a pena di nullità, con atto pubblico notarile informatico, ovvero in modalità elettronica secondo le norme vigenti per ciascuna stazione appaltante.

Infine, si fornisce qui di seguito una ricognizione delle previsioni del nuovo codice degli appalti, così come "corretto" dal d.lgs. 56/2017, che introducono alcune deroghe per gli affidamenti sotto soglia:

- i) possibilità di non applicare lo stand still "sostanziale" per gli affidamenti di importo sotto soglia<sup>22</sup>;
- ii) stipula del contratto mediante corrispondenza per i contratti aggiudicati a seguito di procedura negoziata o di importo inferiore

---

22 - Art. 32, comma 10 D.Lgs. n. 50/2016.

a 40.000 euro<sup>23</sup>;

iii) possibilità di ricorrere al criterio del prezzo più basso, anche per i servizi elencati al comma 3 dell'art. 95, quando l'affidamento sia di importo inferiore a 40.000 euro<sup>24</sup>;

iv) non obbligatoria indicazione dei costi della manodopera e della sicurezza per gli affidamenti di importo inferiore a 40.000 euro<sup>25</sup>;

v) facoltà per la stazione appaltante di non richiedere la garanzia provvisoria e definitiva per gli affidamenti di importo inferiore a 40.000 euro<sup>26</sup>;

vi) non obbligatorietà dell'indicazione della terna dei subappaltatori per gli affidamenti di importo inferiore alla soglia di rilievo europeo e purché non abbiano ad oggetto le attività maggiormente esposte al rischio di infiltrazione mafiosa<sup>27</sup>;

vii) obbligo di verifica del possesso dei requisiti solo in capo all'aggiudicatario, salvo che la stazione appaltante non scelga di estendere la verifica anche in capo agli altri partecipanti<sup>28</sup>.

Quanto all'appena richiamata verifica del possesso dei requisiti per gli affidamenti "sotto soglia", la bozza di aggiornamento delle Linee Guida ANAC n.4 propone una semplificazione della verifica per gli affidamenti di importo fino ai 20.000 €, che avviene tramite la sola autocertificazione del possesso dei requisiti dell'operatore economico e alla consultazione del casellario ANAC.

---

23 - Art. 32, comma 14 D.Lgs. n. 50/2016

24 - Art. 95, comma 3 D.Lgs. n. 50/2016.

25 - Art. 95, comma 10 D.Lgs. n. 50/2016.

26 - Art. 93, comma 1 D.Lgs. n. 50/2016.

27 - Art. 105, comma 6 D.Lgs. n. 50/2016.

28 - Art. 36, comma 5 D. Lgs. n. 50/2016.

### 2.3.2. Procedure di aggiudicazione ordinarie.

Le procedure di aggiudicazione non possono essere avviate in presenza di obblighi di adesione a Convenzioni Quadro (Consp o centrali di committenza regionali) o alle iniziative dei soggetti aggregatori. In altri casi sussiste l'obbligo di ricorso prioritario agli strumenti elettronici (MEPA, altri mercati elettronici) e infine una volta entrato in vigore il sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti, si dovrà rispettare quanto stabilito dagli artt. 37 e 38 relativamente al numero ed alla tipologia dei soggetti che sono abilitati ad indire procedure di gara.

Fermo quanto detto, l'art. 59 comma 1 prevede che, nell'aggiudicazione di appalti pubblici, le stazioni appaltanti utilizzano le procedure aperte o ristrette, previa Pubblicazione di bando o avviso di indizione di gara.

Le **procedure aperte**<sup>29</sup> sono le procedure di affidamento in cui ogni operatore economico può presentare offerta. Il termine fissato per la ricezione delle offerte è di 35 giorni (ben inferiore di quello previsto dalla precedente normativa, la quale prevedeva un termine minimo generale per la presentazione delle offerte, in caso di procedura aperta, pari a 52 giorni). In caso di presentazione di offerte per via elettronica, tale termine può subire un'ulteriore riduzione di 5 giorni.

Unitamente alla domanda di partecipazione, i concorrenti dovranno presentare anche la propria offerta economica (nonché quella tecnica, in caso di aggiudicazione all'offerta economicamente più vantaggiosa).

Per quanto riguarda le **procedure ristrette**<sup>30</sup>, così come nel vecchio sistema, permane lo svolgimento "bifasico": una prima fase di pre-qualificazione mediante domanda di partecipazione in risposta ad avviso di indizione gara ed una successiva fase di selezione qualitativa, nella quale gli operatori economici pre-qualificati sono invitati a presentare offerta. Il termine minimo per la ricezione delle domande di partecipazione e delle successive offerte è di 30 giorni (il termine minimo di ricezione delle offerte è ridotto a 10 giorni nel caso di Amministrazioni aggiudicatrici sub-centrali).

---

29 - Art. 60 D.Lgs. n. 50/2016.

30 - Art. 61 D.Lgs. n. 50/2016.

Le Amministrazioni aggiudicatrici che non sono autorità governative centrali possono fissare il termine di ricezione delle offerte di concerto con i candidati selezionati, purché questi ultimi dispongano di un termine identico per redigere e presentare offerta.

Le stazioni appaltanti possono altresì utilizzare:

- **procedura negoziata senza previa Pubblicazione di bando**<sup>31</sup>. È possibile ricorrere a tale procedura, ad esempio, qualora non sia stata presentata alcuna offerta o offerta appropriata, né alcuna domanda di partecipazione in esito all'esperimento di una procedura aperta o ristretta oppure quando le forniture o i servizi possono essere forniti unicamente da un determinato operatore economico, quindi in sostanza in assenza di concorrenza tecnica che non sia il risultato di una limitazione artificiale dell'appalto<sup>32</sup>; tale procedura prende avvio con la lettera di invito;

- **procedura competitiva con negoziazione**<sup>33</sup> e **dialogo competitivo**<sup>34</sup>. Nel primo caso, la peculiarità è data dalla negoziazione, che si svolge tra Amministrazione e concorrente invitato a partecipare, sull'offerta iniziale presentata. Nel dialogo competitivo, invece, la stazione appaltante instaura, appunto, un dialogo con l'operatore economico al fine di individuare i mezzi più idonei a soddisfare le proprie esigenze<sup>35</sup>. La gara è indetta di regola mediante un bando di gara redatto a norma dell'art. 71<sup>36</sup>.

La stazione appaltante può anche valersi di "avvisi di preinformazione" di gara o bandire direttamente la gara con l'avviso stesso.

La differenza si riflette sui termini stabiliti per presentare domanda di partecipazione o/e offerta.

Innanzitutto, quando l'avviso di preinformazione è utilizzato per bandire una gara deve soddisfare tutte le seguenti condizioni:

- a) si riferisce specificatamente alle forniture, ai lavori o servizi che saranno oggetto di appalto;
- b) indica che l'appalto sarà aggiudicato mediante una procedura ristretta o competitiva con negoziazione senza ulteriore Publica-

31 - Art. 63 D.Lgs. n. 50/2016.

32 - Per una panoramica sui casi in cui è possibile ricorrere a tale procedura si veda l'art. 63, D.Lgs. 50 del 2016.

33 - Art. 62 D.Lgs. n. 50/2106.

34 - Art. 64 D.Lgs. n. 50/2016.

35 - Art. 62 e art. 64 D.Lgs. 50/2016.

36 - Per agevolare le stazioni appaltanti, l'ANAC predisporrà dei Bandi Tipo ai quali sarà possibile, motivando, derogare.

zione di un avviso di indizione di gara e invita gli operatori economici interessati a manifestare il proprio interesse;

c) contiene le informazioni dell'allegato XIV, parte I, lettera B, sezione B.1 e B.2.

d) è stato inviato alla Pubblicazione non meno di 35 giorni e non oltre 12 mesi prima della data di invio dell'invito a confermare interesse di cui all'art. 75, comma 1.

In tal caso, gli operatori economici sono invitati a manifestare interesse e il termine per la domanda di partecipazione decorre dall'invito.

Oppure l'avviso di preinformazione precede il successivo bando di gara. In questa ipotesi, l'avviso di preinformazione ha la naturale funzione di anticipare la successiva indizione di una gara. Pertanto il termine per presentare offerta è ridotto a 15 giorni, decorrenti dalla Pubblicazione del bando, in caso di procedura ordinaria e a 10 giorni, dall'invito a presentare offerta, in caso di procedura ristretta).

### 2.3.3. L'affidamento dei servizi sociali e dei servizi specifici dell'allegato IX.

Altra novità del Codice riguarda l'introduzione di una specifica disciplina – e relativa soglia di rilevanza comunitaria – per una serie di servizi raggruppati sotto il nome di "servizi sociali e servizi specifici dell'allegato IX".

L'art. 142 prevede le modalità con cui le stazioni appaltanti devono operare per procedere all'aggiudicazione di un appalto relativo a tali categorie.

Per gli appalti di importo inferiore alla soglia di 750.000 euro si applicano le medesime procedure di cui all'art. 36 già illustrate al precedente paragrafo 2.3.1.

Gli enti aggiudicatori rendono nota l'intenzione di procedere all'aggiudicazione di un appalto di servizi specifici di cui all'allegato IX, mediante un avviso di gara oppure mediante avviso periodico Pubblicato in maniera continuativa il quale indicano i servizi oggetto d'appalto, l'invito agli operatori economici a manifestare interesse con l'ulteriore specificazione che non seguirà una successiva Pubblicazione, o ancora mediante un avviso sull'esistenza di un sistema di qualificazione che viene Pubblicato in maniera continuativa; una volta aggiudicato l'appalto, ne rendono noto il risultato mediante la

Pubblicazione dell'avviso di aggiudicazione.

L'art. 143 prevede inoltre che le stazioni appaltanti possono riservare alle organizzazioni no-profit che soddisfano determinati requisiti, il diritto di partecipare alle procedure per l'aggiudicazione di appalti pubblici esclusivamente per i servizi sanitari, sociali e culturali.

## 2.4. Requisiti di partecipazione.

Il sistema delle cause di esclusione, di cui al previgente art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006, è oggi riprodotto nell'art. 80 del D.Lgs. n. 50/2016.

La nuova norma, pur mantenendo il contenuto essenziale della precedente, riporta difatti una serie di profili di interessante novità, sulla scorta del recepimento sia delle indicazioni del legislatore europeo sia, inoltre, della giurisprudenza maturata in Italia durante la vigenza del vecchio Codice.

Il primo comma, dell'art. 80 stabilisce che: «Costituisce motivo di esclusione di un operatore economico dalla partecipazione a una procedura d'appalto o concessione, la condanna con sentenza definitiva o decreto penale di condanna divenuto irrevocabile o sentenza di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'articolo 444 del Codice di procedura penale, anche riferita a un suo subappaltatore nei casi di cui all'articolo 105, comma 6, per uno dei seguenti reati:

- a) delitti, consumati o tentati, di cui agli articoli 416, 416-bis del Codice penale ovvero delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dal predetto articolo 416-bis ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo, nonché per i delitti, consumati o tentati, previsti dall'articolo 74 del decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, dall'articolo 291-quater del decreto del Presidente della Repubblica 23 gennaio 1973, n. 43 e dall'articolo 260 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, in quanto riconducibili alla partecipazione a un'organizzazione criminale, quale definita all'articolo 2 della decisione quadro 2008/841/GAI del Consiglio;
- b) delitti, consumati o tentati, di cui agli articoli 317, 318, 319, 319-ter, 319-quater, 320, 321, 322, 322-bis, 346-bis, 353, 353-bis, 354, 355 e 356 del Codice penale nonché all'articolo 2635 del Codice civile;

- b-bis) false comunicazioni sociali di cui agli artt. 2621 e 2622 del codice civile;
- c) frode ai sensi dell'articolo 1 della convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee;
- d) delitti, consumati o tentati, commessi con finalità di terrorismo, anche internazionale, e di eversione dell'ordine costituzionale reati terroristici o reati connessi alle attività terroristiche;
- e) delitti di cui agli articoli 648-bis, 648-ter e 648-ter.1 del Codice penale, riciclaggio di proventi di attività criminose o finanziamento del terrorismo, quali definiti all'articolo 1 del decreto legislativo 22 giugno 2007, n. 109 e successive modificazioni;
- f) sfruttamento del lavoro minorile e altre forme di tratta di esseri umani definite con il decreto legislativo 4 marzo 2014, n. 24;
- g) ogni altro delitto da cui derivi, quale pena accessoria, l'incapacità di contrattare con la Pubblica Amministrazione;

A differenza della precedente versione, nella quale oltre ad una serie di ipotesi nominalmente previste, era stabilita l'esclusione anche in tutti i casi di condanna per reati "incidenti sulla moralità professionale" dell'operatore economico, l'odierna elencazione di cui all'art. 80 delle condanne che costituiscono causa di esclusione è tassativa, pertanto non potrà considerarsi, come in passato, causa di esclusione un'ipotesi non espressamente contemplata dalla norma. Modifica che favorisce certamente la certezza del diritto.

La preclusione dalla partecipazione alle gare pubbliche in caso di sentenza di condanna definitiva per i reati indicati al comma 1 è pari alla durata stabilita dalla sentenza; se quest'ultima nulla dispone circa l'incapacità a contrattare con la pubblica amministrazione la preclusione è pari a 5 anni o alla minor durata della pena principale. Inoltre, l'art. 80 esordisce con l'affermazione che le cause di esclusione, oltre a precludere la partecipazione alla gara e la stipula dei contratti, impediscono altresì l'affidamento di subappalti (affermazione non contenuta nel precedente art. 38).

Per quanto riguarda l'ambito di applicazione soggettivo, l'onere dichiarativo e, quindi, la verifica circa il possesso dei requisiti – oltre che per tutti gli stessi soggetti già presenti nell'elenco di cui al pre-  
vigente art. 38<sup>37</sup> – viene estesa anche a tutti i membri del consiglio

---

37 - L'ex art 38, D.Lgs. 163/2006 stabiliva: "l'esclusione e il divieto operano se la pendenza del procedimento riguarda il titolare o il direttore tecnico, se si tratta di impresa individuale; i soci o il direttore tecnico se si tratta di società in nome collettivo, i soci accomandatari o il direttore

di Amministrazione, di direzione o di vigilanza o ai soggetti muniti di potere di rappresentanza, di direzione o di controllo.

Tale introduzione ha sollevato problemi interpretativi in relazione al riferimento, mutuato dalla direttiva europea, ai «membri del consiglio di Amministrazione cui sia stata conferita la legale rappresentanza, di direzione o di vigilanza», in quanto l'ordinamento giuridico italiano non contempla, nella disciplina dei modelli organizzativi delle società di capitali, un «consiglio di direzione» o un «consiglio di vigilanza». Al fine di consentire l'applicazione della norma in esame, è intervenuta l'ANAC chiarendo che le indicazioni ivi contenute devono essere interpretate avendo a riferimento i sistemi di Amministrazione e controllo delle società di capitali disciplinati dal Codice civile a seguito della riforma introdotta dal D.Lgs. n. 6/2003.

Pertanto, la sussistenza del requisito di cui all'art. 80, comma 1, nonché del comma 2, del Codice deve essere verificata in capo:

1. ai membri del consiglio di Amministrazione cui sia stata conferita la legale rappresentanza, nelle società con sistema di Amministrazione tradizionale e monistico (Presidente del Consiglio di Amministrazione, Amministratore Unico, amministratori delegati anche se titolari di una delega limitata a determinate attività ma che per tali attività conferisca poteri di rappresentanza);
2. ai membri del collegio sindacale nelle società con sistema di Amministrazione tradizionale e ai membri del comitato per il controllo sulla gestione nelle società con sistema di Amministrazione monistico;
3. ai membri del consiglio di gestione e ai membri del consiglio di sorveglianza, nelle società con sistema di Amministrazione dualistico.

Inoltre, il requisito in esame deve essere verificato in capo ai «soggetti muniti di poteri di rappresentanza, di direzione o di controllo», intendendosi per tali i soggetti che, benché non siano membri degli organi sociali di Amministrazione e controllo, risultino muniti di poteri di rappresentanza, ivi compresi gli institori e i procuratori generali), di direzione (come i dipendenti o i professionisti ai quali siano stati conferiti significativi poteri di direzione e gestione dell'impresa) o di controllo (come il revisore contabile

---

tecnico se si tratta di società in accomandita semplice, gli amministratori muniti di poteri di rappresentanza o il direttore tecnico, o il socio unico persona fisica, ovvero il socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci, se si tratta di altro tipo di società”.

e l'Organismo di Vigilanza di cui all'art. 6 del D.Lgs. n. 231/2001 cui sia affidato il compito di vigilare sul funzionamento e sull'osservanza dei modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati). In caso di affidamento del controllo contabile a una società di revisione, la verifica del possesso del requisito di cui all'art. 80, comma 1 e comma 2, non deve essere condotta sui membri degli organi sociali della società di revisione, trattandosi di soggetto giuridico distinto dall'operatore economico concorrente cui vanno riferite le cause di esclusione.

A mente del comma 2 dell'art. 80 costituisce causa di esclusione anche la sussistenza di cause di decadenza, di sospensione o di divieto previsto dal Codice delle leggi antimafia; quest'ultimo impone un onere dichiarativo in capo a soggetti parzialmente diversi rispetto a quelli tenuti, ai sensi del comma 3 dell'art. 80, a dichiarare l'insussistenza dei reati elencati nel comma 1. Il decreto correttivo è intervenuto ad allineare i soggetti che devono rendere le dichiarazioni sulle cause "antimafia", che oggi dunque coincidono con i soggetti di cui al comma 3.

Oltre alle condanne di cui al comma 1, è causa di esclusione obbligatoria anche l'aver commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali. Questa esclusione però, secondo il consolidato orientamento della Corte di Giustizia, non opera se l'operatore economico ha ottemperato ai suoi obblighi pagando o impegnandosi in modo vincolante a pagare (come nel caso di presentazione della domanda di rateizzazione del debito) le imposte o i contributi previdenziali dovuti, compresi eventuali interessi o multe, purché il pagamento o l'impegno siano stati formalizzati prima della scadenza del termine per la presentazione delle domande di partecipazione alla gara.

Costituiscono gravi violazioni in materia contributiva e previdenziale quelle ostantive al rilascio del DURC o delle certificazioni rilasciate dagli enti previdenziali di riferimento non aderenti al sistema dello sportello unico previdenziale.

Ulteriori ipotesi di esclusione, non integranti fattispecie di reato, sono elencate al comma 5 dell'art. 80<sup>38</sup>.

---

38 - Violazione di obblighi in materia ambientale, sociale e del lavoro, per la dimostrazione dei quali può essere utilizzato ogni mezzo adeguato; lo stato di fallimento, liquidazione coatta o concordato preventivo dell'operatore economico; la distorsione della concorrenza causata

Particolare attenzione merita la fattispecie disciplinata all'art. 80, comma 5, lett. c), a mente del quale la stazione appaltante esclude l'operatore economico quando abbia accertato con mezzi adeguati che quest'ultimo si è reso colpevole di gravi illeciti professionali. La previsione richiamata esemplifica alcune fattispecie di illecito professionale grave rilevanti per l'esclusione prevista al comma 5:

i) le significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione anticipata, non contestata in giudizio, ovvero confermata all'esito di un giudizio, ovvero hanno dato luogo ad una condanna al risarcimento del danno o ad altre sanzioni;

ii) il tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate ai fini di proprio vantaggio;

iii) il fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione ovvero l'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione;

Con le Linee Guida n. 6, approvate nel novembre 2016 e aggiornate ad ottobre 2017, l'ANAC ha meglio precisato sia le fattispecie di "grave illecito professionale", che i "mezzi adeguati" cui ricorrono le stazioni appaltanti per l'accertamento dell'illecito stesso. Le Linee Guida non hanno valore normativo, che opera solo per il futuro, bensì interpretativo di norme previgenti.

Le nuove regole interpretative in tema di valutazione dell'illecito professionale sono entrate in vigore il 22 novembre 2017 e riguarderanno pertanto tutte le dichiarazioni e i DGUE compilati a partire da tale data, a prescindere dalla data di pubblicazione del bando e dall'espresso richiamo nella *lex specialis*.

Le Linee Guida richiamate individuano anzitutto quattro categorie di provvedimenti (giurisdizionali o amministrativi) rilevanti per indi-

---

dall'operatore economico che abbia precedentemente partecipato alle consultazioni preliminari di mercato; la sottoposizione dell'operatore economico a provvedimenti interdittivi; la violazione del divieto di intestazione fiduciaria; la mancata autocertificazione o presentazione della certificazione di regolarità con la legge n. 68/1999; la mancata denuncia all'autorità giudiziaria di aver subito alcuni reati; il trovarsi, rispetto ad altro partecipante alla gara, in una situazione di controllo o altra situazione che denoti l'imputazione delle rispettive offerte a unico centro decisionale; la presentazione, in gara o negli affidamenti di subappalti, di documentazione falsa o non veritiera; l'iscrizione nel casellario informatico dell'ANAC per il periodo durante il quale perdura l'iscrizione..

viduare il “grave illecito professionale”.

Si tratta di situazioni che non comportano l’automatica esclusione dalla gara, poiché è rimessa alla singola Stazione appaltante la discrezionale valutazione del “grave illecito professionale”.

A tal fine, la stazione appaltante deve essere messa nella condizione di conoscere tutte le criticità di ciascun operatore, tenuto a dichiarare tutte le situazioni rientranti in una delle 4 categorie. Ogni singola stazione appaltante valuterà poi, con provvedimento motivato e dopo contraddittorio, se quanto accaduto all’operatore abbia o meno inciso sulla sua capacità professionale (cap. VI Linee Guida).

1. Sentenze (anche) non definitive (quindi anche una sentenza di primo grado appellata) per alcuni specifici reati: - abusivo esercizio di una professione; - reati fallimentari; - reati tributari; - reati societari; - reati contro l’industria e il commercio; - reati urbanistici correlati a gare per lavori o per servizi di ingegneria; - reati previsti dal d.lgs. 231/2001; - turbativa nelle gare pubbliche; - frode nelle pubbliche forniture; - le condanne al risarcimento danni da inadempimento di contratti di pubbliche forniture (par. 2.1).

2. Provvedimenti che rappresentano un indice di “significative carenze nell’esecuzione di un precedente contratto”, che integrano una fattispecie “classica” di illecito professionale (par. 2.2.1):

- La risoluzione anticipata del contratto pubblico non contestata in giudizio o confermata con sentenza;
- la condanna al risarcimento del danno;
- l’escussione della garanzia definitiva;
- l’applicazione di penali superiori, singolarmente o cumulate, all’1% dell’importo dei singoli contratti.

Una riflessione meritano le penali.

In primo luogo, l’1% è in realtà la soglia sopra la quale la Stazione appaltante è tenuta a dare comunicazione all’ANAC ai fini dell’iscrizione nel casellario informatico (par. 4.1, lett. c). Da questa indicazione si deduce indirettamente che solo dette penali rilevino in sede di gara e solo queste il concorrente è onerato di dichiarare. L’importo dell’1% si può raggiungere anche sommando le singole penali ricevute durante tutto l’arco di esecuzione del contratto, comprese le proroghe dello stesso. Viceversa, anche se il pensiero “sostanzialista” di ANAC potrebbe essere diverso, dal punto di vista formale, essendo il rinnovo un “nuovo contratto”, le penali ricevu-

te precedentemente non si cumulano con quelle comminate nel periodo del rinnovo.

Quanto alla rilevanza temporale, posto che le Linee Guida fanno riferimento anche alla “previgente disciplina” (par. 2.2.1.1, lett. b), i concorrenti devono comunicare le penali applicate in tutti i tre anni precedenti, andando a ritroso superando sia la data di vigenza delle Linee Guida (22 novembre 2017) sia quella del nuovo codice degli appalti (20 aprile 2016).

Forse per una “svista” dell’Autorità (che, nel caso della più grave sanzione della risoluzione del contratto, ne ha negato la rilevanza in caso di contestazione in giudizio - par. 2.2.1.1, lett. a), le penali dovrebbero “pesare” anche se l’appaltatore le ha contestate innanzi al giudice (anche questo punto comincia ad essere preso in considerazione dalla giustizia amministrativa: cfr. TAR Sicilia, Sez. II, 10 novembre 2017, n. 2548).

Nondimeno, posto che l’indicazione contenuta nelle Linee Guida colloca le penali dopo la locuzione “condanna al risarcimento del danno” (cfr. par. 2.2.1.1, lett. b), la (non chiara) espressione potrebbe comunque indurre la giurisprudenza più attenta ad offrire una diversa e più ragionevole lettura, ritenendo rilevanti solo le penali “non contestate, ovvero confermate con provvedimento esecutivo all’esito di un giudizio” (mutuando l’indicazione delle Linee Guida sulla risoluzione del contratto).

Tuttavia, fino a che non vi saranno indicazioni diverse, è buona prassi comunicare tutte le penali superiori alla soglia dell’1% anche se contestate in giudizio; circostanza, quest’ultima, comunque utile per il peso che avrà nella decisione discrezionale della Stazione appaltante di ritenere rilevanti o meno le penali ai fini dell’esclusione dalla gara.

In caso di RTI, le penali “pesano” sul singolo componente che le ha provocate; laddove l’inadempimento fosse stato invece generato da più componenti, la penale dovrà essere suddivisa tra gli stessi secondo le regole dettate per il funzionamento del raggruppamento. Tale circostanza impone, in futuro, di regolare specificatamente anche queste fattispecie nei regolamenti di RTI, che dovranno anche contenere la clausola di insussistenza delle nuove clausole ostantive dettate proprio dalla Linea Guida.

3. Illeciti posti in essere durante le gare, ritenendo rilevanti tutti gli atti o i comportamenti diretti ad alterare le decisioni della stazione

appaltante e ad ottenere informazioni riservate (par. 2.2.2); comportamenti che la giustizia amministrativa comincia a valutare (cfr. Tar Lazio, Sez. II, 9 novembre 2017 n. 11161).

4. Provvedimenti delle Autorità Indipendenti (par. 2.2.3.1):

- i provvedimenti dell’Autorità Antitrust;
- i provvedimenti sanzionatori esecutivi comminati dalla stessa ANAC iscritti nel Casellario dell’Autorità.

Quanto ai “mezzi adeguati” a dimostrare che l’operatore economico sia incorso in un grave illecito professionale, le Linee Guida individuano due strumenti cui le stazioni appalti possono ricorrere per verificare la veridicità delle dichiarazioni rese:

- il certificato dei carichi pendenti presso la Procura della Repubblica (per verificare la sussistenza di condanne non definitive);
- il casellario informatico presso ANAC (in cui sono segnalate le circostanze che possono integrare l’illecito professionale); proprio per “popolare” il casellario informatico, le Linee Guide forniscono l’elenco dei provvedimenti che le Stazioni appaltanti devono comunicare all’ANAC per l’iscrizione nel casellario informatico (All. 2, par. 4, Linee Guida).

Le indicazioni contenute nelle Linee Guida si riflettono sugli obblighi dichiarativi del concorrente; dunque l’ANAC offre indicazioni utili anche alla compilazione del DGUE (paragrafo 4.2).

I concorrenti dovranno inserire nel DGUE tutti i provvedimenti astrattamente idonei a porre in dubbio la propria integrità o affidabilità, anche se non ancora inseriti nel casellario informatico: i concorrenti sono dunque obbligati a dichiarare sia i provvedimenti annotati nel casellario informatico, sia quelli non annotati (es.: penali applicata successivamente alla presentazione del DGUE).

Poiché la Stazione appaltante è chiamata a decidere, caso per caso, se il provvedimento incida o meno sulla “moralità professionale”, in presenza di provvedimenti negativi deve ritenersi buona prassi fornire tutta la documentazione utile a dimostrare l’illegittimità del provvedimento negativo (con note, lettere, controdeduzioni, ecc.). Nel caso delle penali, sarà utile descrivere il fatto, allegare la corrispondenza intercorsa ed una breve relazione della società (fatturato, numero dipendenti, certificazioni, procedure utilizzate per controllare l’esecuzione dei contratti, gli organi di controllo, etc.), al fine di dimostrare l’affidabilità e la serietà professionale.

Si rammenta che la falsa attestazione circa l’insussistenza di situa-

zioni negative, o l'omissione di situazioni negative, costituiscono ex se una causa di automatica esclusione (cfr. art. 80, comma 5, lett. f-bis del d.lgs. n. 50 del 2016).

L'onere della prova circa la gravità dell'illecito spetta alla Stazione appaltante, che ha l'obbligo di valutare in contraddittorio con il concorrente non solo la gravità delle singole situazioni negative, ma anche le eventuali misure di self cleaning adottate (cap. VII); misure che vanno soprattutto adottate per le penali, per le quali non è sufficiente opporre l'avvenuta impugnazione in giudizio.

La norma introduce, infine, come elemento di novità l'istituto del self-cleaning, che limitatamente alle ipotesi di delitti di cui al comma 1 o di illeciti professionali di cui al comma 5, consente all'operatore economico di evitare la sanzione dell'esclusione qualora egli possa dimostrare di aver risarcito o essersi impegnato a risarcire qualunque danno causato dal reato o dall'illecito (l'ipotesi è limitata ai casi in cui la sentenza definitiva ha imposto una pena detentiva inferiore a 18 mesi ovvero ha riconosciuto l'attenuante della collaborazione).

In tal caso se la stazione appaltante, nell'esercizio della propria discrezionalità, ritiene che le misure impiegate siano sufficienti, l'operatore economico non è escluso dalla procedura.

Tale innovazione lascia ampio margine di scelta all'Amministrazione nella valutazione sia sul tipo di "prove" idonee a dimostrare la effettiva presa di distanza del fornitore rispetto al fatto che avrebbe dato origine alla causa di esclusione, sia alla relativa incidenza sulla affidabilità dello stesso.

In linea con quanto previsto dal previgente Codice, anche il D.Lgs. n. 50/2016 riproduce la disposizione che prevede che in caso di presentazione di falsa dichiarazione o falsa documentazione, nelle procedure di gara e negli affidamenti di subappalto, la stazione appaltante ne dà segnalazione all'ANAC che, se ritiene che siano state rese con dolo o colpa grave in considerazione della gravità della violazione, dispone l'iscrizione nel casellario informatico ai fini dell'esclusione dalle procedure di gara e di sub appalto fino a due anni.

Accanto ai requisiti di ordine generale stabiliti dall'art. 80, il successivo articolo 83 detta i criteri di selezione che possono riguardare, esclusivamente:

a) i requisiti di idoneità professionale;

b) la capacità economica e finanziaria;

c) le capacità tecniche e professionali.

Per quanto riguarda l' idoneità professionale, non cambia molto rispetto al vecchio art. 39 del D.Lgs. n. 163/2006, in quanto anche in questo caso è previsto che ai fini della sussistenza dei requisiti di idoneità professionale, i concorrenti alle gare devono essere iscritti nel registro della CCIAA o presso i competenti ordini professionali. Nelle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, se i candidati devono essere in possesso di una particolare autorizzazione, la stazione appaltante può chiedere di provare il possesso di tale autorizzazione (es. iscrizione nel registro delle agenzie ai sensi della L. n. 276/2003).

Per la verifica dei requisiti di capacità economica e finanziaria, il Codice prevede che le stazioni appaltanti possano richiedere agli operatori economici la dimostrazione del possesso di fatturato annuo minimo nel settore oggetto di affidamento o, anche, che forniscano informazioni riguardo ai conti annuali evidenziando i rapporti tra passività e attività, e che abbiano adeguata copertura assicurativa. Il fatturato minimo annuo richiesto non può comunque superare il doppio del valore stimato per l'appalto, calcolato in relazione al periodo di riferimento dello stesso (dunque comprensivo anche di eventuali proroghe e rinnovi).

Per gli appalti di servizi e forniture, per i requisiti di capacità tecniche e professionali, le stazioni appaltanti possono richiedere requisiti per garantire che gli operatori economici possiedano le risorse umane e tecniche e l'esperienza necessarie per eseguire l'appalto con un adeguato standard di qualità.

### 2.4.1. L'avvalimento.

L'istituto dell'avvalimento, sulla spinta della copiosa giurisprudenza elaborata nel corso degli anni, rappresenta uno degli elementi maggiormente innovativi che si ritrovano nel Codice, divenendo da strumento di mera "garanzia" ad elemento "operativo".

L'art. 89 stabilisce che gli operatori economici possono avvalersi delle capacità di altri soggetti solo se questi ultimi eseguono direttamente i lavori o i servizi per cui tali capacità sono richieste. Viene quindi previsto l'obbligo di avvalimento operativo con l'assunzione da parte dell'ausiliaria del ruolo di co-esecutore dell'appalto relativamente ai lavori o servizi per i quali si fa ricorso allo strumento dell'avvalimento, volendosi in tal modo prevenire l'abuso di utilizzo solo fittizio di questo tipo di strumento. Ulteriore obbligo, funzionalmente correlato all'avvalimento operativo è quello stabilito dal comma 9, per la stazione appaltante, di effettuare, in corso di esecuzione, le verifiche sostanziali circa l'effettivo possesso dei requisiti e delle risorse oggetto di avvalimento da parte dell'impresa ausiliaria, nonché l'effettivo impiego delle risorse medesime nell'esecuzione dell'appalto. Troppo spesso, infatti, è sorto il dubbio se gli impegni assunti dall'ausiliaria in sede di gara siano stati poi effettivamente rispettati in fase di esecuzione.

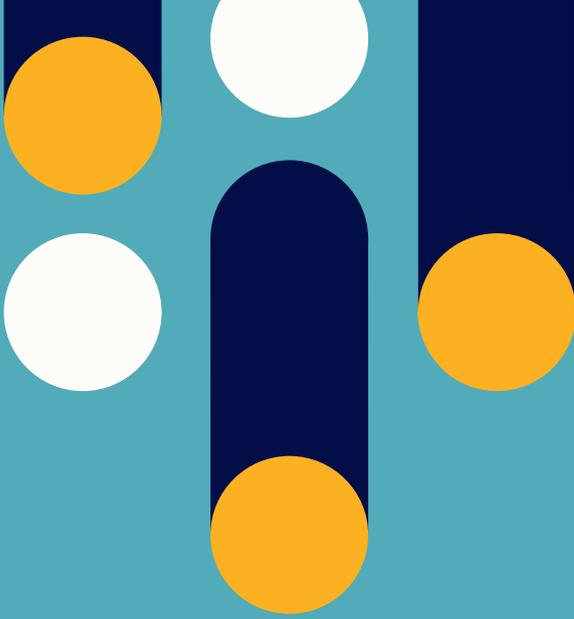
La nuova disposizione chiarisce anche le modalità del controllo. È il responsabile unico del procedimento che accerta in corso d'opera che le prestazioni oggetto di contratto sono svolte dalle risorse umane e strumentali dell'impresa ausiliaria che il titolare del contratto utilizza in adempimento degli obblighi derivanti dal contratto di avvalimento. La portata della disposizione è stata rafforzata dall'inciso, inserito dal decreto correttivo, in base al quale il mancato utilizzo accertato dal RUP delle risorse umane e strumentali oggetto di avvalimento è causa di risoluzione del contratto.

La stazione appaltante trasmette all'Autorità tutte le dichiarazioni di avvalimento, indicando altresì l'aggiudicatario, per l'esercizio della vigilanza, e per la prescritta pubblicità.

Anche l'ausiliaria deve possedere i pertinenti criteri di selezione e non devono sussistere nei suoi confronti cause di esclusione ai sensi dell'art. 80.

Si evidenzia che la disciplina dettata dall'art. 89, in tema di possesso dei requisiti dell'impresa ausiliaria è tendenzialmente opposta

a quella prevista in tema di sub appalto. In quest'ultima ipotesi, la mancanza dei requisiti in capo al sub appaltatore provoca l'esclusione dalla gara dell'operatore economico ai sensi di quanto disposto dall'art. 80 del Codice. L'art. 89, comma 3, invece, riprendendo pedissequamente il disposto della direttiva europea, impone all'operatore economico la **sostituzione** dell'ausiliaria non in possesso dei requisiti anziché, come nell'altra ipotesi, l'**esclusione** dell'operatore dalla procedura.



## capitolo III

lo svolgimento  
delle procedure di gara.

### 3.1. I criteri di aggiudicazione: prezzo più basso ed offerta economicamente più vantaggiosa. Focus: il criterio di aggiudicazione all'offerta economicamente più vantaggiosa quale unico criterio utilizzabile nelle procedure per l'affidamento di contratti "ad alta intensità di manodopera".

Tra le novità di maggior rilievo nell'impianto delle nuove direttive comunitarie si sottolinea il superamento dell'equi-ordinazione dei criteri di aggiudicazione e la netta preferenza che viene assegnata al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (anche "OEPV"), che è ora individuata seguendo un approccio costo/efficacia, che può includere il miglior rapporto qualità/prezzo valutato in relazione a criteri anche qualitativi sociali o ambientali connessi all'oggetto dell'appalto.

Viene previsto quale **criterio ordinario** quello dell'OEPV e l'eccezionalità del criterio del prezzo più basso che, oltre ad essere autorizzato in limitate ipotesi, deve essere comunque motivato.

La circostanza che l'OEPV rappresenta nel nuovo codice il criterio ordinario di aggiudicazione è stata rafforzata dal recente inserimento del comma 10-bis che specifica che, al fine di individuare l'effettiva individuazione del miglior rapporto qualità/prezzo, la stazione appaltante valorizza gli elementi qualitativi dell'offerta e individua criteri tali da garantire un effettivo confronto concorrenziale sugli aspetti tecnici dell'offerta, riservando a quest'ultima un punteggio economico massimo del 30%.

Orbene, ferme le sopra riportate regole generali sui limiti di ammissibilità del ricorso all'uno o all'altro dei due criteri, in relazione ad **alcuni specifici contratti** è stato previsto l'obbligo di **utilizzare esclusivamente il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa**, ed è il caso dei contratti relativi ai **servizi sociali** e di **ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica**, di cui all'allegato IX, nonché in generale per i **servizi ad alta intensità di manodopera**, come definiti dall'art. 50, comma 2, ovvero sia quelli nei quali il costo della manodopera è pari almeno al 50% dell'importo totale del contratto, quale il servizio di somministrazione di lavoro.

Sulla portata del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa si è di recente pronunciata la terza sezione del Consiglio di

Stato con la sentenza n. 2014 del 2 maggio 2017 e con l'ordinanza n. 5138 del 7 novembre 2017, definendo l'offerta economicamente più vantaggiosa come criterio "principale", e il massimo ribasso come criterio del tutto "residuale" utilizzabile solo in alcuni e tassativi casi, e comunque previa specifica ed adeguata motivazione. Con il nuovo art. 95 del d.lgs. 50/2016 il legislatore ha infatti riconosciuto come meritevole di tutela del "diritto dell'operatore economico a formulare un'offerta che possa validamente rappresentare la qualità delle soluzioni elaborate ed essere giudicata in relazione anche a tali aspetti, oltre che sulla limitativa e limitante (se isolatamente considerata) prospettiva dello "sconto" (Consiglio di Stato, Sez. III, ordinanza 7 novembre 2017, n. 5138).

Il Consiglio di Stato ha inoltre chiarito il rapporto tra i due criteri precisando che laddove ricorrano le fattispecie di cui al comma 3 scatta un obbligo speciale di adozione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa che non ammette deroghe, nemmeno al ricorrere delle fattispecie di cui al comma 4.

Con la sentenza richiamata è stato inoltre riconosciuto il servizio di somministrazione di lavoro quale appalto di servizi ad alta intensità di manodopera secondo quanto chiarito dall'art. 50 del nuovo codice, a fronte del quale scatta, dunque, per la stazione appaltante l'obbligo di aggiudicarlo unicamente con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Nel rispetto di quanto previsto nell'art. 95, i criteri di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa devono essere oggettivi e connessi all'oggetto dell'appalto. Il comma 6 individua i criteri da seguire, tra i quali, a titolo esemplificativo:

- a) qualità (accessibilità, certificazioni e attestazioni in materia di sicurezza e salute dei lavoratori, caratteristiche sociali, ambientali, caratteristiche innovative);
- b) organizzazione, qualifiche ed esperienza del personale effettivamente utilizzato nell'appalto
- c) condizioni di consegna ed esecuzione.

In base al successivo comma 10, nell'offerta economica l'operatore è tenuto ad indicare i propri costi aziendali per l'adempimento delle norme in materia di sicurezza e salute sui luoghi di lavoro, risolvendo quindi l'annosa questione – oggetto di numerosi ricorsi innanzi la giustizia amministrativa – circa l'obbligo di separata indicazione di tali costi, indipendentemente dal fatto che la *lex specialis* preve-

da o meno tale onere.

Importante novità introdotta dal decreto correttivo risiede nell'obbligo dell'operatore di inserire nella propria offerta economica, oltre ai già richiamati costi per la sicurezza, anche i propri costi della manodopera. La medesima disposizione precisa che le stazioni appaltanti verificano che i costi del personale non siano inferiori ai minimi salariali retributivi indicati nelle tabelle ministeriali di futura adozione, in relazione ai quali non sono ammesse giustificazioni. L'indicazione dei costi, tanto della sicurezza che della manodopera, è derogata solo in caso di forniture senza posa in opera, i servizi di natura intellettuale e per gli affidamenti di importo inferiore a 40.000 €.

È il caso di sottolineare che tra le prime linee guida adottate dall'A-NAC rientra proprio quella in materia di offerta economicamente più vantaggiosa.

L'autorità fa riferimento alla possibilità, ai sensi del comma 7 dell'art. 95, di competere esclusivamente sulla qualità, annullando l'elemento "costo" nell'ambito dell'OEPV. La norma in questione prevede espressamente che l'elemento relativo al costo può assumere la forma di un prezzo fisso o costo fisso sulla base del quale gli operatori economici competeranno solo in base a criteri qualitativi.

Secondo l'Autorità, la norma lascia aperta la possibilità per le stazioni appaltanti, di definire le fattispecie per le quali è possibile annullare l'elemento "costo". Tale approccio potrebbe essere utilizzato soprattutto nelle ipotesi in cui la gara d'appalto abbia ad oggetto la pura prestazione di manodopera, lasciando così la concorrenza solo sulla qualità del servizio offerto. L'uso di questo criterio viene però auspicato solo in relazione ad affidamenti in cui sia possibile individuare con sufficiente grado di certezza il prezzo "congruo" della prestazione, rischiando altrimenti ipotesi di impossibilità di gestione del servizio o, peggio ancora, di "indebito arricchimento" del privato in caso di prezzi eccessivamente alti.

### 3.2. La valutazione dell'anomalia dell'offerta.

L'art. 97 del nuovo Codice contempla la disciplina della procedura di valutazione delle offerte anormalmente basse in sede di aggiudicazione dell'appalto. Per offerta anormalmente bassa si intende un'offerta per la quale vi sia una presunzione di insostenibilità, in quanto essa supera dei parametri normativamente stabiliti di affidabilità; in presenza di tali "indici sintomatici" l'Amministrazione potrà (o dovrà, a seconda dei casi) avviare la verifica di congruità al fine di assicurarsi che l'operatore economico abbia proposto un'offerta seria che garantisca sia l'esecuzione delle prestazioni sia un'adeguata remunerazione.

La disposizione stabilisce, in linea con quanto previsto dalla normativa europea e dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, l'impossibilità di procedere all'esclusione automatica delle offerte anomale per gli appalti di rilievo comunitario, mentre per gli appalti sotto-soglia è stata confermata la facoltà dell'esclusione automatica in presenza del criterio del prezzo più basso e solo qualora le offerte presentate siano superiori a 10.

Qualora l'offerta, in base al meccanismo di calcolo adottato, risulti anormalmente bassa, spetta alla stazione appaltante richiedere giustificazioni all'operatore economico sulla sostenibilità.

I criteri di calcolo dell'anomalia variano in relazione al criterio di aggiudicazione adottato<sup>39</sup>.

Cambia anche la modalità di esecuzione della verifica della congruità dell'offerta, passando dal precedente sistema "tri-fasico" (giustificazioni – chiarimenti – colloquio orale) per il quale la giurisprudenza aveva ritenuto che, ove non rispettato, ciò costituisse causa di illegittimità dell'esclusione del concorrente, si passa ad un sistema sostanzialmente unitario in cui la stazione appaltante assegna al concorrente un termine non inferiore a 15 giorni entro i quali quest'ultimo deve "provare", allegandone la relativa documentazio-

---

39 - Quando il criterio è quello del prezzo più basso e le offerte ammesse sia pari o superiore a cinque, la congruità delle offerte è valutata sulle offerte che presentano un ribasso pari o superiore ad una soglia di anomalia determinata, procedendo al sorteggio, in sede di gara, di uno dei cinque metodi previsti dall'art. 95. Quando il criterio di aggiudicazione è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa la congruità delle offerte è valutata sulle offerte che presenta 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.

ne a giustificazione, il basso livelli di prezzi o costi proposti. La giurisprudenza formatasi sotto la vigenza del nuovo codice dei contratti è intervenuta a chiarire la portata della nuova disciplina delle giustificazioni del prezzo, precisando che il subprocedimento “monofasico” di verifica di anomalia delle offerte deve comunque avvenire nel rispetto del principio del contraddittorio. In particolare, le pronunce hanno chiarito che la circostanza che l’ulteriore fase di confronto procedimentale dopo la presentazione delle giustificazioni non sia più prevista come obbligatoria in ogni caso dalla norma di legge, non esclude che la stazione appaltante non sia tenuta alla richiesta di ulteriori chiarimenti o a una audizione quando le circostanze concrete lo richiedano per l’incompletezza delle giustificazioni.

La vera novità del procedimento di verifica di congruità dell’offerta stabilito dal nuovo codice degli appalti rispetto al previgente d.lgs. 163/2006 risiede nel diverso approccio alla verifica predetta. Sotto la vigenza del vecchio codice, infatti, l’anomalia veniva rintracciata nell’inattendibilità dell’offerta nel suo complesso.

Con il nuovo art. 97, invece, il legislatore ha inserito quattro ipotesi al ricorrere delle quali l’offerta è ritenuta ex se incongrua, da cui deriva la doverosa esclusione.

In particolare, la stazione appaltante esclude il concorrente se accerta che l’offerta è anormalmente basse in quanto:

- a) non rispetta gli obblighi di cui all’articolo 30, comma 3 in materia di ambientale, sociale e del lavoro;
- b) non rispetta gli obblighi di cui all’articolo 105 in materia di subappalto;
- c) sono incongrui gli oneri aziendali della sicurezza di cui all’articolo 95, comma 10 rispetto all’entità e alle caratteristiche dei lavori, dei servizi e delle forniture;
- d) il costo del personale e’ inferiore ai minimi salariali retributivi indicati nelle apposite tabelle di cui all’articolo 23, comma 16.

Alla stregua dell’ultima fattispecie richiamata, dunque, la stazione appaltante esclude l’offerta laddove riscontri il mancato rispetto del salario retributivo minimo costituzionalmente garantito (art. 36 Cost.): si tratta di voce retributiva inderogabile e diversa dal ben più ampio costo del lavoro (o della manodopera, o del personale), quest’ultimo riferibile al costo tabellare che comprende, oltre alla retribuzione minima, anche i costi aziendali che l’appaltatore sostiene.

ne per le assenze causate da ferie, malattie, infortuni, permessi etc. Inoltre, per effetto del decreto correttivo, la verifica del rispetto dei minimi salariali retributivi è stata resa un adempimento ordinario, da effettuarsi prima dell'aggiudicazione, anche indipendentemente dal superamento della soglia di anomalia e dunque dell'attivazione del relativo subprocedimento (art. 95, comma 10).

In conclusione, alla stregua del nuovo codice degli appalti, la stazione appaltante esclude l'offerta se le spiegazioni non sono presentate entro il termine assegnato oppure nei casi di cui all'art. 97, comma 5, tra i quali anche il mancato rispetto dei minimi salariali retributivi indicati nelle apposite tabelle ministeriali.

Viceversa, la stazione appaltante dovrà provvedere a chiedere chiarimenti e integrazioni in caso di spiegazioni sussistenti, ma prive di documentazione allegata o laddove quest'ultima sia incompleta o poco chiara.

La stazione appaltante in ogni caso può valutare la congruità dell'offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa.

In tema di costo della manodopera, assume rilievo anche la previsione inserita nell'art. 23 dal decreto correttivo 56/2017. Quest'ultima al comma 16 impone alla stazione appaltante, al fine di determinare l'importo a base d'asta, di individuare nei documenti di gara i costi della manodopera, presunti sulla base della determinazione del costo del lavoro operata annualmente dalle citate tabelle ministeriali.

Nei settori, quali la somministrazione di lavoro, in cui non esistono tabelle ministeriali, il predetto costo deve determinarsi sulla base del costo determinato dalla contrattazione collettiva.

Dal combinato disposto degli articoli 23 e 97 del nuovo codice dei contratti, dunque, da un lato, la stazione appaltante deve individuare una base d'asta congrua tenendo conto del costo della manodopera (art. 23, comma 16); dall'altro, come più sopra ricordato, il concorrente è tenuto a indicare nella propria offerta i propri costi della manodopera (art. 95, comma 10) ai fini della verifica della congruità dell'offerta.

Con riferimento al costo della manodopera, di centrale importanza nelle gare per la somministrazione di lavoro, in cui l'offerta ha ad oggetto esclusivamente il costo del personale (oltre al margine di Agenzia), è il tema dei costi dell'assenteismo (ossia dei costi per far

fronte alle ore a qualsiasi titolo non lavorate dai lavoratori somministrati).

Questi ultimi rappresentano costi ontologicamente futuri ed incerti, che non sono preventivabili – ma soltanto stimabili – sia dalla stazione appaltante al momento della determinazione della base d’asta, sia dall’Agenzia concorrente al momento di partecipazione alla gara; ciononostante, detti costi rappresentano un sicuro onere economico, talvolta incidente sull’aggiudicatario, talvolta incidente sulla stazione appaltante, a seconda (come si vedrà) che il bando preveda l’assenteismo “a carico” del primo piuttosto che del secondo.

In tale contesto, l’obbligo (imposto dall’art. 23, comma 16 del d.lgs. 50/2016) di indicare nella legge di gara il costo della manodopera, nelle gare di somministrazione di lavoro deve necessariamente coordinarsi con le modalità concretamente prescelte dalla stazione appaltante in tema di “assenteismo”.

In particolare, le stazioni appaltanti sono solite operare secondo due diverse soluzioni: i) imputando l’assenteismo a carico dell’appaltatore e da questo ricompreso nel proprio margine di agenzia, con ciò facendone ricadere l’alea sul concorrente (con la conseguenza che il costo dell’assenteismo andrà potenzialmente ad erodere il margine di impresa rendendo l’appalto meno remunerativo e financo potenzialmente in perdita in caso di elevato assenteismo del personale somministrato); ii) oppure imputando l’assenteismo a carico dell’Amministrazione che ne rimborserà interamente i costi alla Agenzia per il Lavoro insieme all’integrale rimborso dei costi sostenuti per le ore lavorate dal personale somministrato.

Soprattutto quando ricorre il primo modello, è fondamentale che la stazione appaltante fornisca preventivamente ai concorrenti il dato storico del proprio assenteismo, atteso che detta scelta si riflette direttamente sulla redazione dell’offerta economica e direttamente incide sulla capienza o meno (e dunque sulla congruità) della stessa.

Sul tema si è di recente pronunciata la terza sezione del Consiglio di Stato (sentenza n. 746 del 5 febbraio 2018) in occasione di una gara che prevedeva che i costi per l’assenteismo fossero da ricomprendere nel margine offerto dall’Agenzia concorrente, alla stregua del primo dei due modus operandi sopra richiamati.

Il Consiglio di Stato ha ritenuto inaffidabile un’offerta economica

in cui la stima dei costi dell'assenteismo fosse "scollegata" dall'incidenza **concreta** delle assenze verificatesi presso **quella** stazione appaltante; accettare detta offerta, infatti, consentirebbe al concorrente di "ribaltare" l'ontologica alea dell'assenteismo sull'ente, **esponendo quest'ultimo al rischio di un appalto in perdita** (con tutte le conseguenze derivanti dalla responsabilità solidale che lega la stazione appaltante all'appaltatore).

I Giudici hanno dunque concluso per l'incongruità dell'offerta dell'Agenzia per il Lavoro che aveva calcolato in offerta i propri costi dell'assenteismo, in luogo di quelli "storici" della stazione appaltante.

Sotto diverso profilo, pur non pronunciandosi espressamente sul punto, la sentenza richiamata ha altresì dato atto de "l'asimmetria nella disponibilità dell'informazione tra il gestore uscente (al quale si riferisce il dato) e gli operatori economici": è anche alla luce di tale asimmetria informativa a vantaggio dell'operatore uscente che deve leggersi l'onere della stazione appaltante di fornire preventivamente il proprio dato storico dell'assenteismo per appianare la possibile distorsione della concorrenza che potrebbe derivare dalla conoscenza, da parte del gestore uscente a scapito delle altre concorrenti, del concreto costo dell'assenteismo presso l'utilizzatore.

### 3.3. Art. 29: gli adempimenti di pubblicità e trasparenza.

L'art. 29 prevede che tutti gli atti delle Amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori relativi alla programmazione di lavori, opere, servizi e forniture, nonché alle procedure per l'affidamento degli appalti pubblici di servizi e forniture devono essere Pubblicati e aggiornati sul profilo del committente, nella sezione "Amministrazione trasparente".

Al fine di consentire l'eventuale proposizione di ricorso ai sensi dell'art. 120, comma 2 bis del Codice del processo amministrativo, sono altresì Pubblicati, nei successivi due giorni dalla data di adozione dei relativi atti, l'elenco dei soggetti esclusi e di quelli ammessi al prosieguo della procedura di affidamento. È per la prima volta previsto, quindi, che la fase di ammissione dei candidati sia rilevante verso l'esterno, mediante la Pubblicazione di detto elenco in quanto ove i ricorsi avverso le ammissioni/esclusioni ivi contenute non vengano proposti nei termini decorrenti dalla Pubblicazione, le

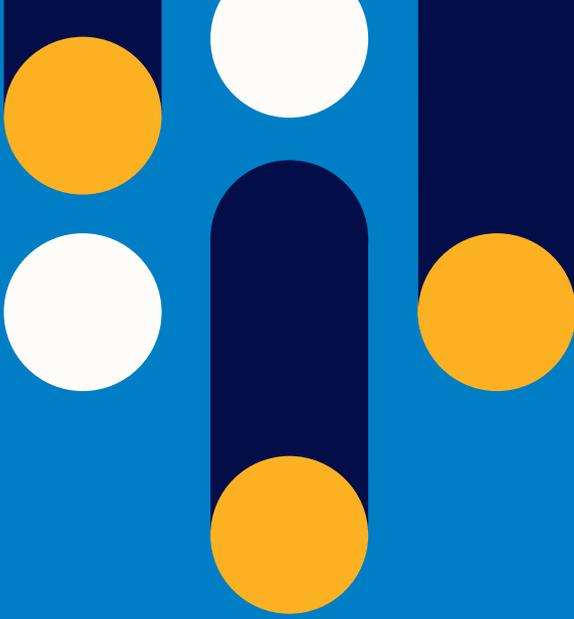
medesime doglianze non potranno poi essere riproposte successivamente all'aggiudicazione.

È altresì previsto che sia Pubblicata anche la composizione della commissione giudicatrice e i curriculum dei suoi componenti. Tali atti sono altresì Pubblicati sul sito del Ministero delle infrastrutture e dei Trasporti e sulla piattaforma digitale istituita presso l'ANAC.

Gli atti delle procedure di affidamento oggetto di pubblicità vanno individuati con riguardo alla tipologia e alla procedura in concreto esperita. Tra questi si annoverano:

- determinazione a contrarre;
- avviso o bando di gara;
- lettera di invito;
- provvedimento di ammissione o esclusione all'esito delle valutazioni dei requisiti soggettivi, economici e tecnici;
- altri provvedimenti di esclusione dei concorrenti;
- nomina della commissione giudicatrice;
- aggiudicazione o la decisione di non aggiudicare l'appalto;
- resoconti sulla gestione finanziaria dei contratti al termine della loro esecuzione.

Contestualmente a tale Pubblicazione è dato avviso ai concorrenti, anche mediante PEC, del provvedimento che determina l'esclusione o l'ammissione all'esito delle valutazioni, indicando l'ufficio o il collegamento informatico ad accesso riservato dove sono disponibili i relativi atti e, a partire dal momento in cui tali atti sono resi in concreto disponibili e corredati da motivazione, decorre il termine di trenta giorni per la proposizione del ricorso "superaccelerato" ex art. 120 comma 2 bis.



## capitolo IV

la fase dell'esecuzione  
del contratto.

## 4.1. L'esecuzione del contratto.

In tema di novità introdotte dal D.Lgs. 50/2016, merita una particolare attenzione la fase dell'esecuzione del contratto.

Seguendo le disposizioni di matrice comunitaria, il legislatore nazionale ha introdotto nel "nuovo" Codice 14 norme (dall'art. 100 al 113 del D.Lgs. 50/2016), con l'intento di snellire e semplificare il processo esecutivo degli appalti.

La prima norma che disciplina la fase dell'esecuzione nel "nuovo" Codice (Titolo V, Parte II), è l'art. 100 ove è prevista la facoltà per le stazioni appaltanti di pretendere condizioni particolari (per l'esecuzione dell'appalto) le quali possono attenersi alle esigenze ambientali e sociali.

L'esigenza di protezione ambientale (ed anche quella sociale) che condiziona tutte le fasi di gara (a partire dalla progettazione, la elaborazione del bando di gara, la fissazione dei requisiti di partecipazione dei concorrenti e dei requisiti delle prestazioni richieste, fino ai criteri di selezione delle offerte) viene oggi per la prima volta estesa anche alle condizioni di esecuzione dell'appalto e dei subappalti.

Il contenuto di cui all'art. 100 ("le stazioni appaltanti possono richiedere...") esprime una scelta discrezionale delle stazioni appaltanti, che (si spera) possa essere di volta in volta applicato attraverso una ponderata valutazione. E ovviamente dovrà trattarsi di un quid pluris rispetto alle condizioni minime di rispetto delle regole ambientali, che, come visto, sono una preconditione nella cui cornice si muove il sistema degli appalti pubblici.

L'art. 101 del Codice definisce i "soggetti delle stazioni appaltanti", che si occupano della fase esecutiva del contratto e vengono inoltre elencati in esse i compiti di tutti codesti soggetti. Va rilevato come il ruolo del Responsabile del Procedimento, soprattutto in ragione di quanto disposto dalla soprarichiamata norma, sia stato ulteriormente rafforzato rispetto al passato. Infatti, il RUP "nella fase dell'esecuzione, si avvale del direttore dell'esecuzione del contratto o del direttore dei lavori, del coordinatore in materia di salute e di sicurezza durante l'esecuzione previsto dal decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81, nonché del collaudatore ovvero della commissione di collaudo, del verificatore della conformità e accerta il corretto ed effettivo svolgimento delle funzioni ad ognuno affida-

te”<sup>40</sup>. Pertanto, l’art. 101 affida al RUP la direzione dell’esecuzione dei contratti, al fine di assicurare il controllo sui livelli di qualità delle prestazioni, prevedendo che, nella fase dell’esecuzione, «si avvale» di tutti i soggetti soprarichiamati.

Va aggiunto che, a norma dell’art. 111, comma 2, D.Lgs. 50/2016 (controllo tecnico, contabile ed amministrativo), il direttore dell’esecuzione del contratto di servizi o di forniture è (di norma) lo stesso RUP il quale provvede al coordinamento, alla direzione e al controllo tecnico-contabile dell’esecuzione del contratto stipulato dalla stazione appaltante, assicurando la regolare esecuzione da parte dell’esecutore.

Un ulteriore profilo da prendere in esame nella fase di esecuzione riguarda la cd. “garanzia definitiva” disciplinata dall’art. 103. L’impianto normativo disciplinato dall’appena citata norma prende spunto dalla “vecchia” legislazione<sup>41</sup>, con la previsione di alcune novità anche in quest’ambito, una delle quali riguarda l’importo della garanzia che è indicato nella misura del 10% dell’importo contrattuale nel caso di procedure di gara realizzate in forma aggregata da centrali di committenza. E’ altresì prevista la possibilità di ridurre l’importo della garanzia in caso di possesso di certificazioni di qualità ed ambientali, a maggiore dimostrazione del nesso rilevante che oggi contraddistingue il rapporto tra acquisti pubblici e tutela delle esigenze sociali e ambientali.

Altra novità attiene al caso in cui venga meno la garanzia: in tale ipotesi la stazione appaltante può pretendere la sua reintegrazione; nel caso in cui tale reintegrazione non avvenga, la garanzia verrà reintegrata sui ratei da corrispondere all’esecutore. Infine, l’art. 103 dispone un’ulteriore novità: la possibilità di “esonero” dalla prestazione della garanzia, che dovrà essere motivata e subordinata al miglioramento del prezzo con cui si è attenuta l’aggiudicazione. Rimanendo nel tema delle garanzie, il successivo art. 104 introduce una doppia garanzia: la garanzia cd “di buon adempimento” ed un’altra cd “per la risoluzione”, la quale viene prevista per assicurare la prestazione del servizio in caso di risoluzione.

Andando avanti nell’analisi della fase esecutiva degli appalti (e con specifica rilevanza in riferimento alle novità introdotte con l’avvento

---

40 - Art. 101, comma 1, D.Lgs. 50/2016.

41 - Art. 113 D.Lgs. 163/2006.

del nuovo Codice), una particolare attenzione deve essere posta sulla disciplina del “subappalto”.

Il comma 2 dell’art. 105 fornisce la definizione di subappalto: “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. Costituisce comunque subappalto qualsiasi contratto avente ad oggetto attività del contratto di appalto ovunque espletate che richiedono l’impiego di manodopera”.

Significative sono le novità in tale ambito:

- a) obbligo di indicare una terna di subappaltatori per i contratti sopra soglia (e corrispondente facoltà per le stazioni appaltanti di richiederne l’indicazione in caso di affidamenti sotto soglia); laddove l’appalto abbia ad oggetto più prestazioni, la terna dei subappaltatori va indicata per ciascuna tipologia di prestazione che il concorrente intende concedere in subappalto;
- b) limitazione del 30% dell’importo del contratto sia per i contratti di lavori, che per quelli di servizi e forniture;
- c) l’obbligo per l’affidatario di sostituire i subappaltatori relativamente ai quali (in corso di esecuzione delle prestazioni) sia venuto meno il possesso dei requisiti generali di partecipazione di cui all’art. 80.

La norma di riferimento fissa **due limiti** per il ricorso al subappalto:

1) per le opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti e opere speciali, l’eventuale subappalto non può superare il 30% dell’importo delle opere e non può essere (senza ragioni obiettive) suddiviso; 2) l’eventuale subappalto non può superare la quota del 30% dell’importo complessivo del contratto. Fermo restando il limite del 30%, è soggetto alla disciplina del subappalto il contratto avente ad oggetto attività ovunque espletate che richiedono l’impiego di manodopera d’importo superiore al 2% dell’importo dell’appalto o di importo superiore a 100.000 euro, in cui l’incidenza del costo della manodopera e del personale impiegato è superiore al 50% dell’importo del contratto.

Al di sotto delle predette soglie l’affidatario può procedere a sub affidamento, che impone unicamente l’onere di comunicare alla stazione appaltante, prima dell’inizio della prestazione, tutti i subcontratti stipulati per l’esecuzione dell’appalto, la tipologia e l’importo delle prestazioni affidate e il nome del subaffidatario.

Il decreto correttivo ha inserito un'ulteriore esclusione dall'ambito di applicazione del subappalto: si tratta dei c.d. "contratti continuativi", di cooperazione, di servizio e/o fornitura che siano stati stipulati in data antecedente all'indizione della procedura e regolamentino una collaborazione stabile.

L'art. 105, comma 3 lett. c-bis) prevede che detti contratti siano depositati alla stazione appaltante "prima o contestualmente alla sottoscrizione del contratto di appalto". La norma non pone in capo al terzo contraente con l'operatore economico alcun obbligo dichiarativo, imponendo esclusivamente il deposito del relativo contratto dopo la stipula del contratto di appalto. Sebbene non espressamente specificato dalla disposizione, la finalità sottesa all'art. 105 impone che anche le prestazioni che l'aggiudicatario intende affidare a un soggetto terzo in virtù del contratto continuativo di collaborazione debbano contenersi all'interno del 30% del valore del contratto (diversamente, il ricorso al contratto di collaborazione avrebbe una portata elusiva dell'istituto del subappalto).

Il correttivo ha inoltre inserito le quattro condizioni che consentono di ricorrere al subappalto e in particolare:

All'atto dell'offerta gli operatori economici devono indicare i lavori o le parti di opere o servizi e forniture che si intendono concedere in subappalto. Infine, il concorrente deve dimostrare l'assenza, in capo ai subappaltatori, dei motivi di esclusione di cui all'art. 80.

L'indicazione della terna di subappaltatori è obbligatoria per i contratti pari o sopra soglia comunitaria.

Conformemente al previgente sistema, il contratto di subappalto dovrà inoltre essere presentato dall'affidatario del servizio almeno 20 giorni prima dell'esecuzione delle prestazioni, con allegata la dichiarazione del subappaltatore attestante il possesso dei requisiti di qualificazione in relazione alla prestazione da eseguire in subappalto ed anche la dichiarazione dell'assenza delle cause di esclusione. Va rilevato che il contraente principale è responsabile in via esclusiva nei confronti della stazione appaltante. L'aggiudicatario è responsabile in solido con il subappaltatore in relazione agli obblighi retributivi e contributivi ai sensi dell'art. 29 del D.Lgs. 276/2003. Infine, il comma 19 dell'art. 105 ribadisce che è vietato il cd "subappalto a cascata". Pertanto, l'esecuzione delle prestazioni affidate in subappalto non può formare oggetto di ulteriore subappalto; inoltre, come già previsto nel previgente sistema, permane il divieto

di cessione del contratto.

Proseguendo nell'analisi della fase "esecutiva" del contratto, si deve dire che il legislatore nazionale (richiamando la disciplina comunitaria) ha previsto il rafforzamento delle funzioni di organizzazione, di gestione e di controllo della stazione appaltante sull'esecuzione delle prestazioni, attraverso **verifiche effettive** e non meramente documentali. L'art. 102 (Collaudo) fa riferimento ai poteri di verifica e intervento del responsabile del procedimento, del direttore dei lavori (in caso di contratti di lavori) e del direttore dell'esecuzione nei contratti di servizi e forniture. Nello specifico, il RUP controlla l'esecuzione del contratto congiuntamente al direttore dell'esecuzione (se nominato): verifica la conformità per i servizi e per le forniture, per **certificare** (e quindi con il rilascio del **certificato di verifica della conformità**) che le prestazioni, gli obiettivi e le caratteristiche tecniche, economiche e qualitative oggetto del contratto siano state eseguite e realizzate nel rispetto delle regole previste nel contratto stesso (pattuite e concordate in sede di aggiudicazione o affidamento). Per i **contratti sotto soglia comunitaria**, il sopracitato certificato viene sostituito dal **certificato di regolare esecuzione**. Il collaudo finale (ed anche certificato di verifica della conformità) viene rilasciato non oltre 6 mesi dalla fine della prestazione: esso ha carattere provvisorio e assume carattere definitivo decorsi 2 anni dalla sua emissione; decorso tale termine, se non viene approvato con atto formale entro 2 mesi successivi, si intende approvato tacitamente. All'esito positivo del collaudo o la verifica di conformità, il RUP rilascia il certificato di pagamento (non oltre 90 giorni dall'emissione del collaudo o certificato di conformità provvisorio) ai fini dell'emissione della fattura.

## 4.2. La modifica dei contratti durante il periodo di efficacia.

Le Direttive Comunitarie (24 e 25/2014 in materia di appalti nei settori ordinari e di concessioni) contengono, per la prima volta, disposizioni che disciplinano la fase dell'esecuzione del contratto. La ratio di ciò sta nell'assicurare il rispetto del principio di concorrenza, parità di trattamento e garanzia di buona Amministrazione anche in costanza di rapporto contrattuale tra PA e privato che, sino ad ora, era stato normativamente relegato ad un ruolo "secondario"

rispetto alla gara e, infatti, il vecchio Codice aveva quasi integralmente demandato la regolamentazione della fase esecutiva ad un successivo provvedimento (ovverosia il d.P.R. n. 207/2010), sull'onda dell'imprimatur delle precedenti direttive del 2004.

Con le direttive 2014 il legislatore europeo inverte diametralmente la propria rotta, passando da un quasi integrale disinteresse (quantomeno a livello di legislazione euro-unitaria) per la fase esecutiva dei contratti, alla previsione nel dettaglio dei livelli minimi di regolamentazione e dei principi generali il cui rispetto deve essere garantito anche in questa fase.

Un evidente segnale di questa rinnovata attenzione del legislatore a quanto avviene successivamente alla sottoscrizione del contratto, si ritrova nell'art. 106 del Codice, relativo alle "Modifiche dei contratti nel periodo di efficacia".

Nel prevedere una disciplina riguardante la rinegoziazione delle condizioni contrattuali, il legislatore europeo ha posto dei chiari limiti all'autonomia del legislatore statale e delle parti contraenti, al fine di evitare che un'eccessiva libertà di modificare gli accordi successivamente alla stipula del contratto, possa finire per eludere le regole stabilite prima della sottoscrizione dello stesso.

Preliminarmente va detto che in generale, in caso di modifiche sostanziali al contratto iniziale, permane comunque l'obbligo di indire una nuova procedura d'appalto<sup>42</sup>; si ribadisce in tal modo che la libertà negoziale delle parti, seppure riconosciuta, soggiace comunque al rispetto della concorrenza e della par condicio, per cui i connotati essenziali del contratto non possono essere "stravolti" al punto da snaturare la procedura ad evidenza Pubblica che è stata esperita al fine di individuare un esecutore, a pena di violazione dei canoni di trasparenza e parità di trattamento che devono ispirarla. Invero, le modifiche del contratto comportanti una variazione minore del valore del contratto sino ad un determinato valore dovrebbero essere sempre possibili senza l'indizione di una nuova procedura. Il comma 1 della predetta norma dispone che "Le modifiche, nonché le varianti, dei contratti di appalto in corso di validità devono essere autorizzate dal RUP con le modalità previste dall'ordinamen-

---

42 - Si parla di modifiche sostanziali quando le stesse dimostrano l'intenzione delle parti di rinegoziare elementi essenziali o condizioni del contratto in questione. Ciò si verifica quando le condizioni modificate avrebbero inciso sul risultato della procedura di gara nel caso in cui fossero state già parte della procedura iniziale.

to della stazione appaltante cui il RUP dipende”. Il presente comma indica anche i casi in cui i contratti di appalto nei settori ordinari e speciali possono essere modificati senza una nuova procedura di gara.

**A) Le modifiche previste nei documenti di gara.**

Le modifiche sono state previste nei documenti di gara iniziali in clausole chiare, precise ed inequivocabili<sup>43</sup> (quali, ad esempio, modifiche che possono avere ad oggetto clausole di revisione dei prezzi); esse devono essere adeguatamente pubblicizzate. Il dato fondamentale da considerare per queste clausole è che le stesse non apportano modifiche che avrebbero l'effetto di alterare la natura generale del contratto<sup>44</sup>.

**B) Le modifiche per prestazioni supplementari.**

Si prevede la necessità dei lavori, servizi e forniture supplementari non inclusi nell'appalto iniziale, quando il mutamento del contraente originale risulta impraticabile per due ragioni:

- 1) per motivi economici o tecnici (quali il rispetto dei requisiti di intercambiabilità o interoperatività tra apparecchiature, servizi o impianti forniti all'inizio dell'appalto);
- 2) comporta per l'Amministrazione notevoli disagi<sup>45</sup> ed una duplicazione di costi.

**C) Le variazioni in corso d'opera<sup>46</sup>.**

Viene dettata una nuova disciplina per le varianti in corso d'opera con il limite che l'aumento non superi il 50% del valore del contratto iniziale.

Tali varianti sono apportate nei seguenti casi:

- 1) la necessità di modifica è determinata da circostanze impreviste ed imprevedibili per l'Amministrazione aggiudicatrice<sup>47</sup>;
- 2) la modifica non deve alterare la natura generale del contratto<sup>48</sup>.

---

43 - Tali modifiche devono essere adeguatamente pubblicizzate negli atti di gara iniziali.

44 - Il limite di applicazione di tali clausole è quello per il quale esse non possono snaturare la struttura e le funzionalità essenziali del contratto.

45 - Notevoli disagi in ordine all'eventuale "nuovo" contraente da dover inserire nell'appalto in corso e tutto ciò che ne comporta in termini di documentazione amministrativa.

46 - Le Amministrazioni aggiudicatrici si trovano, a volte, ad affrontare circostanze esterne che non erano prevedibili al momento dell'aggiudicazione dell'appalto (soprattutto quando l'esecuzione dell'appalto stesso copre un periodo lungo).

47 - Le modifiche all'oggetto del contratto assumono la denominazione di varianti in corso d'opera. Tra le predette circostanze può rientrare anche la sopravvenienza di nuove disposizioni legislative o regolamentari o provvedimenti di autorità o enti preposti alla tutela di interessi rilevanti.

48 - Ad esempio, sostituendo i lavori, le forniture e i servizi oggetto dell'appalto con qualcosa di

**D) La sostituzione di un nuovo contraente<sup>49</sup>.**

L'originario contraente può essere sostituito da uno nuovo nei seguenti casi:

- 1) una clausola di revisione presente ab origine negli atti di gara e dotata di un sufficiente grado di chiarezza ed inequivocità<sup>50</sup>;
- 2) l'aggiudicatario iniziale può essere sostituito da un nuovo operatore o per causa di morte, o per contratto a seguito di ristrutturazioni societarie, fusione, scissione, acquisizione o insolvenza, purché il nuovo contraente soddisfi tutti i criteri di selezione qualitativa stabiliti inizialmente e purché ciò non implichi una modifica sostanziale del contratto e non sia finalizzato ad eludere le disposizioni del Codice ;
- 3) infine, nel caso in cui l'Amministrazione aggiudicatrice si assuma gli obblighi del contraente principale nei confronti dei subappaltatori di quest'ultimo.

**E) Le modifiche in base al valore della modifica.**

Il contratto può essere modificato anche laddove il valore della modifica sia inferiore sia alle soglie di rilievo europeo fissate dall'art. 35 che al 10% del valore iniziale del contratto (che, in caso di modifiche successive, deve essere accertato sulla base del valore complessivo netto delle successive modifiche).

**F) Le modifiche non sostanziali.**

Il Codice, al **comma 4 dell'art. 106**, elenca i casi in cui le modifiche **sono sostanziali; segnatamente sono considerate tali qualora:**

- 1) introducano condizioni che, se fossero state contenute nella procedura d'appalto iniziale, avrebbero consentito l'ammissione di altri candidati oppure l'accettazione di un'offerta diversa da quella dell'aggiudicatario;
- 2) sono idonee ad alterare l'equilibrio economico del contratto in favore dell'aggiudicatario;
- 3) estendano notevolmente l'ambito di applicazione del contratto;
- 4) un nuovo contraente sostituisca il vecchio aggiudicatario, in casi

---

diverso.

49 - In linea di principio, l'aggiudicatario iniziale non dovrebbe essere mai sostituito da altro operatore; tuttavia in corso di esecuzione (in particolare, qualora l'appalto sia aggiudicato a più di un'impresa), l'aggiudicatario potrebbe subire alcune modifiche strutturali quali, ad esempio, la riorganizzazione interna, incorporazione, fusione, acquisizione o insolvenza. Tali modifiche non dovrebbero prevedere l'indizione di una nuova procedura di gara.

50 - Modifiche previste nei documenti di gara iniziali in clausole chiare, precise ed inequivocabili di cui abbiamo detto al punto A) del presente documento.

diversi da quelli previsti dal Codice<sup>51</sup>.

In quest'ottica di riconoscere la possibilità di addivenire ad modifica del contratto in corso di esecuzione, il legislatore nazionale ha previsto anche i casi di modifica **per errore o omissione del progetto esecutivo** (che possono pregiudicare la realizzazione dell'opera o la sua utilizzazione); nel caso di specie non viene prevista l'indizione di una nuova gara solo se il valore della modifica è al di sotto della soglia comunitaria oppure non superi il valore del 10% del valore iniziale del contratto per i contratti di servizi e forniture<sup>52</sup>.

Le Amministrazioni aggiudicatrici, nel caso di modifica del contratto per prestazioni supplementari, Pubblicano un avviso sulla Gazzetta Ufficiale; inoltre, hanno l'obbligo di comunicare tali modifiche entro 30 giorni all'ANAC (la quale a sua volta provvede alla pubblicità sul proprio sito istituzionale). In caso di mancato adempimento a tale obbligo è prevista una sanzione alla stazione appaltante dell'importo complessivo tra € 50 e € 200 per ogni giorno di ritardo.

Analoga procedura deve essere eseguita anche per le varianti in corso d'opera con alcune distinzioni: per gli appalti sotto soglia, le varianti vengono comunicate dal RUP all'Osservatorio per i contratti pubblici, entro 30 giorni dall'approvazione della stazione appaltante sulle varianti stesse; per i contratti di importo pari o sopra la soglia comunitaria, le varianti eccedenti il 10% dell'importo originario del contratto sono trasmesse dal RUP all'ANAC (con allegato il progetto esecutivo, l'atto di validazione e la relazione del RUP) entro 30 giorni dall'approvazione della stazione appaltante<sup>53</sup>.

La durata del contratto può essere modificata per i contratti in corso di esecuzione che prevedono in essi una **opzione di proroga**. Detta proroga è (oramai principio consolidato) limitata al tempo strettamente necessario per l'indizione e lo svolgimento di una nuova gara per l'individuazione di un nuovo contraente<sup>54</sup>.

Il comma 12 dell'art. 106 prevede la facoltà di aumento o diminuzione delle prestazioni nei limiti del cd. **quinto d'obbligo**: nel caso in cui nel corso dell'esecuzione si renda necessario un aumento o

---

51 - I casi diversi sono quelli che non rientranti nella lettera D) del presente documento.

52 - I titolari di incarichi di progettazione sono responsabili per i danni subiti dalle stazioni appaltanti in conseguenza di errori o omissioni della progettazione.

53 - Nel caso in cui l'ANAC rileva illegittimità nella variante in corso d'opera, potrà applicare le sanzioni previste dall'art. 213 del D.lgs. 50/2016.

54 - Va detto che, in caso di proroga, il contraente è tenuto all'esecuzione delle prestazioni previste nel contratto agli stessi prezzi, patti e condizioni o più favorevoli alla stazione appaltante.

una diminuzione delle prestazioni (fino al massimo di 1/5 dell'intera prestazione), la stazione appaltante può richiedere tale aumento o diminuzione senza che l'appaltatore possa ricorrere alla risoluzione anticipata del contratto<sup>55</sup>. In tal caso, l'appaltatore ha l'obbligo di eseguire la variante ai medesimi prezzi, patti e condizioni del contratto iniziale.

Concludendo con l'analisi dell'art. 106, il comma 13 (**cessione del credito**) del medesimo articolo prevede la possibilità, per gli affidatari esecutori, di poter cedere i propri crediti per i corrispettivi d'appalto. La cessione deve essere fatta per atto pubblico o scrittura privata autenticata nei confronti di soggetti qualificati (ai sensi della L. n. 52/1991) e deve essere notificata all'Amministrazione debitrice la quale, può opporsi alla cessione entro 45 giorni dalla notifica dell'atto di cessione; in caso contrario, vale la regola del silenzio-assenso e la cessione diviene automaticamente efficace.

### 4.3. La sospensione.

La disciplina della sospensione del contratto in corso di esecuzione è detta dall'art. 107 del Codice, che opera ordinariamente nel settore dei lavori, ma applicabile nelle disposizioni compatibili anche ai servizi e forniture (si veda l'art. 107, comma 7).

In primo luogo, la sospensione può essere disposta dal Direttore dei lavori in tutti i casi in cui ricorrano circostanze (non prevedibili al momento della sottoscrizione del contratto) che impediscono in via temporanea che i lavori procedano ad opera d'arte.

Inoltre, anche il RUP può procedere alla sospensione per ragioni di necessità o di pubblico interesse (per interruzione di finanziamenti o per esigenze di finanza Pubblica).

Qualora la sospensione duri per un periodo di tempo superiore ad un quarto del tempo dell'appalto o comunque superi i 6 mesi complessivi<sup>56</sup>, l'esecutore può richiedere la risoluzione del contratto; nel caso di opposizione della stazione appaltante alla risoluzione, l'esecutore potrà chiedere la refusione degli oneri derivanti dal pro-

---

55 - Questa procedura trova la sua ratio proprio nei principi comunitari di rendere il contratto di esecuzione più elastico, al fine di evitare una nuova procedura di affidamento.

56 - Ciò significa che se ci sono più sospensioni frazionate, che sommate fanno complessivamente 6 mesi di tempo, il contraente può richiedere la risoluzione del contratto senza che gli sia dovuta alcuna indennità.

lungamento della sospensione oltre i termini sopradescritti. In caso la sospensione superi il quarto del tempo contrattuale complessivo, il RUP ne dà comunicazione all'ANAC; in caso di inadempimento a tale avviso, l'ANAC irroga una sanzione che va da € 50 a € 200 alla stazione appaltante per ogni giorno di ritardo.

#### 4.4. Sulla risoluzione.

L'art. 108 del D.Lgs. 50/2016 disciplina l'istituto della risoluzione del contratto in corso di esecuzione.

Va detto che, fatta salva la disciplina sulla sospensione (di cui abbiamo parlato al paragrafo precedente), le stazioni appaltanti possono risolvere il contratto nel caso in cui si verificano determinate condizioni:

- 1) quando il contratto ha subito una modifica sostanziale che avrebbe richiesto una nuova procedura di appalto<sup>57</sup>;
- 2) quando in caso di modifiche di lavori, servizi e forniture complementari o varianti in corso d'opera vengono superate le soglie stabilite dall'art. 106 del Codice per le quali il contratto può essere modificato, oppure se l'eventuale aumento di prezzo non ecceda il 50% del valore del contratto stesso; la risoluzione opera anche quando vengono superate le soglie eventualmente stabilite dall'Amministrazione aggiudicatrice nel bando di gara;
- 3) la risoluzione può aversi anche quando l'Amministrazione verifichi che l'aggiudicatario si trova, al momento dell'aggiudicazione, in una delle situazioni di cui all'art. 80, comma 1, del Codice (condanne gravi) per i settori ordinari, oppure per mancanza di requisiti tecnici funzionali nelle concessioni, per cui lo stesso aggiudicatario sarebbe dovuto essere escluso dalla procedura di gara;
- 4) l'appalto non avrebbe dovuto essere aggiudicato in considerazione di una violazione degli obblighi derivanti dai trattati.

In tutti i predetti casi non si applicano il termine per l'annullamento d'ufficio previsto dall'art. 21 nonies della L. 241/1990 e, dunque, l'Amministrazione può risolvere il contratto anche dopo i diciotto mesi dalla stipula dello stesso.

---

57 - Per quanto riguarda la modifica sostanziale si veda il comma 4 dell'art. 106 del D.Lgs. 50/2016 di cui abbiamo parlato nella parte riguardante la modifica dei contratti in corso di esecuzione dove vengono elencati tutti i casi di modifiche sostanziali previste dal Codice.

Esistono casi in cui la risoluzione è obbligatoria<sup>58</sup>:

- 1) quando nei confronti dell'appaltatore sia intervenuta la decadenza dell'attestazione di qualificazione per aver prodotto falsa documentazione o dichiarazioni mendaci;
- 2) quando nei confronti dell'appaltatore sia intervenuto un provvedimento definitivo che dispone misure di prevenzione previste dal Codice antimafia ed anche quando sia intervenuta una sentenza di condanna passata in giudicato per i reati previsti dall'art. 80 del DLgs. 50/2016.

Il comma 3 dell'art. 108 prevede la risoluzione per grave inadempimento: il procedimento avviene attraverso l'accertamento del grave inadempimento dell'esecutore da parte del responsabile dell'esecuzione del contratto (se nominato); quest'ultimo invia una relazione al RUP e, successivamente, formula una contestazione all'appaltatore di tutti gli addebiti a quest'ultimo, concedendogli 15 giorni per le controdeduzioni. Se le controdeduzioni non vengono accolte (oppure se il termine decorre senza controdedurre), la stazione appaltante su proposta del RUP dichiara la risoluzione.

#### 4.5. Il recesso.

L'art. 109 del Codice dispone che la stazione appaltante può recedere dal contratto in qualsiasi tempo, previo il pagamento di quanto già eseguito fin a quel momento. L'esercizio di tale diritto di recesso è preceduto da una formale comunicazione inviata all'appaltatore con un preavviso non inferiore a venti giorni, decorsi i quali la stazione appaltante prende in consegna i lavori, servizi o forniture ed effettua il collaudo definitivo e verifica la regolarità dei servizi e delle forniture.

Inoltre, la stazione appaltante può trattenere le opere provvisorie e gli impianti che non siano in tutto o in parte rimovibili ove ritiene che gli stessi siano ancora utilizzabili; in tal caso la stazione appaltante dovrà corrispondere all'appaltatore un compenso da determinare nella minor somma fra costruzione e valore delle opere e degli impianti al momento dello scioglimento del contratto.

[Sulle procedure di affidamento in caso di fallimento dell'esecutore o di risoluzione del contratto e misure straordinarie di gestione.](#)

---

58 - Art. 108, comma 2, D.Lgs. 50/2016.

L'art. 110 prevede che le stazioni appaltanti possano interpellare progressivamente<sup>59</sup> i soggetti che hanno partecipato all'originaria procedura di gara al fine di stipulare un nuovo contratto, nei seguenti casi:

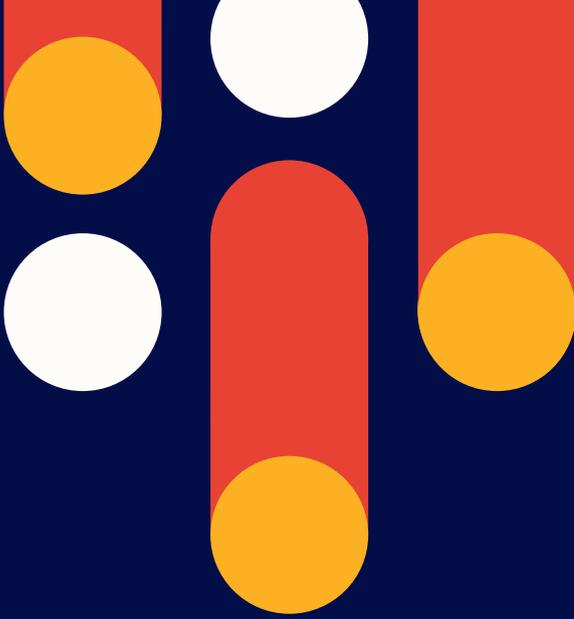
- 1) in caso di fallimento, liquidazione coatta e concordato preventivo dell'appaltatore;
- 2) in caso di risoluzione del contratto ai sensi dell'art. 108;
- 3) in caso di recesso dal contratto previsto dalla legge antimafia;
- 4) infine, in caso di dichiarazione giudiziale di inefficacia del contratto.

L'affidamento al nuovo contraente avviene alle stesse condizioni già proposte dall'originario appaltatore in sede di offerta.

Per quanto attiene alle imprese soggette a concordato con continuità aziendale (su autorizzazione del giudice delegato e sentito il parere dell'ANAC) possono partecipare a procedure di affidamento di concessioni e appalti di lavori, servizi e forniture, oppure, possono proseguire nell'esecuzione dell'appalto già aggiudicato prima dell'ammissione al concordato con continuità aziendale.

---

59 - Progressivamente: si intende che la stazione appaltante può interpellare gli operatori economici che hanno partecipato alla gara, seguendo un ordine progressivo, dal secondo in graduatoria e via discorrendo.



## capitolo V

i rimedi giurisdizionali e le alternative  
dispute resolution.

## 5.1. I ricorsi giurisdizionali: la riforma dell'art. 120 del C.p.a.

L'avvento del nuovo Codice ha apportato delle significative modifiche, non solo nell'ambito sostanziale della materia degli appalti pubblici. Il processo di "rivoluzione" (se così si vuole definire) ha coinvolto anche la fase di tutela giurisdizionale degli operatori economici e delle Amministrazioni Pubbliche.

L'art. 204 del nuovo Codice ha riformato l'art. 120 del Codice del processo amministrativo. La ratio di tale riforma muove dal presupposto di contenere e "contingentare" il proliferare delle controversie del contenzioso amministrativo nella materia degli appalti.

Nello specifico, la riforma ha introdotto nell'art. 120, il comma 2-bis il quale, alla prima parte stabilisce che "Il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa all'esito della **valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali** va impugnato nel termine di **trenta giorni**, decorrente dalla sua Pubblicazione sul profilo del committente della stazione appaltante, ai sensi dell'articolo 29, comma 1, del Codice dei contratti pubblici adottato in attuazione della legge 28 gennaio 2016, n. 11".

La norma introduce nel già esistente rito "accelerato", un procedimento giurisdizionale "super-accelerato" relativo alla contestazione dei vizi riguardanti l'ammissione e l'esclusione all'esito della conclusione della verifica circa il possesso dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali; tale procedimento si conclude con la Pubblicazione di un elenco degli ammessi e degli esclusi: questo "documento", ai sensi del novellato comma 2-bis dell'art. 120, è considerato immediatamente lesivo e direttamente ricorribile dinanzi al TAR entro 30 giorni dalla Pubblicazione su sito istituzionale dell'Amministrazione<sup>60</sup>.

La seconda parte del comma 2-bis disciplina anche le conseguenze in caso di mancata impugnazione nei termini suindicati, disponendo che "L'omessa impugnazione preclude la facoltà di far valere l'illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affida-

---

60 - Sul punto si deve dire che il legislatore nazionale ha voluto imporre un'immediata impugnazione degli atti riguardanti la verifica dei requisiti di partecipazione, secondo un rito velocissimo cd "superspeciale" (così definito dal Consiglio di Stato nel Parere n. 855 dell'1 aprile 2016).

mento, anche con ricorso incidentale. È altresì inammissibile l'impugnazione della proposta di aggiudicazione, ove disposta, e degli altri atti endo-procedimentali privi di immediata lesività”.

La procedura del rito “super-speciale” viene introdotta dal nuovo comma 6-bis dell’art. 120, il quale dispone che il giudizio è definito con il rito camerale , oppure, su richiesta delle parti e negli stessi termini, in udienza Pubblica; i termini per la produzione di documenti, memorie e repliche (già ridotti rispetto a quelli ordinari) si riducono a 10, 6 e 3 giorni liberi prima dell’udienza, e il TAR decide con sentenza Pubblicata entro 7 giorni dalla camera di consiglio (nuovo comma 9)<sup>61</sup>.

In questa ottica (esprimendo un parere in merito alla predetta previsione di tutela giurisdizionale), un simile sistema potrebbe non ridurre il contenzioso, bensì aumentarlo: infatti, se nell’assetto precedente (vecchia disciplina del Codice del processo amministrativo) la conflittualità era tendenzialmente confinata al concorrente escluso e ai primi due in graduatoria, con la nuova previsione il conflitto è esteso, per legge, tra tutti i concorrenti ammessi alla gara. Pertanto, consapevoli del fatto che eventuali censure sulle offerte avversarie non potranno più essere sollevate all’esito della gara, i concorrenti saranno indotti a pretendere l’esclusione degli altri nel corso della stessa.

## 5.2. I rimedi alternativi alla tutela giurisdizionale.

Attraverso il “nuovo Codice dei contratti pubblici” sono state risolte alcune problematiche che erano state oggetto di grande attenzione da parte della giurisprudenza nazionale e sovranazionale; in particolare, il legislatore ha cercato di creare una disciplina parallela a quella giurisdizionale (e, in alcuni casi, sostitutiva) volta a risolvere le possibili controversie che possono coinvolgere i soggetti partecipanti alle gare Pubbliche, ampliando notevolmente i rimedi esperibili in via alternativa (cd. ADR – alternative dispute resolution). Sono 7 gli articoli che, da un lato, hanno riconfermato la presenza dei rimedi già previsti nel vecchio Codice (accordo bonario che ad

---

61 -Al di là dell’ulteriore riduzione dei termini per le parti e per il Giudice, le novità non sono di poco conto: si impone in particolare ai concorrenti di impugnare immediatamente l’ammissione di altri partecipanti alla gara, ben prima di conoscere l’esito della procedura.

oggi è tuttavia espressamente esteso anche ai contratti di servizi e forniture, la transazione e l'arbitrato), dall'altro, ne hanno aggiunti di nuovi (il Collegio consultivo tecnico), disciplinando in maniera innovativa altri (il Parere di Precontenzioso all'ANAC).

Il primo dei rimedi alternativi alla tutela giurisdizionale è disciplinato dall'**accordo bonario** (art. 205 per i lavori ed art. 206 per le forniture ed i servizi). Va detto che il legislatore ha deciso di disciplinare in maniera compiuta il solo procedimento di accordo bonario per i lavori, adottando per le forniture e/o i servizi un generico rinvio (per quanto compatibile) alla disciplina dei lavori.

Tale accordo bonario trova applicazione in tutti i contratti di lavori pubblici allorché le riserve scritte dall'appaltatore nei documenti contabili possano far variare l'importo del contratto tra il 5 ed il 15%. Esso ha la natura di transazione; sulla somma riconosciuta in sede di accordo bonario sono dovuti gli interessi al tasso legale a decorrere dal sessantesimo giorno successivo all'accettazione dell'accordo da parte della stazione appaltante. In caso di insuccesso dell'accordo bonario, l'impresa può instaurare un contenzioso giudiziario entro i successivi sessanta giorni.

L'art. 208 disciplina l'istituto della transazione: le controversie relative a diritti soggettivi derivanti dall'esecuzione di contratti di lavori servizi e forniture possono essere risolte tramite una transazione solo quando non risulti possibile adottare gli altri rimedi alternativi all'azione giurisdizionale.

Sempre nell'ottica di velocizzare la risoluzione di possibili controversie che sorgono nelle procedure di gara, l'art. 209 reintroduce la possibilità di **deferire ad arbitri** le controversie su diritti soggettivi derivanti dall'esecuzione dei contratti relativi a lavori, servizi, forniture. Il collegio arbitrale è composto da tre membri ed è nominato dalla camera arbitrale istituita presso l'ANAC: ciascuna delle parti designa l'arbitro di propria competenza scelto tra i soggetti di provata esperienza e competenza nelle materie oggetto del contratto cui l'arbitrato si riferisce. Il presidente del collegio arbitrale è designato dalla camera tra i soggetti iscritti all'albo degli arbitri per i contratti pubblici previsto dall'art. 210 del Codice. Il lodo arbitrale è impugnabile, oltre che per motivi di nullità, anche per violazione delle norme che disciplinano il merito della controversia. L'impugnazione va proposta nel termine di 90 giorni dalla notificazione del lodo e non è più proponibile dopo il decor-

so di 180 giorni dalla data del deposito del lodo presso la camera arbitrale.

### 5.3. Il ruolo di ANAC.

L'art. 211 rafforza il ruolo consultivo e di vigilanza di ANAC, mediante la rivisitazione di uno strumento consultivo preesistente (il **parere di precontenzioso**).

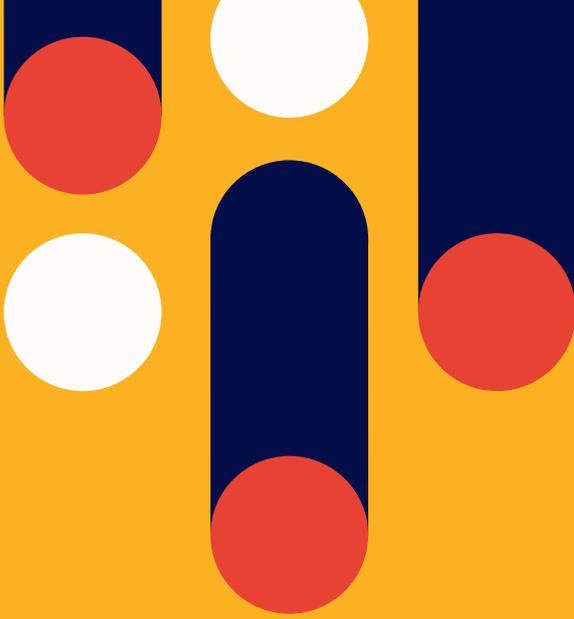
Il decreto correttivo ha poi sostituito l'istituto delle raccomandazioni vincolanti dell'ANAC, previsto dalla prima stesura del d.lgs. 50/2016, sostituendolo con il nuovo strumento della possibilità per l'ANAC di impugnare dinanzi al TAR bandi e altri atti generali adottati in violazione delle norme del Codice.

Partendo dal primo, legittimati a richiedere il rilascio del parere sono la stazione appaltante, una o più parti interessate e i soggetti portatori di interessi collettivi costituiti in associazioni o comitati. La procedura è abbastanza semplice: l'istanza può essere presentata singolarmente o congiuntamente dalla stazione appaltante e/o dalla parte; valutata l'ammissibilità e la procedibilità dell'istanza e nominato il Consigliere relatore, l'Ufficio comunica alle parti l'avvio del procedimento e assegna un termine non superiore a 5 giorni per la presentazione di memorie e documenti (vi è la possibilità, ma non l'obbligo, di audizione delle parti interessate); l'Ufficio predispone una bozza di parere che viene approvata o modificata dal Consigliere relatore ed approvata definitivamente dal Consiglio dell'ANAC entro 30 giorni dal ricevimento dell'istanza; il parere approvato viene comunicato via PEC alle parti interessate e Pubblicato sul sito dell'ANAC; il parere reso dall'Autorità può essere soggetto a riesame in caso di sopravvenute ragioni di fatto e sempre che non sia stato proposto ricorso giurisdizionale né avverso il parere di precontenzioso né avverso il provvedimento che lo recepisce. La novità più significativa rispetto alla precedente disciplina consiste nella possibilità per le parti interessate di **manifestare la volontà di adeguarsi al parere dell'ANAC**. In tali casi, afferma l'art. 211 del Codice e ribadisce, il parere dell'Autorità diventa vincolante per le parti che vi aderiscono ed è impugnabile ai sensi dell'art. 120 c.p.a.. Per quanto attiene il secondo rimedio (comma 1 bis e ter dell'art. 211), nel caso in cui l'ANAC, nell'esercizio della propria funzione, rilevi una violazione delle norme in materia di contratti pubblici con

riguardo a bandi, atti generali e provvedimenti relativi a contratti di rilevante impatto, è legittimata ad agire in giudizio per l'impugnazione dei predetti atti.

Si tratta di un istituto mutuato dall'art. 21 bis della Legge n. 87/1990 che conferisce all'Autorità Antitrust la legittimazione ad impugnare i provvedimenti che violino la concorrenza.

Il procedimento è disciplinato dall'art. 211, comma 1 ter, in virtù del quale, nei casi individuati dalla stessa Autorità con apposito regolamento, l'ANAC emette un parere entro sessanta giorni dalla notizia della violazione individuando i vizi di legittimità e assegnando alla stazione appaltante un termine per adeguarsi. In mancanza, l'ANAC può adire il TAR nei successivi trenta giorni.



## capitolo VI

appalto e somministrazione  
due modelli contrattuali  
ontologicamente diversi.

## 6.1. Caratteristiche dei due contratti e gli appalti non genuini (la sentenza del Consiglio di Stato n. 1571 del 12 marzo 2018).

L'esigenza di distinguere l'appalto ed in particolare l'"appalto di servizi" dalla "somministrazione di lavoro" è stata avvertita sin dal 2003, anno dell'entrata in vigore della importante riforma del lavoro che prese il nome dal suo artefice principale, il giuslavorista Marco Biagi: l'art. 29 del d.lgs. n. 276 del 2003 si premurava (e si premura tutt'ora, posto che la norma non è stata abrogata dal "Jobs Act", il d.lgs. n. 81 del 2015) di individuare gli elementi caratteristici dell'appalto (peraltro mutuati dalla correlata disciplina civilistica – cfr. artt. da 1655 a 1677 del codice civile -), al fine di distinguerlo in modo chiaro dalla somministrazione di manodopera, modello contrattuale che il "Decreto Biagi" andava a disciplinare compiutamente: "il contratto di appalto ... si distingue dalla somministrazione di lavoro per la organizzazione dei mezzi necessari da parte dell'appaltatore ... per l'esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto, nonché per l'assunzione, da parte del medesimo appaltatore, del rischio d'impresa".

Tre sono dunque i presupposti che debbono contemporaneamente ricorrere affinché un rapporto sia riconducibile al "contratto di appalto": a) l'approntamento dell'organizzazione dei mezzi da parte dell'appaltatore; b) l'esercizio del potere direttivo dell'appaltatore nei confronti dei lavoratori impiegati nella commessa; c) l'assunzione del rischio di impresa da parte dell'appaltatore, che deve essere esposto al risultato negativo dell'attività. Presupposti richiamati, per individuare l'"appalto genuino", da una recentissima sentenza della Consiglio di Stato, la n. 1571 del 12 marzo 2018, che, per la sua chiarezza rappresenta forse il punto di approdo finale sulle due tipologie contrattuali e sulle loro diverse finalità.

Dovendo ricorrere detti presupposti, è legittimo l'utilizzo del contratto d'appalto allorché l'Ente committente abbia interesse a coinvolgere i privati a questo livello di responsabilità; gravando gli stessi della completa organizzazione delle attività affidata, della gestione del personale e del rischio di impresa<sup>62</sup>. Elementi che sicuramente

---

62 - Sul punto il Consiglio di Stato ha rilevato come "la giurisprudenza della Corte di Cassazione è intervenuta a dettagliare in modo ancor più specifico gli indici sintomatici della non genuinità

ricorrono qualora l'Ente committente affidi ai privati la gestione integrale di un servizio, o anche parte di esso, chiedendo agli stessi degli standard da assicurare e dei livelli di risultato da raggiungere: siamo al cospetto di una classica obbligazione di risultato, soltanto mitigata dalle prescrizioni del capitolato, che tendono a fissare modalità minime per il raggiungimento dello stesso<sup>63</sup>. Mentre con il contratto di somministrazione di lavoro il committente non individua soggetti cui affidare obiettivi attraverso la loro organizzazione imprenditoriale, bensì soggetti – recte: Agenzie per il Lavoro - che debbono semplicemente mettere a disposizione del committente delle ore/uomo<sup>64</sup>.

Si deve subito rilevare che la somministrazione, per le criticità connesse alla attività "intermediazione della manodopera" e per i gravi fenomeni sociali avvenuti nel passato (noto il "caporalato" nelle zone meridionali), è stata per decenni vietata e penalmente sanzionata<sup>65</sup>.

L'opposizione sociale e, soprattutto, il divieto normativo è venuto alla fine degli anni novanta, allorché, complice la nota situazione congiunturale negativa, ha iniziato a fare breccia l'idea che una (ancorché rigidamente regolata) intermediazione della manodopera fosse utile, o quantomeno concorresse, a favorire il rilancio dell'occupazione, anche perché maggiormente idonea a rispondere alle sempre crescenti esigenze di flessibilità. Il primo intervento di "rivalutazione" di tale istituto è avvenuto con la legge n. 196 del 1997<sup>66</sup>,

---

di un affidamento formalmente qualificato come "appalto", ma in realtà dissimulante una somministrazione di personale, ravvisandoli nei seguenti elementi: a) la richiesta da parte del committente di un certo numero di ore di lavoro; b) l'inserimento stabile del personale dell'appaltatore nel ciclo produttivo del committente; c) l'identità dell'attività svolta dal personale dell'appaltatore rispetto a quella svolta dai dipendenti del committente; d) la proprietà in capo al committente delle attrezzature necessarie per l'espletamento delle attività; e) l'organizzazione da parte del committente dell'attività dei dipendenti dell'appaltatore (Cass. Civ., Sez. Lav. 7 febbraio 2017, n. 3178) (Consiglio di Stato, Sez. VI, 12 marzo 2018 n. 1571).

63 - " ... attraverso il contratto di appalto una parte assume, con organizzazione di mezzi necessari e con gestione a proprio rischio il compimento di un'opera o di un servizio verso un corrispettivo in denaro ... secondo lo schema dell'obbligazione di risultato" (Consiglio di Stato, Sez. VI, 12 marzo 2018 n. 1571).

64 - " ... nel contratto di somministrazione, al contrario, l'Agenzia invia in missione dei lavoratori, che svolgono la propria attività nell'interesse e sotto la direzione e il controllo dell'utilizzatore ... secondo lo schema dell'obbligazione dei mezzi" (Consiglio di Stato, Sez. VI, 12 marzo 2018 n. 1571).

65 - Cfr. legge n. 1369 del 1960.

66 - Nota come "Pacchetto Treu", allora Ministro del Lavoro.

che introdusse la “fornitura del lavoro temporaneo”; l’istituto ha poi trovato compiuta e matura disciplina nei già citati decreti n. 276 del 2013 (“Riforma Biagi”) e n. 81 del 2015 (Jobs Act).

Il legislatore, nello “sdoganare” tale attività, ne ha tuttavia immediatamente riservato la gestione ad una particolare categoria di imprese: quelle che, dimostrando il possesso di rigorosi requisiti morali e tecnico/professionali, sono iscritte in un particolare albo tenuto presso il Ministero del Lavoro. Con l’iscrizione in detto albo un’impresa diventa “Agenzia per il Lavoro”, unico soggetto privato che può esercitare l’attività di somministrazione del lavoro<sup>67</sup>.

La somministrazione del lavoro, come disegnata dalla citata normativa, è attività ontologicamente diversa dall’appalto di servizi: nell’appalto, come già accennato, il soggetto privato deve assicurare l’esecuzione di un servizio con la propria organizzazione imprenditoriale; mentre nella somministrazione di manodopera l’Agenzia per il Lavoro deve solamente occuparsi di selezionare e fornire personale, che poi opera sotto la direzione, l’organizzazione e la responsabilità dell’ente utilizzatore.

La differenza è stata anche ben colta dalla giurisprudenza; oltre che dalla citata giurisprudenza del Consiglio di Stato<sup>68</sup> e della Cassazione civile, anche dalla Cassazione penale<sup>69</sup> ed i giudici ordinari,

67 - : “Il contratto di somministrazione di lavoro è il contratto, a tempo indeterminato o determinato, con il quale un’agenzia di somministrazione autorizzata, ai sensi del decreto legislativo n. 276 del 2003, mette a disposizione di un utilizzatore uno o più lavoratori suoi dipendenti, i quali, per tutta la durata della missione, svolgono la propria attività nell’interesse e sotto la direzione e il controllo dell’utilizzatore” (art. 30 del d.lgs. n. 81 del 2015).

68 - Oltre alla più volte citata sentenza della Terza Sezione del Consiglio di Stato n. 1571 del 2018 si segnala anche un TAR Piemonte, secondo cui “Si configura la fattispecie dell’appalto quando l’appaltante affida all’appaltatore lo svolgimento di prestazioni connesse ad un preciso risultato; la somministrazione di lavoro a tempo determinato si caratterizza – viceversa – per la ricerca da parte dell’utilizzatore di lavori in chiave di integrazione del personale esistente in organico. Affinché si configuri l’appalto, l’oggetto negoziale deve essere costruito in modo da attribuire in forma rilevante e per elementi qualificanti l’intero rischio contrattuale all’appaltatore; condizione, quest’ultima, che non si realizza quando l’oggetto principale della prestazione è la “fornitura di lavoratori” e il corrispettivo spettante alla società aggiudicataria è, almeno in via prevalente, legato alle ore di lavoro svolte, senza che assuma alcun rilievo il concreto risultato conseguito allo svolgimento delle prestazioni lavorative. In altre parole, per usare una tradizionale categoria civilistica, si configura somministrazione quando si è in presenza di obbligazioni di mezzi e non di risultato, pur con qualche secondaria deviazione da tale assunto, per cui l’oggetto contrattuale risulta strutturalmente incompatibile con quello dell’appalto di servizi” (TAR Piemonte, Sez. II, 27 giugno 2006, n. 2711. Pronuncia riformata dal Consiglio di Stato con sentenza n. 5198 del 2007, ma solo su un’eccezione pregiudiziale e non nel merito).

69 - Vista la rilevanza penale dell’illecita intermediazione e dell’illecita somministrazione del lavoro, la Cassazione penale ha avuto più volte modo di affermare che “la distinzione tra contratto

intervenuti su questioni giuslavoristiche<sup>70</sup>.

La diversa natura dei due contratti si coglie anche nel fatto che gli stessi si collocano nell'alveo di due modelli gestionali diversi tra quelli utilizzabili dalla Pubblica Amministrazione per esercitare le funzioni ed assicurare i servizi assegnatigli dall'ordinamento: l'appalto è il caso classico di esternalizzazione, di gestione delle attività da parte di soggetti esterni all'Ente; la somministrazione si colloca nell'ambito della "gestione diretta" dei servizi da parte della Pubblica Amministrazione: la gestione diretta può essere infatti assicurata sia con propri dipendenti, sia mediante personale somministrato, il quale implementa temporaneamente l'organico dell'Ente committente (nel rapporto trilatero che si crea con la somministrazione – lavoratore, Agenzia, Ente utilizzatore – quest'ultimo è pacificamente il "datore di lavoro sostanziale").

I due modelli contrattuali rispondono dunque a due diverse esigenze, che la Pubblica Amministrazione deve ben valutare al momento della verifica dei propri fabbisogni: l'esigenza di esternalizzazione completa di un servizio sarà soddisfatta dalla sottoscrizione di un contratto di appalto con un operatore economico; l'esigenza di implementare il proprio personale per un periodo temporaneo sarà soddisfatta mediante la sottoscrizione di un contratto di somministrazione con una Agenzia per il Lavoro.

La scelta del modello non si riflette solamente sulla tipologia di contratto da stipulare, ma anche sul tipo di procedura concorsuale da avviare. Nel caso dell'appalto, la Pubblica Amministrazione può avviare una delle procedure ordinarie previste dall'art. 59 del d.lgs. n. 50 del 2016; mentre per la somministrazione il codice prevede un

---

di appalto e quello di somministrazione di manodopera va operata, non soltanto con riferimento alla proprietà dei fattori di produzione, ma altresì alla verifica della reale organizzazione dei mezzi e dall'assunzione effettiva del rischio d'impresa in assenza dei quali si configura una mera fornitura di prestazione lavorativa. In altri termini ... devono contemporaneamente esservi un rischio di impresa, dei mezzi necessari all'esecuzione dell'appalto e un potere organizzativo e direttivo" (Cassazione Penale, Sez. III, 27 gennaio 2015, n. 18667; in termini: Cassazione Penale, Sez. III, 5 giugno 2015, n. 27886).

70 - ... "in tema di intermediazione ed interposizione nelle prestazioni di lavoro, la distinzione tra contratto di appalto e quello di somministrazione di manodopera è determinata non solo dalla proprietà dei fattori di produzione, ma anche dalla organizzazione dei mezzi e dalla assunzione effettiva del rischio d'impresa, in assenza dei quali si configura una mera fornitura di prestazione lavorativa che, se effettuata da soggetti non autorizzati, è sottoposta alla sanzione penale di cui all'art. 18 d.lg. 10 settembre 2003, n. 276" (Tribunale di Torino, Sezione Lavoro, 30 giugno 2014, n. 1023; in termini: Tribunale di Roma, Sezione Lavoro, 17 gennaio 2017, n. 376 e Tribunale di Roma, Sezione Lavoro, 4 maggio 2017, n. 4082).

doppio binario: in taluni ambiti particolari, previsti nell'allegato IX del codice degli appalti (in ambito sanitario particolare importanza hanno la somministrazione di personale infermieristico e quello medico), è possibile attivare una procedura semplificata (cfr. art. 142 del d.lgs. n. 50 del 2016), per gli altri si utilizzano le gare ordinarie di cui al citato art. 59.

Come detto, la scelta del modello comporta la scelta di un diverso mercato di riferimento: attivando una procedura per l'affidamento di un appalto, verranno sollecitate tutte le imprese operanti nel settore; mentre per la somministrazione del personale, la scelta dovrà ricadere soltanto nell'ambito delle Agenzie per il Lavoro.

Urge un'ultima notazione, volta a sottolineare l'importanza della corretta scelta del modello gestionale, tenendo in considerazione che, proprio in ambito sanitario, non è raro assistere a gare per l'affidate di un appalto per attività che, in realtà, non sono altro che una mera somministrazione di manodopera.

Per la già rammentata ragione della fortissima attenzione che il legislatore ha nel tempo accordato all'intermediazione della manodopera, l'affidamento della stessa a soggetti diversi dalle Agenzie per il Lavoro è sanzionato penalmente, ancorché il contratto venga formalmente concepito come un appalto (in questo caso non ha alcuna rilevanza il nomen juris, bensì i connotati sostanziali del rapporto, come l'oggetto delle attività e le modalità di pagamento delle attività<sup>71</sup>): l'art. 18 del d.lgs. n. 276 del 2003 punisce l'esercizio non autorizzato delle attività di somministrazione con l'ammenda, sia a carico dell'impresa che dell'Ente utilizzatore, di € 50 per ogni lavoratore occupato e per ogni giornata di lavoro.

La scelta di sanzionare anche l'Ente utilizzatore dimostra la particolare attenzione che il legislatore ha riposto sugli appalti "non genuini": non v'è dubbio che, in tal modo, vi è la massima attenzione di tutti gli attori al corretto utilizzo dello strumento contrattuale della somministrazione; attenzione massima che deve essere posta da chi opera nella Pubblica Amministrazione, atteso che l'eventuale ammenda potrà generare la responsabilità erariale ed amministrativa. La scelta errata dello strumento contrattuale potrebbe essere comunque contrastata dal mercato pretermesso innanzi al giudice

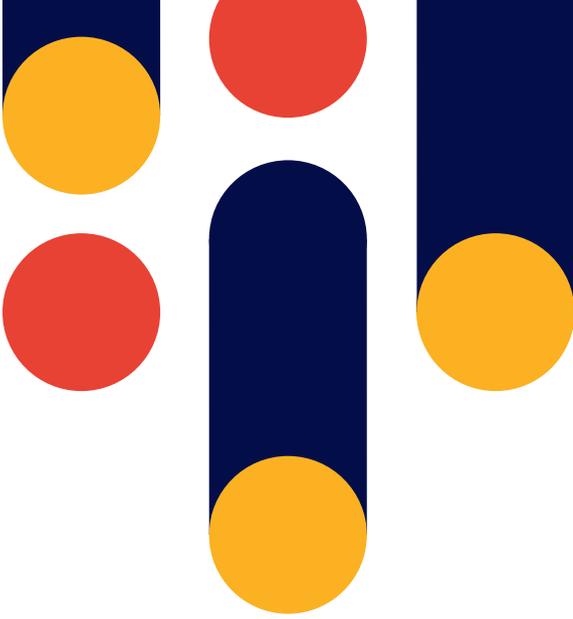
---

71 - Posto che "la natura dell'affidamento in oggetto va indagata in concreto" (Consiglio di Stato, Sez. III, 12 marzo 2018 n. 1571).

amministrativo: le imprese commerciali potranno insorgere contro gare per somministrazione che prevedono in realtà l'esecuzione di servizi; le Agenzie per il Lavoro potranno invece censurare gare per l'affidamento di appalti, laddove l'attività richiesta sia sostanzialmente una mera fornitura di manodopera.

Non v'è dubbio, in conclusione del presente contributo, che i due strumenti contrattuali presi in considerazione, se correttamente utilizzati, siano uno strumento validissimo per aiutare le singole Pubbliche Amministrazioni a centrare gli obiettivi, sempre più ambiziosi, posti dall'ordinamento.





[www.randstad.it](http://www.randstad.it)

 randstad

human forward.