

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRIESTE

Publicazioni del Dipartimento
di Scienze Giuridiche, del Linguaggio, dell' Interpretazione e della Traduzione
Sezione Giuridica

- 8 -

a cura di

EDOARDO N. FRAGALE e GIULIA MILO

con la collaborazione di

LAURA SANCILIO

I NUOVI APPALTI PUBBLICI

Raccolta di saggi sul Codice dei contratti
(D.Lgs. n. 36/2023)

EUT



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI
DI TRIESTE

I saggi raccolti nel volume riproducono, con gli opportuni adattamenti, gli interventi svolti dagli Autori in un corso sugli appalti organizzato dal Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Trieste. L'ambizione di questo lavoro non è di offrire un commento analitico alle molteplici disposizioni del codice, ma di tracciare, piuttosto, un primo bilancio attorno ad alcuni istituti del settore delle pubbliche commesse; gli scritti selezionati riguardano, tra l'altro, la programmazione, le procedure di acquisto, il partenariato, la sostenibilità ambientale e sociale nonché gli affidamenti sotto soglia.

EDOARDO N. FRAGALE è abilitato alle funzioni di professore di seconda fascia, nonché avvocato cassazionista; attualmente è in servizio come ricercatore a tempo determinato presso l'Università di Trieste.

È autore di diversi contributi in materia di giustizia amministrativa, amministrazione digitale, lavoro e dirigenza pubblica, distinzione tra politica e amministrazione, appalti, urbanistica, ambiente, energia e transizione ecologica.

GIULIA MILO è ricercatrice dell'Università di Trieste nonché avvocatessa cassazionista; è autrice di scritti in materia di servizi pubblici, governo del territorio, appalti e giustizia amministrativa.



Euro 18,00

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRIESTE

Pubblicazioni del Dipartimento
di Scienze Giuridiche, del Linguaggio, dell'Interpretazione e della Traduzione
Sezione Giuridica

- 8 -

a cura di

EDOARDO N. FRAGALE e GIULIA MILO

con la collaborazione di LAURA SANCILIO

I NUOVI APPALTI PUBBLICI

Raccolta di saggi sul Codice dei contratti
(D.Lgs. n. 36/2023)



**Edizioni
Università
di Trieste**

Il presente volume è stato finanziato con i fondi del Dipartimento di Scienze giuridiche, del Linguaggio, dell' Interpretazione e della Traduzione.

FINALITÀ E AMBITO

La collana si propone come documento editoriale per rendere note alla comunità scientifica le ricerche dei docenti di area giuridica appartenenti al Dipartimento, le ricerche di giovani studiosi in formazione, le ricerche che costituiscono l'esito di attività seminariali e convegnistiche.

GARANZIA SCIENTIFICA

La scientificità delle pubblicazioni è garantita da un Comitato Scientifico composto da studiosi che rappresentano le diverse aree del settore giuridico e che, in quanto tali, sono in grado di certificare l'innovazione degli esiti delle ricerche per le quali si propone l'edizione e l'approccio metodologico seguito. I volumi pubblicati nella presente collana sono oggetto di procedure di doppio referaggio.

COMITATO SCIENTIFICO

Aebi-Müller Regina, Amadeo Stefano, Barberis Mauro Giuseppe, Barić Sanja, Bartole Sergio, Bianca Massimo, Cazzetta Giovanni, Cubeddu Maria Giovanna †, De Castro Camero Rosario, Dittrich Lotario Benedetto, Dolso Gian Paolo, Ferrante Riccardo, Ferretti Paolo, Fiorentini Francesca, Fiorentini Mario, Gialuz Mitja, Giangaspero Paolo, Henrich Dieter, Marino Concetta, Maternini Maria, Menghini Luigi, Meruzzi Giovanni, Nunin Roberta, Ofner Helmut, Pacia Romana, Padovini Fabio, Peroni Francesco, Pittaro Paolo, Johannes Michael Rainer, Raiti Giovanni, Spickhoff Andreas, Stevanato Dario, Venchiarutti Angelo, Ziviz Patrizia, Zoz Maria Gabriella.

COMITATO DI REDAZIONE

Il Comitato di Redazione è composto dai seguenti professori: Amadeo Stefano, Bianca Massimo, Ferretti Paolo, Giangaspero Paolo, Padovini Fabio.

MODALITÀ DI PUBBLICAZIONE

La collana, in linea con le politiche editoriali di EUT e dell'Università degli Studi di Trieste, prevede la pubblicazione online nella modalità ad accesso aperto, allo scopo di rendere liberamente disponibile la comunicazione scientifica. Accanto a questa modalità sono poi previste le più consuete pubblicazioni a stampa in tiratura limitata e/o su ordinazione degli autori.

COPYRIGHT

Tutte le pubblicazioni in formato digitale della collana vengono rilasciate con una licenza Creative Commons (CC BY-NC-SA 2.5 IT). Creative Commons 4.0 (BY-NC-ND).



UPI
UNIVERSITY
PRESS ITALIANE

Opera sottoposta a peer review
secondo il protocollo UPI - University Press Italiane

EUT Edizioni Università di Trieste 2024

ISBN 978-88-5511-593-3 (print)

ISBN 978-88-5511-594-0 (online)

EUT - Edizioni Università di Trieste

Via E. Weiss, 21 – 34128 Trieste

eut@units.it

<https://eut.units.it>

<https://www.facebook.com/EUTEdizioniUniversitaTrieste>

PREFAZIONE

Questa raccolta di saggi relativa al Codice dei contratti muove da una Convenzione stipulata tra Comune di Trieste e Dipartimento di Scienze Giuridiche, del Linguaggio, dell'Interpretazione e della Traduzione avente ad oggetto la realizzazione di un corso di formazione per funzionari dello stesso Comune.

Non è la prima volta che il Dipartimento di Scienze Giuridiche collabora con il Comune di Trieste: già qualche anno fa fu realizzato un corso di lezioni, in partnership anche con la Regione autonoma Friuli Venezia Giulia, sul Next Generation UE e sull'impatto di esso sulle amministrazioni pubbliche. Si tratta di una iniziativa confluita poi in un volume, tra i primi in materia, che ha raccolto molti degli interventi tenutosi nei primi mesi del 2022, dal titolo "Governare la ripresa. La pubblica amministrazione alla prova del Recovery Plan", pubblicato - come il presente volume - dal nostro Editore di Ateneo (EUT).

In questa, come nella precedente occasione, le amministrazioni coinvolte non hanno dimostrato solo la capacità di operare in modo congiunto per acquisire o migliorare le conoscenze necessarie per affi-

nare la loro capacità di azione, ma hanno esibito una particolare reattività rispetto a fenomeni nuovi e inediti o a sopravvenute modifiche normative. Questa è una caratteristica che non era così scontata fino a qualche tempo fa, faticando talvolta la PA a reagire in tempi celeri a situazioni nuove e imprevedibili. Negli ultimi anni, rispetto a tali situazioni, l'amministrazione è in verità divenuta via via più performante.

Questo spirito collaborativo tra amministrazioni dipende certo dalla sensibilità e dalla lungimiranza dei quadri direttivi di esse, nel nostro caso, per quanto riguarda il Comune di Trieste, dal suo Direttore generale dott. Fabio Lorenzut, ma comincia ad essere - e l'auspicio è che continui ad essere - un tratto distintivo, un modo di essere, delle amministrazioni pubbliche. Solo dalla sinergia tra esse e la loro azione congiunta e coordinata potranno scaturire soluzioni adeguate e tempestive rispetto alla complessità delle situazioni che la nostra epoca ci pone di fronte.

Questo Volume costituisce un piccolo ma significativo esempio della tendenza a fare rete tra le amministrazioni pubbliche nella convinzione che all'interno di esse vi siano tutte le risorse necessarie per rispondere a qualsiasi sfida.

Prof. Gian Paolo Dolso
Direttore del Dipartimento di Giurisprudenza, del Linguaggio,
dell' Interpretazione e della Traduzione (IUSLIT),
Università degli studi di Trieste

In via ricorrente il cammino dell'Università e del Comune di Trieste s'intreccia; questa volta è successo in occasione di un mirato intervento di approfondimento sul nuovo codice dei contratti. Sicuramente succederà ancora.

Il volume mette nero su bianco lo slancio con cui siamo andati incontro alla novità del nuovo codice riassumendo gli interventi qualificati e innovativi che hanno caratterizzato l'intervento svoltosi nell'immediatezza dell'entrata in vigore del codice, un anno fa. La

nuova impostazione normativa richiedeva un approfondito lavoro speculativo e di confronto.

L'Università di Trieste ha chiamato a raccolta i migliori professori di diritto amministrativo delle università italiane, esperti in contratti ed appalti per lo più nel doppio ruolo di avvocati del libero foro e quindi portatori di esperienze cospicue e attuali nelle varie branche e sui temi più spinosi e dibattuti, quali, ad esempio, quello delle clausole sociali, dell'ambiente, del principio del risultato e del partenariato pubblico privato, strumento quest'ultimo divenuto imprescindibile nei progetti di grande respiro e soggiacente a logiche deputate

Il Comune ha offerto questa occasione ad una nutrita platea di discenti costituita dai suoi dirigenti e quadri i quali quotidianamente si scontrano con la necessità di trovare soluzioni innovative e aderenti alla controversa realtà sociale e alla aspra competizione tra le imprese.

Sono emerse le differenze di approccio tra i diversi mondi ma anche l'utilità, soprattutto per chi opera, di ampliare le vedute con nuove possibilità di interpretare le reali necessità, ricorrendo a una logica motivazionale che tenga conto delle situazioni e delle soluzioni più adeguate ai casi concreti, senza paludamenti meramente astratti e concettuali.

Ringrazio l'Università di aver pensato con noi e di aver riportato come studenti nelle aule universitarie le diverse generazioni di funzionari che operano in Comune. Ringrazio anche i dipendenti che hanno partecipato all'esperimento i quali hanno dimostrato di mantenere vivo l'entusiasmo per l'aggiornamento e il confronto con il mondo accademico arricchendo il patrimonio culturale e professionale dell'Ente. In via ricorrente il cammino dell'Università e del Comune s'intreccia; altri progetti ci attendono di sicuro.

Dott. Fabio Lorenzut
(Direttore Generale, Comune di Trieste)

INDICE

Introduzione	1
MARCO MACCHIA Dalla programmazione alle procedure di acquisto: i tornanti del nuovo codice dei contratti	3
GIUSEPPE MANFREDI Appunti sul partenariato pubblico-privato	31
EDOARDO CARUSO Gli affidamenti pubblici come strumento di sostenibilità sociale: tutela dell'equo trattamento dei lavoratori e garanzia della stabilità occupazionale	49
LAURA SANCILIO La sostenibilità ambientale degli acquisti pubblici: un "bilancio di sostenibilità" del nuovo codice dei contratti pubblici	81
EDOARDO NICOLA FRAGALE Gli affidamenti sotto soglia nel nuovo codice dei contratti pubblici	109
GIULIA MILO L'equo compenso negli appalti pubblici	145

INTRODUZIONE

L'idea del volume nasce per lasciare una testimonianza scritta degli interventi svolti nel corso sui contratti pubblici, tenutosi a Trieste agli inizi del 2024.

Gli incontri di formazione sono stati organizzati nell'ambito di una collaborazione istituzionale tra il Dipartimento di Scienze Giuridiche e del Linguaggio dell'Università degli Studi e il Comune di Trieste, volta a esaminare le novità più significative introdotte dal nuovo Codice del 2023.

L'iniziativa intendeva contribuire ai processi trasformativi auspicati dal Codice, rispondendo al bisogno di rafforzamento della capacità amministrativa delle nostre amministrazioni. Questo nella consapevolezza che, senza un corpo di funzionari adeguati e costantemente aggiornati, non sarebbe possibile traguardare l'obiettivo dell'amministrazione di risultato, posta al centro delle preoccupazioni del nuovo Codice.

Mi è gradita questa occasione per ringraziare il Direttore del Dipartimento, Prof. Gian Paolo Dolso e il Direttore Generale del

Comune, dott. Fabio Lorenzut, per avere con sapienza promosso l'organizzazione del corso, nonché la collega Prof.ssa Giulia Milo, per il prezioso contributo alla buona riuscita dell'evento. Un ringraziamento va anche alla dott.ssa Laura Sancilio, che ha supportato l'organizzazione degli incontri e il coordinamento editoriale di questo lavoro.

Desidero, infine, esprimere la mia profonda gratitudine agli Autori, per avere aderito con entusiasmo alla nostra iniziativa, e per aver voluto contribuire alla realizzazione di questo volume, mettendo a disposizione i propri preziosi contributi.

Edoardo N. Fragale

MARCO MACCHIA

DALLA PROGRAMMAZIONE ALLE PROCEDURE DI ACQUISTO: I TORNANTI DEL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI

SOMMARIO: 1. INTRODUZIONE: LA LEVA DELLA PROGRAMMAZIONE. 2. UNO SGUARDO ALLE PROCEDURE DI ACQUISTO. 3. L'AMMISSIBILITÀ DELLE OFFERTE. 4. LA SELEZIONE DELLE OFFERTE. 5. LE CAUSE DI ESCLUSIONE.

1. Introduzione: la leva della programmazione

L'obiettivo di questo scritto è indagare rapidamente – senza alcuna pretesa di completezza – le varie fasi che interessano il ciclo di vita della commessa pubblica alla luce del nuovo codice dei contratti, in particolar modo esaminando la programmazione contrattuale, le fasi della procedura, le cause di esclusione, la disciplina attinente la soglia di anomalia, il rimedio del soccorso istruttorio.

In prima battuta è opportuno soffermarsi sul concetto di programmazione, elemento centrale nella disciplina del nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 36/2023). Preme rilevare che l'idea di programmare il ciclo di acquisti si pone in parziale controtendenza rispetto a quanto può essere riscontrato nel corso degli ultimi anni, in cui l'amministrazione fatica ad approfondire le caratteristiche del mercato a cui si affaccia e, in particolare, le caratteristiche tecniche dei prodotti. Nell'ottica di realizzare un effettivo *turnover* e migliorare le capacità di acquisto delle ammi-

nistrazioni, la programmazione degli acquisti da effettuare diventa centrale nell'attività relativa alla commessa pubblica.

In questo quadro, va evidenziato che la programmazione è divenuta obbligatoria finanche per i servizi, seguendo quanto già previsto per la costruzione di opere e di appalti di lavori, proprio sulla scorta dell'idea che essa è essenziale per le decisioni di spesa e per la corretta allocazione delle risorse pubbliche¹. Ciò porta a creare una stretta correlazione tra la programmazione e la consultazione preliminare di mercato, atto successivo alla prima che aiuta a delineare correttamente le scelte contrattuali della stazione appaltante.

La programmazione impone la scelta di una specifica strategia da perseguire da parte della pubblica amministrazione. L'attività di programmazione (e la conseguente fase di progettazione) assumono rilievo strategico nel coniugare scelte di carattere politico e di carattere propriamente amministrativo. Non vi è dubbio che, nel tracciare le scelte di programmazione, le stazioni appaltanti devono perseguire un equilibrio razionale, che dipende essenzialmente da due voci. Da un lato, le risorse messe disposizione della pubblica amministrazione e, dall'altro lato, le scelte allocative delle stesse, che si compendiano nella scelta della tipologia di beni che si necessita acquistare².

¹ In origine l'attività di programmazione era prevista nella legge quadro sui lavori pubblici del 1994 come preliminare ed obbligatoria rispetto alle sole opere. Parimenti il Codice del 2006 disponeva che la programmazione fosse obbligatoria unicamente con riferimento alle opere pubbliche. Con il d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 si introduce la programmazione anche per i servizi e le forniture, prevedendo in capo alle amministrazioni la facoltà di approvare annualmente un programma per l'acquisizione di beni e servizi. Il d.lgs. n. 50/2016 e il successivo correttivo del 2017 per la prima volta dedicano un intero titolo al tema e fissano l'obbligo di programmazione anche per l'acquisto di beni e servizi.

² Il nodo è la preventiva individuazione dei bisogni prioritari della collettività e la predeterminazione delle scelte in ordine alle diverse strade percorribili per soddisfare detti bisogni, onde evitare che siano realizzate acquisizioni inutili, vincolando a tal fine preventivamente l'amministrazione alle proprie decisioni.

Il concetto chiave ed innovativo è quello dell'intero ciclo di vita dell'appalto³. Con la programmazione dell'attività contrattuale, per un versante si consente l'individuazione dei bisogni essenziali e prioritari della collettività di riferimento, mentre per altro versante si opta, per il tramite di una scelta discrezionale, tra le varie soluzioni presenti nel mercato, in modo da evitare duplicazioni di spesa e vincolare le amministrazioni soprattutto in termini di responsabilità per la scelta compiuta⁴. In altri termini, per programmazione s'intende lo studio dell'elemento di spesa, quindi l'approfondimento preventivo e costante del mercato e delle soluzioni da questo offerte, in modo tale che l'amministrazione possa avere uno sguardo complessivo, incentrato in particolare sulle possibilità e sulle *best practice* che la circondano⁵.

³ Un po' come avviene per quanto riguarda la digitalizzazione, tutte le fasi delle procedure sono declinate in qualche modo sull'intero ciclo di vita e quindi tenendo conto anche ovviamente delle *chance*, delle possibilità che vi sia un corretto svolgimento della prestazione, che ci siano dei costi aggiuntivi supplementari sulla base delle risorse a disposizione e che quindi in realtà la prestazione debba essere considerata nella sua entità di spesa complessiva.

⁴ Cons. Stato, sez. V, 23 ottobre 2002, n. 5824, che precisa: «La programmazione triennale dei lavori pubblici non rappresenta un'attività meramente interna degli organi comunali di programmazione finanziaria e di razionalizzazione della spesa, ma invece un atto fondamentale di individuazione degli obiettivi concreti da raggiungere da parte degli organi di governo dell'ente, cui corrisponde la facoltà di verifica dei cittadini, singoli o associati, sulla congruità e correttezza delle scelte effettuate».

⁵ La programmazione contiene uno sguardo complessivo di ciò che circonda il singolo bando di gara. Programmare nel concreto significa saper tener conto, per esempio, della sussistenza di accordi quadro che intervengano in un determinato settore merceologico rispetto all'attività di appalti di servizi in prossimità di scadenza. Con un esempio, si può evidenziare che programmazione significa che l'amministrazione dovrà tener conto della possibilità di accorpare diverse attività, come avviene nei servizi di manutenzione, in cui nonostante sia unico l'appalto di *global service*, esso compendia diverse e varie attività tra cui: il riscaldamento all'attività di pulizia, all'attività di manutenzione dell'impianto, di *fancoil*. Programmare equivale anche a studiare l'elemento di spesa, anche in relazione a quelle che sono le esigenze dell'amministrazione e

Questo aspetto accomuna la programmazione al concetto tra i più innovativi del nuovo Codice, ossia quello della digitalizzazione. Con il nuovo formante strategico attinente l'intero ciclo di vita dei contratti digitalizzato, la programmazione farà parte dei documenti presenti all'interno della banca dati nazionale dei contratti pubblici (BDNCP), divenendo a tutti gli effetti un titolo pieno e consultabile dagli operatori economici, e rientrando tra i documenti utilizzabili per le decisioni da prendere durante la fase di procedura di acquisto⁶. Così l'attività programmatoria viene: *i*) a costituire concreta attuazione dei principi di buon andamento, economicità ed efficienza; nonché *ii*) a garantire una visione di insieme dell'intero ciclo di realizzazione dell'appalto, migliorando le *chance* di un'efficiente gestione dello stesso, a partire dall'individuazione dei fabbisogni fino alla verifica del corretto svolgimento della prestazione.

A mutare è anche il profilo della responsabilità, soprattutto quella derivante dalle scelte programmatiche della pubblica amministrazione. Tali scelte non sono prive di conseguenze e, ancor di più con l'attuale Codice, in virtù della maggiore conoscibilità delle scelte pubbliche, l'amministrazione sarà vincolata sia dal punto di vista interno che soprattutto dal punto di vista esterno, includendo nello spettro di responsabilità qualsiasi tipologia di appalto di opere, di servizi e di forniture. Viene a configurarsi così un ambito di applicazione molto esteso che non poche volte ha destato l'attenzione della giurisprudenza pronunciata sul punto.

bandire poi, di conseguenza, con una maggiore attenzione a tutta una serie di elementi, come, ad esempio, la possibilità e convenienza di suddividere in lotti. Ciò consente anche di smascherare eventuali false frammentazioni delle procedure di gara per includere il bando nel sottosoglia.

⁶ Nella prospettiva della digitalizzazione, si dispone che gli atti di programmazione debbano essere pubblicati sul profilo del committente e nella banca dati nazionale dei contratti pubblici. La banca dati nazionale dei contratti pubblici, affidata in gestione all'ANAC, raccoglie gli atti delle stazioni appaltanti relativi alla programmazione, alla scelta del contraente, all'aggiudicazione e all'esecuzione dei lavori, dei servizi e delle forniture, ivi inclusi i concorsi di progettazione, di idee e di concessioni.

Secondo gli orientamenti tradizionali della giurisprudenza, l'atto di programmazione andrebbe inteso come atto presupposto di tipo pianificatorio, per cui privo di autonoma rilevanza⁷. Più di recente, invece, la programmazione tende ad assumere una autonoma lesività e diviene impugnabile in modo autonomo da parte dell'impresa che si ritenga lesa dalla scelta programmatica della pubblica amministrazione⁸.

Le ultime pronunce hanno aperto alla possibilità di impugnare l'atto di programmazione in virtù della stessa logica che ha ispirato le statuizioni sul tema dei bandi immediatamente lesivi ovvero escludenti dalla procedura di gara. Sul punto, la giurisprudenza amministrativa ha paragonato i due atti, ammettendo la possibilità di impugnare l'atto programmatico nel caso in cui lo stesso abbia una immanente natura escludente tanto da ledere immediatamente, per sua stessa natura, le posizioni soggettive delle imprese interessate alla commessa⁹.

⁷ Secondo Tar Campania, sez. V, 2 novembre 2020, n. 4965, «la delibera di programmazione triennale dei lavori pubblici – ai sensi dell'art. 128 del d.lgs. n. 163 del 2006 e ora dell'art. 21, d.lgs. n. 50/2016 – in considerazione della natura di atto di pianificazione e di indirizzo, non può in alcun modo essere considerata come una sorta di equipollente della dichiarazione di pubblica utilità né può valere in alcun modo ad anticiparne gli effetti tipici nei confronti dei privati incisi dalla potestà ablatoria. Per la stessa ragione, si ritiene che tale atto di programmazione non possa considerarsi *ex se* immediatamente lesivo e, quindi, non è immediatamente impugnabile».

⁸ L'inserimento di un'opera pubblica nel programma triennale incide sull'interesse dei privati per il fatto che l'opera contestata fino al momento della sua inclusione nell'atto di programmazione in parola non era realizzabile mentre, successivamente a tale determinazione, ne è doverosa la realizzazione nel triennio secondo l'ordine di priorità del programma approvato e con le disponibilità finanziarie specificamente apprestate; Tar Emilia Romagna (Parma), sez. I, 26 gennaio 2011, n. 10; Tar Basilicata, sez. I, 19 gennaio 2010, n. 17; Tar Napoli, sez. II, 1 dicembre 2006, n. 10343 (con riguardo soprattutto al rapporto tra programmazione e avvio delle procedure espropriative).

⁹ Soprattutto in materia tecnologica.

Nonostante si siano registrate queste aperture, si deve opportunamente rilevare che il sindacato sull'atto programmatico è molto complicato data la piena discrezionalità che connota le scelte programmatiche della pubblica amministrazione. L'atto di programmazione è considerato a tutti gli effetti un atto di alta amministrazione, ossia un atto che forma la necessaria "cinghia di trasmissione" tra la dimensione politica e la dimensione amministrativa, rappresentando una serie complessa di scelte da effettuare sulla base di studi di fattibilità che implicano una implicita natura tecnica, difficilmente sindacabile¹⁰.

Un'ipotesi in cui si potrebbe sindacare l'attività di programmazione della pubblica amministrazione è collegata all'eventuale partecipazione delle imprese, e quindi alla possibilità data agli operatori economici di presentare le proposte per gli interventi da eseguire nelle fasi successive. Laddove gli strumenti partecipativi dovessero rientrare nella scelta programmatica dell'amministrazione e nelle valutazioni attinenti le dinamiche di acquisto, l'atto di programmazione si aprirebbe ad eventuali censure, ciononostante la sua *naturaliter* e intrinseca discrezionalità. In questa nuova veste, per il tramite della programmazione, si individuano nuovi obiettivi concreti da perseguire in modo da indirizzare il governo, permettendo, al contempo, la verifica dell'operato delle stazioni appaltanti da parte dei cittadini¹¹.

¹⁰ La Corte costituzionale ha ampliato il novero giurisdizionale di atti impugnabili anche se rientranti nel *genus* degli atti "quasi" politici (sent., 10 marzo 2016, n. 52), su cui A. RUGGERI, *Confessioni religiose e intese tra iurisdictione e gubernaculum, ovvero la abnorme dilatazione dell'area delle decisioni politiche non giustiziabili (una prima lettura di Corte cost. n. 52 del 2016)*, in: "Federalismi", n. 7, 2016, 30 marzo 2016, pp. 1-10. Nel ribadire il rispetto al principio di legalità, la Corte ha previsto che in presenza di regole da rispettare nell'emanazione dell'atto, chiare e dettate dalla legge, l'atto sarà conseguentemente sindacabile in presenza dei vizi rinvenibili nel dettato normativo, anche se apparentemente rientrante nel novero degli atti politici.

¹¹ In tal senso, Corte costituzionale, sent. n. 235/2018; Cons. Stato, parere n. 855 del 2016. La Corte costituzionale e il Consiglio di Stato hanno evidenziato che il dibattito pubblico costituisce «uno strumento essenziale di coinvolgimento delle collettività locali nelle scelte di localizzazione e rea-

Il PNRR ha sicuramente dato nuovo slancio e centralità alla programmazione, soprattutto nell'ambito delle procedure relative alle infrastrutture strategiche, in modo da realizzare un'intesa che colleghi i diversi livelli territoriali di governo. In tal senso, la programmazione diviene il centro nevralgico di scelte rispondenti alle risorse economiche a disposizione dell'amministrazione, in cui si effettuano scelte cruciali volte alla migliore soluzione contrattuale. Nel più ampio tema della commessa pubblica, si tratta probabilmente di una nuova modalità di programmazione dell'attività dell'amministrazione, in cui non si bada più a scelte meramente interne di programmazione finanziaria e di razionalizzazione della spesa. Ma essa assume una funzione differente avente rilevanza esterna, rientrando in quel novero di atti che possono essere sindacati dal giudice amministrativo in via immediata e autonomamente.

Ancora, nell'ampio spazio dedicato alla disciplina programmatica dei pubblici poteri all'interno della contrattualistica pubblica, si deve evidenziare la rilevanza del nesso temporale. La programmazione diventa un atto triennale¹², legandosi all'atto di programmazione economico finanziaria, in particolar modo con il bilancio di previsione. Sebbene si tratti di un atto triennale, non vi è dubbio alcuno che la pubblica amministrazione precedente possa modificarlo, essendo, tra l'altro, oggetto di successiva approvazione da parte delle stazioni appaltanti che ne ratificano annualmente l'elenco dei contratti¹³.

lizzazione di grandi opere aventi rilevante impatto ambientale, economico e sociale sul territorio coinvolto».

¹² L'art. 37, d.lgs. n. 36/2023, al primo comma, prevede che: «le stazioni appaltanti e gli enti concedenti: a) adottano il programma triennale dei lavori pubblici e il programma triennale degli acquisti di beni e servizi. I programmi sono approvati nel rispetto dei documenti programmatori e in coerenza con il bilancio e, per gli enti locali, secondo le norme di programmazione economico-finanziaria e i principi contabili; b) approvano l'elenco annuale che indica i lavori da avviare nella prima annualità e specifica per ogni opera la fonte di finanziamento, stanziata nello stato di previsione o nel bilancio o comunque disponibile».

¹³ Sono stabilite le soglie minime che sono 150.000 euro per i lavori e 40.000 euro per i servizi. Si tratta di soglie limite significativamente basse; quindi, inevi-

Altro capitolo è quello relativo alle regole con cui svolgere l'attività di programmazione. L'allegato I.5, che segue una scelta ben precisa fatta dal legislatore lungo tutto l'impianto del Codice¹⁴, prevede specifici dettami rivolti ai soggetti aggregatori e alle centrali di committenza ponendo una significativa differenza (forse la più rilevante tra tutte) con il precedente codice (d.lgs. n. 50/2016), in cui non era dettata un'esatta portata della programmazione. Attualmente, invece, è impensabile dare il via ad una procedura che si ponga al di fuori della scelta di programma fatta dall'amministrazione, in quanto gli atti sono presenti e caricati nella banca dati nazionale dei contratti pubblici¹⁵, per cui sono conoscibili all'esterno.

Come già anticipato, le consultazioni preliminari di mercato si legano indissolubilmente agli atti di programmazione, motivo per

tabilmente nella programmazione confluiscono anche i contratti sottosoglia, dato che sia i 150.000 euro per i lavori, così come i 40.000 euro per gli appalti di servizi sono soglie più basse di quelle definite in ambito europeo.

¹⁴ Gli allegati previsti dal nuovo Codice sono degli allegati tecnici, con natura giuridica molto discussa, in quanto attualmente essendo allegati ad un testo di legge assurgono a fonti di rango primario. Sebbene siano fonti di rango primario sono modificabili con la procedura dell'art. 17 della legge n. 400/1988, ossia con la disciplina in tema di regolamenti. Applicando tale regime, la modifica dovrebbe comportare la trasformazione dell'allegato in un regolamento, di chiara fonte secondaria. La circostanza da evidenziare e più interessante è la loro elaborazione, laddove gli allegati hanno di fatto ripreso gli spazi in cui si situavano le linee guida o in altri casi anche i regolamenti o i decreti ministeriali, codificandoli, adattandoli, ma con una costante che è quello della ripetizione della normativa già esistente.

¹⁵ Sul punto, G. FIDONE e M. FAIA, "La programmazione e la progettazione", in: *Costruire e acquistare, Lezioni sul nuovo Codice dei contratti pubblici*, a cura di M. Macchia, Torino, 2024, p. 132. L'art. 5 dell'Allegato I.5 al Codice, rubricato "Modalità di redazione, approvazione, aggiornamento e modifica del programma triennale dei lavori pubblici e del relativo elenco annuale. Obblighi informativi e di pubblicità", prevede espressamente come, successivamente alla loro adozione, il programma triennale e l'elenco annuale, debbano essere pubblicati presso il sito istituzionale del committente, nonché comunicati alla banca dati nazionale dei contratti pubblici. Entro trenta giorni dalla pubblicazione dei già menzionati atti, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti possono consentire la presentazione di osservazioni, ad opera di privati eventualmente interessati.

cui è opportuno soffermarvisi. Le consultazioni preliminari di mercato, da non confondere con le indagini di mercato¹⁶, sono utilizzate per definire i requisiti tecnici validi a limitare il numero dei soggetti partecipanti alla gara. Non vi è dubbio che la costruzione iniziale di un bando, atto a realizzare il miglior confronto concorrenziale tra le imprese, necessita di una conoscenza approfondita del mercato possibile per il sol tramite dell'acquisizione di una serie di informazioni essenziali per l'amministrazione di riferimento.

L'art. 77 del nuovo Codice, che in gran parte ripercorre quanto previsto dalla normativa previgente, delinea i passi da effettuare al fine di redigere la consultazione preliminare¹⁷. Quest'ultima serve per acquisire informazioni, relazioni e tutta la documentazione idonea, anche di tipo tecnico, da parte dell'esperto o anche dell'operato di mercato, così come anche da parte di altri soggetti facenti parte di autorità indipendenti¹⁸. La consultazione, al contempo, non deve comportare una violazione dei principi di sperimentazione e di trasparenza¹⁹. A tal fine, si contempla una soluzione di tipo

¹⁶ Le indagini di mercato sono molte e diverse, queste sono identificabili soprattutto nella redazione degli elenchi dei fornitori, degli esperti, dei professionisti e riguardano, in particolare, le procedure sottosoglia.

¹⁷ Secondo l'art. 77, d.lgs. n. 36/2023, «le stazioni appaltanti possono svolgere consultazioni di mercato per predisporre gli atti di gara, ivi compresa la scelta delle procedure di gara, e per informare gli operatori economici degli appalti da esse programmati e dei relativi requisiti richiesti. Per le finalità di cui al comma 1 le stazioni appaltanti possono acquisire informazioni, consulenze, relazioni e ogni altra documentazione idonea, anche di natura tecnica, da parte di esperti, operatori di mercato, autorità indipendenti o altri soggetti idonei. Tale documentazione può essere utilizzata anche nella pianificazione e nello svolgimento della procedura di appalto, a condizione che non abbia l'effetto di falsare la concorrenza e non comporti una violazione dei principi di non discriminazione e di trasparenza».

¹⁸ Esempio classico è quello in materia di farmaci, in cui si deve ricorrere al parere dell'AIFA, in ordine ad una maggiore conoscenza del trattamento terapeutico da sottoporre.

¹⁹ Come precisato dalla relazione al Codice, in tema di consultazioni preliminari di mercato, nella vigenza del precedente codice, si adottarono le Linee

procedimentale che comporta la comunicazione agli altri candidati o offerenti delle informazioni che sono state scambiate nel corso della consultazione preliminare, in modo da fissare i termini che siano adeguati alla ricezione delle offerte. Il sistema di informazioni pensato è di tipo circolare in cui non solo l'amministrazione cede le informazioni a sua disposizione ma, allo stesso tempo, tali informazioni sono altresì messe a disposizione di tutti i soggetti appartenenti al settore. Si tratta di una regola diretta a garantire in modo adeguato la concorrenza e volta a confermare l'efficacia della consultazione preliminare di mercato quale strumento atto ad assicurare la parità di condizioni tra i vari offerenti.

Sebbene le positività siano ben presenti, la teoria si scontra inevitabilmente con la pratica nel momento in cui devono essere diffuse le notizie di natura tecnica appartenenti ad un determinato soggetto, le quali, nella maggior parte dei casi, sono di natura riservata. In tal senso, la giurisprudenza si è espressa nel merito, indagando a fondo la validità e la funzionalità della consultazione preliminare di mercato. La fase in esame è considerata "propedeutica" nell'ottica di ausilio alla formazione con maggior competenza degli atti di gara, non costituendo, a differenza della procedura di affidamento e delle indagini di mercato, un procedimento per selezionare gli operatori economici da invitare alla successiva selezione di mercato. Essa è di rilevante importanza in modo che venga assicurata coerentemente la concorrenza del mercato, evitando qualsiasi forma di discriminazione. Benché la giurisprudenza avalli lo strumento, ne rammenta pur sempre la sua facoltatività, non vincolando mai alla sua adozione l'attività dell'amministrazione (da ciò non derivandone una finalità decisoria).

Guida ANAC n. 14/2019. La giurisprudenza richiamata venne condizionata dalla specificità dei casi analizzati, in cui si esplicitarono circostanze talvolta ovvie (una consultazione preliminare di mercato non può, data la diversa e specifica finalità dell'istituto, essere utilizzata in luogo di un bando di gara; non trattandosi di una "gara" i partecipanti non sono soggetti alla verifica di requisiti di partecipazione; i partecipanti non devono approfittare della procedura per tenere condotte di concorrenza sleale).

2.. *Uno sguardo alle procedure di acquisto*

Il nuovo Codice opta per una scelta ben precisa che caratterizza, semplificandone l'attuazione, il c.d. 'sottosoglia', basandolo sul principio di rotazione. La direzione impostata prospetta due strade: l'affidamento diretto e la procedura negoziata in assenza di pubblicazione del bando.

Per quel che concerne gli appalti al di sopra della soglia di rilevanza europea, invece, la situazione è notevolmente differente. Sul punto, è opportuno in fase di premessa precisare che l'attività iniziale richiesta alla stazione appaltante è quella che verte verso la corretta individuazione della procedura di scelta del contraente. Sono diverse le condizioni che vanno considerate, potendo variare i due elementi: oggettivo e soggettivo.

Da un lato puramente oggettivo, se il codice precedente esprimeva un chiaro *favor* per il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con il nuovo Codice la scelta del criterio di aggiudicazione è rimessa alla discrezionalità dell'amministrazione, seppur latamente ci sia un maggior riconoscimento verso le procedure con l'offerta economicamente più vantaggiosa. Per altro versante, quello soggettivo, si potranno selezionare le offerte anche in virtù delle caratteristiche soggettive del personale che operano sempre nel campo della convenienza dell'offerta²⁰.

Dunque, la valutazione del criterio di selezione dell'offerta diventa un elemento centrale avvertito in modo più marcato rispetto a quanto avvenuto nel passato, in quanto si dà valore pratico allo strumento

²⁰ Nel PNRR è stato inserito l'elemento dei criteri sociali, dei criteri ambientali e anche dei criteri di redistribuzione delle *chance*, redistribuzione delle occasioni di contatto, di contrattare con l'amministrazione e quindi in realtà l'amministrazione può stabilire che per alcuni contratti la scelta debba essere fatta sulla base di un criterio di tipo ambientale o sulla base di un criterio che va ad avvantaggiare una particolare categoria di soggetti che l'amministrazione intende favorire, tutelare oppure ancora che l'amministrazione intende salvaguardare

contrattuale quale vera e propria leva di politica economica²¹. In altri termini, l'amministrazione deve essere in grado di saper utilizzare lo strumento contrattuale, proprio per raggiungere il risultato di interesse pubblico con maggiore libertà, individuare gli strumenti adatti nonché perseguire i propri obiettivi.

Il catalogo tra le varie procedure, tra procedura aperta, ristretta o negoziata, con o senza bando, persistono anche a seguito della novella, per altro lato, notevole interesse assumono le c.d. procedure flessibili come, ad esempio, la competitiva con negoziazione o il partenariato per l'innovazione. Ad ogni modo, tutte le procedure sono caratterizzate da ampia pubblicità, favorita oltremodo dal nuovo comparto digitale per la pubblica amministrazione, con il risultato che comporta una sostanziale equivalenza tra le diverse procedure, circostanza in cui spicca l'assenza di motivazione nel caso in cui si ricorra alla scelta tramite procedure flessibili²².

Alle diverse procedure flessibili si accompagnano differenti ragioni. La scelta circa la procedura competitiva con negoziazione è data altresì dall'impossibilità di soddisfare le esigenze della stazione appaltante, come la presentazione nell'ambito di una precedente gara di offerte che sono state ritenute inammissibili per ragioni che possono ricondursi alla complessità del progetto o alla alta innovatività dello stesso²³.

²¹ Sul punto, F.G. ALBISINNI, "I requisiti dei partecipanti e la selezione delle offerte", in: *Costruire e acquistare, Lezioni sul nuovo Codice dei contratti pubblici*, cit., p. 269. Si tratta di un ambito in cui la pubblica amministrazione fa esercizio in maniera marcata della sua discrezionalità. Nella documentazione di gara devono essere pertanto indicati i singoli criteri di valutazione e la relativa ponderazione, anche prevedendo una forcilla tra le valutazioni, in cui lo scarto tra il minimo e il massimo deve essere adeguato. I criteri devono avere valenza oggettiva, consentendo la valutazione dei profili qualitativi ed un adeguato confronto concorrenziale. Sono così oggetto di valutazione gli aspetti qualitativi, ambientali o sociali, connessi all'oggetto dell'appalto.

²² Eccezion fatta per la negoziata in assenza di pubblicazione del bando che è accompagnata da specifiche cautele laddove si tratta di una procedura in cui si registra un'esclusione evidente della concorrenza.

²³ Il partenariato per l'innovazione serve in realtà ad individuare soluzioni che il mercato non offre. È quindi una modalità attraverso la quale l'amministra-

Altra procedura è quella negoziata senza pubblicazione del bando, disciplinata dall'art. 76 del nuovo Codice²⁴. I casi in cui si avvia sono quelli indicati dal secondo comma, principalmente quando non è stata presentata alcuna offerta appropriata, o in assenza di alcuna domanda di partecipazione. Si tratta di ipotesi in cui si riveli necessario

zione finanzia la ricerca, con la possibilità anche che quella ricerca si risolva in un nulla di fatto, ossia che in realtà non arrivi a realizzare il bene cercato e quest'ultima è un'eventualità possibile del partenariato per l'innovazione.

²⁴ Secondo l'art. 76, d.lgs. n. 36/2023, «le stazioni appaltanti possono aggiudicare appalti pubblici mediante una procedura negoziata senza pubblicazione di un bando di gara quando ricorrono i presupposti fissati dai commi seguenti, dandone motivatamente conto nel primo atto della procedura in relazione alla specifica situazione di fatto e alle caratteristiche dei mercati potenzialmente interessati e delle dinamiche che li caratterizzano, e nel rispetto dei principi di cui agli articoli 1, 2 e 3. A tali fini le stazioni appaltanti tengono conto degli esiti delle consultazioni di mercato eventualmente eseguite, rivolte anche ad analizzare i mercati europei oppure, se del caso, extraeuropei. Le stazioni appaltanti possono ricorrere a una procedura negoziata senza pubblicazione di un bando nei seguenti casi: a) quando non sia stata presentata alcuna offerta o alcuna offerta appropriata, né alcuna domanda di partecipazione o alcuna domanda di partecipazione appropriata, in esito all'esperimento di una procedura aperta o ristretta, purché le condizioni iniziali dell'appalto non siano sostanzialmente modificate e purché sia trasmessa una relazione alla Commissione europea, su richiesta di quest'ultima; un'offerta non è ritenuta appropriata se non presenta alcuna pertinenza con l'appalto ed è, quindi, manifestamente inadeguata a rispondere alle esigenze della stazione appaltante e ai requisiti specificati nei documenti di gara, salvo modifiche sostanziali. Una domanda di partecipazione non è ritenuta appropriata se l'operatore economico interessato è escluso ai sensi degli articoli 94, 95, 96, 97 e 98 o non soddisfa i requisiti stabiliti dalla stazione appaltante ai sensi dell'articolo 100; b) quando i lavori, le forniture o i servizi possono essere forniti unicamente da un determinato operatore economico per una delle seguenti ragioni: 1) lo scopo dell'appalto consiste nella creazione o nell'acquisizione di un'opera d'arte o rappresentazione artistica unica; 2) la concorrenza è assente per motivi tecnici; 3) la tutela di diritti esclusivi, inclusi i diritti di proprietà intellettuale; c) nella misura strettamente necessaria quando, per ragioni di estrema urgenza derivante da eventi imprevedibili dalla stazione appaltante, i termini per le procedure aperte o per le procedure ristrette o per le procedure competitive con negoziazione non possono essere rispettati; le circostanze invocate per giustificare l'estrema urgenza non devono essere in alcun caso imputabili alle stazioni appaltanti».

acquistare un bene “unico” rispetto al quale la concorrenza sia assente per motivi tecnici, essendovi un segreto industriale o un diritto di proprietà da tutelare.

Risalto va dato altresì alla regolazione dei casi di “estrema urgenza” presenti all’interno del terzo comma dell’art. 76 del nuovo Codice, derivanti da eventi imprevedibili per la stazione appaltante, nel caso in cui i tempi non consentissero lo svolgimento della procedura in termini ordinari, potendosi allora procedere con una procedura negoziata senza pubblicazione del bando²⁵. Si tratta di una norma che è stata inserita riprendendo quanto previsto con il decreto *semplificazioni bis* n. 77/2021, con l’obiettivo di assicurare il principio del risultato nelle procedure finanziate con fondi PNRR. Trattasi di una norma che trova la sua *ratio* nell’esistenza dei contratti finanziariamente condizionati all’utilizzo delle risorse entro un tempo stabilito, che trova invece nel nuovo Codice vita propria e viene elevata al rango di regola ordinaria, quindi non riferita a termini particolari o a contratti vincolati con risorse europee ma estesa a qualunque procedura. In aggiunta, proprio l’allegato I.3, in cui sono riferite segnatamente le tempistiche per le procedure segna una delle più importanti novità del Codice del 2023, in cui oltre a dare un’esatta e definita portata della durata delle singole procedure, si precisa che le stesse possono essere ulteriormente allungate in presenza di circostanze eccezionali²⁶.

²⁵ Con riferimento a tale presupposto, C. FIGLIOLIA, “Le procedure di scelta del contraente”, in: *Costruire e acquistare, Lezioni sul nuovo Codice dei contratti pubblici*, cit., p. 237, segnala che l’eccezionalità attiene alle ragioni di estrema urgenza e non agli eventi che hanno determinato tale ragione, che devono rimanere sempre imprevedibili e non imputabili all’amministrazione.

²⁶ In base all’All. I.3, art. 1, c. 5, «in presenza di circostanze eccezionali il RUP, con proprio atto motivato, può prorogare i termini suddetti per un massimo di tre mesi. In presenza di ulteriori situazioni imprevedibili di oggettiva difficoltà che rendono non sostenibili i tempi procedurali sotto il profilo dell’organizzazione amministrativa e della particolare complessità della procedura, certificate dal RUP, quest’ultimo, con proprio atto motivato, può prorogare i termini suddetti per ulteriori tre mesi».

Da ultimo due sono le norme da evidenziare in ambito di tempistiche procedurali. *In primis*, l'art. 17, in cui si ammonisce l'amministrazione di riferimento nel rispettare la tempistica delle procedure, pena il funzionamento del meccanismo del silenzio inadempimento²⁷. La seconda, invece, attiene al piano della motivazione. Indubbiamente il sindacato amministrativo ricadrà sulla motivazione data dall'amministrazione in cui si dovrà dare conto dei motivi che hanno portato la stazione appaltante ad optare per l'indizione di una procedura negoziata senza pubblicazione del bando, dato che l'art. 76 ne rafforza l'onere motivazionale.

L'amministrazione difatti deve dare motivatamente conto, nel primo atto della procedura di gara, della procedura di cui intenda avvalersi, in virtù della situazione di fatto, delle caratteristiche dei mercati potenzialmente interessati e delle dinamiche che li caratterizzano. Il meccanismo appena evidenziato serve ad evitare il c.d. *lock-in*, ovvero l'utilizzo disinvolto da parte di alcune amministrazioni dei requisiti di infungibilità ed esclusività. Nello specifico, la scelta non deve mai restringere la concorrenza e quindi portare ad un effetto di *lock in*, cioè di chiusura rispetto al mercato concorrenziale. Ecco perché, soltanto in ipotesi di assoluta e inderogabile necessità, ci si può rivolgere ad un determinato operatore economico, attivando una procedura negoziata senza bando.

²⁷ Secondo l'art. 76, d.lgs. n. 36/2023, c. 3, «le stazioni appaltanti e gli enti concedenti concludono le procedure di selezione nei termini indicati nell'allegato I.3. Il superamento dei termini costituisce silenzio inadempimento e rileva anche al fine della verifica del rispetto del dovere di buona fede, anche in pendenza di contenzioso. In sede di prima applicazione del codice, l'allegato I.3 è abrogato a decorrere dalla data di entrata in vigore di un corrispondente regolamento emanato ai sensi dell'articolo 17, comma 1, della legge 23 agosto 1988, n. 400, su proposta del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, sentito il Ministro per la pubblica amministrazione, che lo sostituisce integralmente anche in qualità di allegato al codice».

3. *L'ammissibilità delle offerte*

A differenza del precedente Codice, in cui si distingueva tra offerte inammissibili e offerte pienamente irregolari con notevoli difficoltà in ambito ricostruttivo nel caso in cui l'offerta fosse da considerare inammissibile o meno, il Codice attuale si spinge nel prevedere una categoria unitaria di inammissibilità, ricomprendendo tutte le ipotesi, anche quelle di mera irregolarità²⁸.

Altro profilo rilevante quando si parla di offerte inammissibili è quello afferente la discrezionalità, aspetto necessario in un'ottica di realizzazione del miglior interesse pubblicistico che coinvolge non solo l'attività della commessa pubblica, ma in generale tutta l'attività amministrativa. Il nuovo Codice è intervenuto sulla selezione a monte degli operatori economici, stabilendo i criteri di selezione da indicare nel bando o nella lettera di invito, volti a ridurre il numero degli operatori partecipanti. Selezione che deve essere fatta con obiettività ed evitando qualsivoglia scelta discriminatoria, non potendosi scendere al di sotto dei cinque candidati nelle procedure ristrette e a tre candidati nelle altre procedure. Si avverte che, per la prima volta, è stato inserito un criterio numerico minimo attraverso cui limitare il numero dei potenziali candidati alla procedura di gara, con il vincolo già fissato a monte dal legislatore.

Rispetto alle procedure ordinarie poco vi è da aggiungere. La procedura aperta resta senza dubbio quella più rispettosa della concorrenza; mentre quella ristretta, sempre connotata dalla struttura bifasica, si caratterizza per una prima fase a monte, chiamata di prequalifica. L'unico

²⁸ Sono inammissibili le offerte anomale e quelle presentate da soggetti che non possiedono le qualifiche necessarie oppure le offerte il cui prezzo supera l'importo posto a base di gara. Proprio la circostanza dell'importo posto a base di gara, tra l'altro, è stata una delle più discusse laddove si riteneva che l'offerta risultasse inammissibile in relazione alle singole voci. La giurisprudenza ha successivamente chiarito che non fosse un'interpretazione corretta, anche in virtù dei vari problemi che successivamente (la revisione dei prezzi, gli aggiornamenti tariffari etc.) si sono verificati in pandemia, in quanto una simile interpretazione avrebbe portato all'esclusione di moltissime offerte.

elemento di novità risiede nella riduzione del termine dato alle imprese per la presentazione dell'offerta che si riduce da 35 a 30 giorni²⁹.

Rispetto alle procedure ordinarie, per quelle flessibili è data la possibilità alla stazione appaltante di plasmare le procedure in base alle proprie necessità, compendiandosi in procedure che consentono la rinegoziazione dell'offerta iniziale. L'unica differenza residua sul presupposto per cui tale concertazione avviene. Nella procedura competitiva interviene in modo individuale, misurandosi sul singolo operatore economico che si confronterà con l'amministrazione all'interno della procedura competitiva; a differenza del partenariato e del dialogo competitivo in cui tale contraddittorio avverrà in modo corale. Per ciò che riguarda il dialogo competitivo, la novità risiede nella possibilità per l'amministrazione di consultare gli operatori economici prequalificati, con possibilità di recedere entro trenta giorni. Tale possibilità non è di poco conto, in quanto consente alle imprese di svincolarsi dalla procedura se non ritenuta di particolare interesse economico ma che, al contempo, permette di garantire alla stazione appaltante di condurre un dialogo esclusivamente con operatori economici che siano effettivamente intenzionati a prendere parte alle negoziazioni³⁰.

L'elemento di principale novità nella procedura negoziata senza pubblicazione del bando è la possibilità di prevedere la c.d. gara informale³¹. Ove possibile, la stazione appaltante, individuati gli opera-

²⁹ A partire dal 2024 tutte le procedure devono svolgersi attraverso le piattaforme digitali utilizzate dalle amministrazioni: sia nel sopra soglia sia nel sottosoglia, dunque, tutte sono interessate dalla digitalizzazione. Interessate dalla digitalizzazione sono le offerte che possono essere presentate solo mediante la registrazione. In generale ci si ispira ad un principio di riduzione del termine che corrisponde ad un'esigenza di maggiore riuscita.

³⁰ Sul punto, vi sono delle criticità relativamente alla possibilità o meno per l'amministrazione di revocare il bando di gara. A mente di un primo orientamento, tecnicamente la stazione appaltante non avrebbe la possibilità di revocare il bando di gara.

³¹ C. FIGLIOLIA, "Le procedure di scelta del contraente", cit., p. 240, secondo sui, sulla base dell'interpretazione autentica sul punto fornita dal Consiglio di

tori economici da consultare nel rispetto dei principi di trasparenza e concorrenza, può selezionare almeno tre operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti idonei. Successivamente, a valle della gara informale, la stazione appaltante sceglierà l'operatore economico che ha offerto le condizioni più vantaggiose una volta verificati i requisiti di partecipazione per la procedura. Se ovviamente ci sono le condizioni, l'amministrazione, nella procedura negoziata senza bando, può ridurre a tre gli operatori economici, nel rispetto della clausola di salvaguardia.

Per altro aspetto, non si fa più riferimento al principio di rotazione. Nella precedente disciplina si prevedeva l'applicazione della rotazione in ragione di una maggiore tutela della concorrenza anche nelle procedure negoziate senza pubblicazione del bando sopra soglia. Requisito oggi assente in quanto si ritiene che la procedura negoziata senza pubblicazione del bando sia in ogni caso già di per sé competitiva, che quindi consenta una tutela corretta della concorrenza.

Di conseguenza, non si necessita di un requisito che potrebbe essere eccessivamente penalizzante per gli operatori economici e che, per le dinamiche di mercato, potrebbe essere anche non adeguato a tutelare le esigenze della stazione appaltante, oltre che contrastare con le tempistiche previste per le procedure. La procedura deve comunque garantire il risultato atteso dall'amministrazione, circostanza che per cui la rotazione potrebbe contrastare con l'urgenza, in tal senso, differenziandosi dalla precedente disciplina, il Codice impone la non necessaria ricerca sul mercato di operatori che non abbiano già contrattato con la stazione appaltante dovendosi solo valutare la possibilità di invitare immediatamente a negoziare o avviare preventivamente delle consultazioni informali.

Stato, «dovrebbe pure ammettersi la possibilità per l'amministrazione aggiudicatrice, all'esito della conferenza, di decidere di revocare il bando di gara, provvedendosi in una fase anticipata della gara, in modo da minimizzare i rischi di responsabilità precontrattuale». Possibilità, questa già desumibile dal generale principio di inesauribilità del potere e dalla portata applicativa generale dell'art. 21-*quinquies* di cui alla legge n. 241/1990.

4. *La selezione delle offerte*

L'offerta deve necessariamente essere conforme alla qualificazione richiesta dall'operatore economico, oltre che essere conforme ai requisiti ambientali e sociali di lavoro che sono previsti nella documentazione di gara.

Esempio dirimente è quello della clausola sociale. Nel nuovo Codice assume una configurazione caratterizzata da profili di novità, dato che l'articolo 11 impone l'obbligo per l'amministrazione di individuazione del contratto collettivo che deve essere applicato ai lavoratori partecipanti alla commessa pubblica³². Clausola sociale che non ha però carattere assoluto ma solo relativo, intendendosi in tal modo dato che in via successiva l'operatore economico potrà dimostrare che il contratto presenta prestazioni equivalenti rispetto a quanto previsto dalla documentazione di gara³³.

Proseguendo, altro strumento non nuovo agli esperti del settore ma di rilevante impatto è data dalla c.d. inversione procedimentale. Si tratta di un meccanismo che consente di esaminare e valutare le offerte in un momento antecedente rispetto alla verifica di idoneità dei requisiti generali e speciali degli offerenti. Nonostante fosse già stata introdotta dal decreto semplificazione il meccanismo introdotto dal Codice presenta una differenza fondamentale, ovvero che attualmente è stata resa una regola ordinaria, potendo essere esercitata sempre

³² In base all'art. 11, d.lgs. n. 36/2023, c. 4, «nei casi di cui al comma 3, prima di procedere all'affidamento o all'aggiudicazione le stazioni appaltanti e gli enti concedenti acquisiscono la dichiarazione con la quale l'operatore economico individuato si impegna ad applicare il contratto collettivo nazionale e territoriale indicato nell'esecuzione delle prestazioni oggetto del contratto per tutta la sua durata, ovvero la dichiarazione di equivalenza delle tutele. In quest'ultimo caso, la dichiarazione è anche verificata con le modalità di cui all'articolo 110».

³³ Sul punto, si prevede in capo al RUP un duplice obbligo, da un lato l'obbligo di individuare il contratto collettivo sulla base del registro dei contratti, presente presso il Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro e dall'altro ha l'obbligo di individuare le condizioni di equivalenza che rendono un contratto collettivo, anche se diverso ma equivalente a quello indicato in sede di gara, molto complesso nella pratica.

dalle amministrazioni purché nel rispetto della tempistica indicata dal Codice, quindi dopo la scadenza del termine per la presentazione delle offerte. In caso di utilizzo dalla c.d. inversione procedimentale, la stazione appaltante dovrà comunque garantire che la verifica dell'assenza dei motivi esclusione e del rispetto dei criteri di selezione sia effettuata in maniera imparziale e trasparente. Ciò è dovuto alla natura stessa del meccanismo di velocizzazione, in quanto i controlli sono effettuati a valle, una volta selezionati gli operatori economici, laddove l'amministrazione di riferimento deve garantire qualsiasi assenza di conflittualità, evitando discriminazioni.

Il tutto andrà necessariamente coniugato con il nuovo comparto della commessa pubblica rivoluzionato a seguito dell'entrata in campo della digitalizzazione.

Così, anzitutto, nel sistema di digitalizzazione non esiste più la differenza fra aggiudicazione provvisoria e aggiudicazione definitiva e la decisione relativa all'aggiudicazione definitiva viene comunicata in automatico e contestualmente a tutti i partecipanti alla gara, a condizione che non siano stati esclusi. Ancora, anche tutte le offerte sono comunicate e rese disponibili agli altri concorrenti in automatico, a meno che non siano interessate da segreti industriali, commerciali e quindi ci sia a monte una richiesta dell'impresa di anonimizzare alcuni dati volti a tutelare i segreti commerciali. Offerte che sono dichiarate mediante piattaforma e di cui è possibile prendere visione immediatamente, alimentando quel concetto di "campana di vetro" che deve – *rectius*, dovrebbe – essere la pubblica amministrazione.

È opportuno precisare che il controllo successivo di idoneità, durante la fase di inversione procedimentale, deve essere svolto obbligatoriamente su tutti gli operatori economici che abbiano presentato l'offerta. La soglia di anomalia, dunque, da considerare su tutti coloro che non sono stati esclusi dalla gara, diventa immutabile a seguito del provvedimento di aggiudicazione.

Ritornando sui criteri di aggiudicazione dell'appalto, si registra la discrezionalità concessa dal Legislatore alle stazioni appaltanti nel non ricorrere obbligatoriamente all'offerta eco-

conomicamente più vantaggiosa. Difatti, escludendo il ricorso obbligatorio a tale strumento nei casi indicati dall'articolo 108 – principalmente per servizi ad alta intensità di manodopera – si potrà ricorrere anche al criterio del prezzo più basso. Per servizi ad alta intensità di manodopera s'intendono i servizi di ingegneria, i servizi di natura tecnica³⁴.

Si potrà, d'altra parte, ricorrere al criterio del minor prezzo nel caso in cui la fornitura abbia caratteristiche standardizzate, come attività ripetitive che non richiedono soluzioni personalizzate, oppure le cui condizioni sono definite dal mercato ad eccezione dei servizi ad alta intensità di manodopera.

Riassumendo si hanno tre differenti regole. In primo luogo, l'amministrazione può discrezionalmente scegliere i criteri di aggiudicazione nella selezione dell'operatore economico, optando per la soluzione che riesca meglio a tutelare l'interesse pubblico, tra l'offerta economicamente più vantaggiosa o il criterio del prezzo più basso.

Seconda regola è che viene imposto il ricorso obbligatorio all'offerta economicamente più vantaggiosa, nei casi indicati dalla legge. Da ultimo, la terza regola autorizza il ricorso al criterio del minor prezzo, solo nel caso in cui si sia in presenza di opere standardizzate e con carattere ripetitivo; dunque, non caratterizzate da servizi ad alta intensità di manodopera.

In definitiva, nel presente Codice si registra una maggiore attenzione circa la natura, l'oggetto e le caratteristiche del contratto, al fine soprattutto di garantire il confronto concorrenziale tra gli operatori economici.

³⁴ Questo il caso delle selezioni per l'acquisto delle piattaforme digitali utilizzate dall'amministrazione laddove non si voglia ricorrere alla piattaforma Consip o alla piattaforma messa a disposizione da una centrale unica di committenza o da un soggetto aggregatore. L'opzione ricadrà su quanto è presente sul mercato, con scelta della piattaforma che rispetti i requisiti AgiD e quindi sia utilizzabile all'interno del nuovo sistema digitalizzato.

5. *Le cause di esclusione*

In tema di clausole di esclusione è necessario avviare l'analisi dall'articolo 10 del nuovo Codice, che annovera il principio di tassatività delle clausole escludenti tra i principi generali, conferendo dunque centralità e rilevanza all'istituto. Trattasi del divieto – ora codificato, che non poche turbolenze ha portato in sede giurisdizionale – per la stazione appaltante di affidare un contratto ad un operatore economico su cui sia stata accertata una causa di esclusione, purché si tratti di una di quelle preventivamente definite in via legislativa.

Attualmente, poiché le clausole sono tassative e definite dal Codice, si verifica il fenomeno della c.d. eterointegrazione normativa, per cui anche se non presenti nel bando di gara, tali clausole saranno da riportare in ogni caso automaticamente in quanto obbligatoriamente previste. Si è dinanzi ad una norma imperativa, non derogabile, pena la nullità delle contrastanti clausole del bando, che se eventualmente apposte saranno da considerare come mai esistite ma che, ad ogni modo, costringono l'operatore economico ad impugnare il bando di gara, pena l'inoppugnabilità dello stesso.

Ancora, il principio di tassatività delle cause di esclusione impone una rinnovata attenzione ai c.d. requisiti speciali che gli operatori devono possedere ai fini di partecipazione alla gara. È l'amministrazione a definire, di volta in volta a seconda del tipo di procedura e, soprattutto, dell'oggetto dell'appalto, quali requisiti di carattere speciale possano essere richiesti alle imprese ai fini della partecipazione alla gara. Pur a fronte della discrezionalità riconosciuta alle stazioni appaltanti nella definizione di tali requisiti, essi sono da considerare ammissibili solo a condizione che siano attinenti all'oggetto della gara e rispondenti ad un interesse pubblicistico. L'eventuale sindacato del giudice dovrà essere svolto perciò in termini di proporzionalità, in virtù del contesto concreto in cui è posto il requisito speciale, quindi in base a ciò che è l'oggetto dell'appalto.

Esistono cause di esclusione obbligatorie e cause di esclusione facoltative.

In presenza delle prime l'amministrazione dovrà per forza escludere l'operatore economico, al sol ricorrere della causa escludente, senza che siano necessari ulteriori e opportuni accertamenti. Viceversa, in presenza di cause di esclusione facoltative, l'esclusione non sarà obbligatoria, laddove, anche se esistente la causa, si dovrà procedere per una successiva valutazione sull'incidenza rispetto alla professionalità dell'operatore economico. In altri termini, se da un lato, non ci sono margini di apprezzamento valutativi, dall'altro invece, rileva un contraddittorio procedimentale al fine di dimostrare l'assenza di pericoli, occasione in cui potranno essere presentati anche documenti o osservazioni da parte dell'operatore economico³⁵.

In particolare, i requisiti di ordine speciale riguardano l'idoneità professionale e la capacità economica finanziaria, elementi che, come ben noto, rivestono fondamentale importanza nell'ambito della contrattualistica pubblica. Per chiarire, prendiamo ad esempio la richiesta di fornire dati di capacità, come la stipula di contratti con un valore superiore a 500.000 € con l'amministrazione pubblica nel corso delle tre annualità antecedenti all'indizione della gara.

È essenziale sottolineare che i requisiti di partecipazione devono essere soddisfatti non solo al momento della presentazione dell'offerta, ma per tutta la durata dell'intera procedura. In caso contrario, è prevista la facoltà di interrompere il contratto e sospendere l'esecuzione dello stesso se l'aggiudicatario perda alcuni dei requisiti durante la procedura stessa. Ad esempio, potrebbe essere attuato uno scorrimento di graduatoria nelle situazioni in cui all'aggiudicatario manchino determinati requisiti, tra tutti le eventuali condanne penali accertate che sono automaticamente escludenti. Riguardo a questo aspetto, è emerso un problema legato alla classificazione dei reati

³⁵ A questo proposito, le misure di *self-cleaning* costituiscono la dimostrazione del fatto che all'operatore economico è data la possibilità di dimostrare di aver rimediato ad un problema attinente alla sussistenza o meno di un requisito generale, oggetto di contestazione da parte della stazione appaltante.

considerati. È fondamentale sottolineare che un reato è considerato rilevante solamente quando è stata emessa una sentenza definitiva o un decreto penale di condanna divenuto irrevocabile.

Per quanto concerne l'ambito soggettivo di rilevanza delle cause di esclusione, il nuovo Codice – consolidando a livello legislativo un orientamento consolidato della giurisprudenza amministrativa – amplia l'applicazione del requisito anche all'amministratore di fatto. Da ultimo, si esclude dalla partecipazione alla gara qualsiasi operatore economico che sia oggetto di misure di prevenzione, con una anticipazione della soglia probatoria.

Rilevante è anche il tema degli illeciti professionali, i quali mettono in rilievo la capacità tecnica dell'operatore economico. A questo proposito, è opportuno osservare che i requisiti di ordine generale sono dichiarati attraverso il documento di gara unico europeo, il c.d. Durc, in cui rilevano le sole violazioni che siano gravi e definitivamente accertate³⁶.

In questo ambito, si prospetta rivoluzionario il fascicolo virtuale dell'operatore economico, in quanto tale strumento consente di effettuare la verifica dei requisiti dell'operatore dal punto di vista delle clausole di esclusione automatica, che refluiscano obbligatoriamente e istantaneamente nel fascicolo afferente all'operatore economico³⁷.

³⁶ In aggiunta, l'eventuale violazione, per esempio, delle norme antitrust, può mettere in discussione la moralità professionale dell'operatore. È chiaro che il nell'ipotesi in cui sia verificato un grave illecito professionale è rimessa comunque la possibilità all'operatore economico di dimostrare attraverso degli strumenti adeguati che sia ancora piena la sua integrità e la sua affidabilità. Trattasi di una valutazione discrezionale da effettuare della stazione appaltante che, caso per caso e in concreto deve verificare i singoli fatti indicati dall'operatore per verificare che non siano tali da mettere in discussione l'affidabilità del dell'operatore economico.

³⁷ Occorre notare che eventuali problemi di asimmetria possono sorgere nel caso in cui sia accertata la violazione della norma tributaria che richiede un verbale di accertamento dell'Agenzia delle entrate, il quale potrebbe non essere inserito nel fascicolo virtuale dell'operatore economico. Tale circostanza però non può essere considerata una causa di esclusione non automatica risultandone per ciò solo un elemento di complicazione perché si richiederà, inevitabilmen-

Da ultimo, l'art. 96 disciplina l'esclusione attraverso un meccanismo di procedimentalizzazione³⁸. Viene data la possibilità all'operatore economico di dimostrare di essersi impegnato a risarcire o di aver risarcito i danni causati derivanti dall'illecito o di aver posto in essere delle misure di carattere tecnico, organizzativo o relativo al personale, volte a prevenire ulteriori reati, tramite l'adozione di misure di c.d. *self cleaning*.

È opportuno soffermarsi, infine, sullo strumento del soccorso istruttorio³⁹. È un mezzo che attua la leale collaborazione con cui la

te, alla stazione appaltante di interrogare l'Agenzia delle entrate sulla presenza di violazioni non ancora definite, non potendosi utilizzare il fascicolo virtuale dell'operatore economico.

³⁸ Secondo l'art. 11, d.lgs. n. 36/2023, c. 6, «un operatore economico che si trovi in una delle situazioni di cui all'articolo 94, a eccezione del comma 6, e all'articolo 95, a eccezione del comma 2, può fornire prova del fatto che le misure da lui adottate sono sufficienti a dimostrare la sua affidabilità. Se tali misure sono ritenute sufficienti e tempestivamente adottate, esso non è escluso dalla procedura d'appalto. A tal fine, l'operatore economico dimostra di aver risarcito o di essersi impegnato a risarcire qualunque danno causato dal reato o dall'illecito, di aver chiarito i fatti e le circostanze in modo globale collaborando attivamente con le autorità investigative e di aver adottato provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti. Le misure adottate dagli operatori economici sono valutate considerando la gravità e le particolari circostanze del reato o dell'illecito, nonché la tempestività della loro assunzione. Se la stazione appaltante ritiene che le misure siano intempestive o insufficienti, ne comunica le ragioni all'operatore economico».

³⁹ Secondo l'art. 101, d.lgs. n. 36/2023, c. 1, «salvo che al momento della scadenza del termine per la presentazione dell'offerta il documento sia presente nel fascicolo virtuale dell'operatore economico, la stazione appaltante assegna un termine non inferiore a cinque giorni e non superiore a dieci giorni per: a) integrare di ogni elemento mancante la documentazione trasmessa alla stazione appaltante nel termine per la presentazione delle offerte con la domanda di partecipazione alla procedura di gara o con il documento di gara unico europeo, con esclusione della documentazione che compone l'offerta tecnica e l'offerta economica; la mancata presentazione della garanzia provvisoria, del contratto di avvalimento e dell'impegno a conferire mandato collettivo speciale in caso di raggruppamenti di concorrenti non ancora costituiti è sanabile mediante documenti aventi data certa anteriore al termine fissato per la presentazione delle offerte; b)

stazione appaltante chiede al concorrente, in presenza di carenze formali e ferma l'immodificabilità della propria offerta, di sanare, integrare o chiarire la documentazione presentata in gara. Esso costituisce espressione di sovraordinati principi di matrice europea, quali tutela della concorrenza, massima partecipazione e proporzionalità. Mira, in particolare, ad evitare che eventuali irregolarità o inadempimenti, meramente estrinseci, possano pregiudicare gli operatori economici più meritevoli, e ciò anche nell'interesse della stessa stazione appaltante, che potrebbe perdere l'opportunità di selezionare il concorrente migliore per vizi procedurali facilmente emendabili⁴⁰.

Difatti, lo scopo della gara è attuare la massima concorrenza nel mercato, selezionando la migliore offerta in rapporto alle concrete esigenze della stazione appaltante. Perciò le procedure ad evidenza pubblica hanno lo scopo di premiare il 'merito' degli operatori privati, stimolandone efficienza e innovazione, e non di minare e rallentare le missioni degli apparati pubblici. Conseguentemente, gli errori, le omissioni dichiarative e documentali che non intaccano le garanzie sostanziali (ad esempio, il possesso dei requisiti prescritti dalla legge di gara), in quanto non alterano in alcun modo il leale confronto competitivo, non avvantaggiano nessun concorrente a discapito degli altri e pertanto non possono avere portata espulsiva⁴¹.

Con il nuovo Codice tale strumento viene potenziato e ampliato nella sua portata. Prescindendo dall'offerta economica, che non è modificabile, tutti gli elementi eventualmente mancanti possono essere integrati avvalendosi del soccorso istruttorio. Si supera così il concetto formalistico dell'offerta, dando ampio spazio alla possibilità

sanare ogni omissione, inesattezza o irregolarità della domanda di partecipazione, del documento di gara unico europeo e di ogni altro documento richiesto dalla stazione appaltante per la partecipazione alla procedura di gara, con esclusione della documentazione che compone l'offerta tecnica e l'offerta economica. Non sono sanabili le omissioni, inesattezze e irregolarità che rendono assolutamente incerta l'identità del concorrente».

⁴⁰ Cons. Stato, sez. V, 2 marzo 2017, n. 975.

⁴¹ Cons. Stato, sez. VI, 24 febbraio 2022, n. 1308; Id., 3 gennaio 2023, n. 68; Id., 9 gennaio 2024, n. 295.

di integrare l'offerta e quindi consentendo la più ampia partecipazione (principio del *favor participationis*) e concorrenza nella gara⁴².

Ciò è possibile tramite la procedimentalizzazione, in cui sarà la stazione appaltante ad attivare il rimedio del soccorso istruttorio all'operatore economico, prediligendo l'integrazione documentale alla esclusione in presenza di mancanze nell'offerta⁴³.

Come nella digitalizzazione, anche nel soccorso istruttorio la norma specifica che debba avvenire senza alcun onere economico in capo ai partecipanti alla gara, sebbene sia richiesto un lavoro supplementare all'amministrazione. Tale lavoro supplementare non può essere scaricato, nemmeno indirettamente, sull'operatore economico con l'obiettivo sostanziale di facilitare ancora una volta il *favor participationis*.

⁴² Anche il Durc, elemento fondamentale dell'offerta dell'operatore economico, si ritiene integrabile in presenza di sue eventuali omissioni, dimostrando la grossa portata del nuovo strumento in esame.

⁴³ Si ritiene che il concorrente anche se responsabile degli errori commessi nella formulazione dell'offerta potrà giovare del soccorso istruttorio in un'ottica di più ampia partecipazione alla gara. Se prima l'integrazione era esclusa, oggi le irregolarità relative all'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile o che afferiscono all'offerta tecnica o economica saranno sanabili.

APPUNTI SUL PARTENARIATO PUBBLICO-PRIVATO

SOMMARIO: 1. IL PARTENARIATO PUBBLICO-PRIVATO ANTE LITTERAM. 2. L'AFFERMAZIONE DEL PARTENARIATO CONTEMPORANEO. 3. SEGUE: IL PARTENARIATO NEL PRIMO E NEL SECONDO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI. 4. PREGI E DIFETTI DEL PARTENARIATO. 5. IL PARTENARIATO NEL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI DEL 2023.

1. Il partenariato pubblico-privato ante litteram

Quando si affronta il tema del partenariato pubblico-privato (ossia, se non vogliamo farci mancare il solito acronimo, il PPP), ci si imbatte quasi inevitabilmente in quella che potremmo definire come la retorica del partenariato, ossia la tendenza a enfatizzare l'innovatività di questo istituto, e i vantaggi che esso comporta rispetto agli altri sistemi di affidamento dei contratti pubblici¹.

¹ Cfr. A. TRAVI, "Il partenariato pubblico-privato: i confini incerti di una categoria", in: *Negoziazioni pubbliche. Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, a cura di M. Cafagno, A. Botto, G. Fidone, G. Bottino, Milano, 2013, pp. 10-17, che già un decennio fa sottolineava l'enfasi con cui spesso viene affrontato l'argomento, e M. P. CHITI, "Il partenariato pubblico-privato e la nuova direttiva concessioni", in: *Finanza di progetto e partenariato pubblico-privato. Temi europei, istituti nazionali e operatività*, a cura di G. F. Cartei, M. Ricchi, Napoli, 2015, pp. 3-25, che ha rilevato che il partenariato è stato accolto con entusiasmo dato che spesso è stato considerato come una panacea per una serie di limiti dell'azione della pubblica amministrazione.

Ad esempio, dopo l'entrata in vigore del codice dei contratti pubblici del 2016 l'allora Ministro delle Infrastrutture in proposito aveva parlato di "una grande rivoluzione"², ma si sa che anche dopo l'entrata in vigore del codice dei contratti del 2023 non è raro sentire definire il partenariato come una nuova e/o grande sfida, o come una nuova e/o grande scommessa, *et similia*.

Vale però la pena di ricordare che, anche a prescindere dal fatto che il principale istituto ascrivibile al PPP, ossia la finanza di progetto, nel nostro ordinamento è stato legificato da oltre un quarto di secolo, pure in un passato più remoto vi sono state svariate forme di collaborazione pubblico-privato che avevano caratteri analoghi a quelli del partenariato contemporaneo.

Il quale secondo l'art. 174 del vigente codice dei contratti consiste in una "operazione economica in cui ricorrono congiuntamente le seguenti caratteristiche: a) tra un ente concedente e uno o più operatori economici privati è instaurato un rapporto contrattuale di lungo periodo per raggiungere un risultato di interesse pubblico; b) la copertura dei fabbisogni finanziari connessi alla realizzazione del progetto proviene in misura significativa da risorse reperite dalla parte privata, anche in ragione del rischio operativo assunto dalla medesima; c) alla parte privata spetta il compito di realizzare e gestire il progetto, mentre alla parte pubblica quello di definire gli obiettivi e di verificarne l'attuazione; d) il rischio operativo connesso alla realizzazione dei lavori o alla gestione dei servizi è allocato in capo al soggetto privato"³.

² Come riferisce M. CERUTI, Il partenariato pubblico-privato nella riforma del Codice dei contratti pubblici: si tratta di vera rivoluzione copernicana o del solito slogan all'italiana?, in: "Riv. trim. app.", 2017, p. 575.

³ V. ad es. G. PIPERATA, "Introduzione. La collaborazione pubblico-privato nell'ordinamento comunitario e nazionale", che non a caso a proposito della diffusione di forme di collaborazione tra privati e pubblica amministrazione verificatasi negli scorsi anni parla di "una vecchia novità", e M. DUGATO, "Il partenariato pubblico-privato: origine dell'istituto e sua evoluzione", entrambi in: *La collaborazione pubblico-privata e l'ordinamento amministrativo. Dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme*, a cura di F. Mastragostino, Torino, 2011, rispettivamente pp. 3-21 e p. 55-70. Sulla discussa nozione di partenariato cfr., fra i tanti, almeno F. CORTESE,

Il fatto che si riscontrassero delle collaborazioni con caratteri simili a quelli previsti da questa disposizione con ogni probabilità accadeva perché in passato ricorrere alla leva fiscale per “raggiungere un risultato di interesse pubblico” risultava anche più problematico di quanto non sia ora.

In società povere quali quelle dell’Europa preindustriale lo scontento che da sempre accompagna l’introduzione di nuove tasse poteva sfociare in rivolte da parte di coloro che si ritenevano ingiustamente vessati: accadeva sin dal medioevo, con sollevazioni popolari quali la *Jacquerie* francese e la *Peasant’s revolt* inglese; e anche nel periodo assolutista Luigi XIV rischiò di non salire al trono a causa della Fronda, che era iniziata con l’opposizione della nobiltà di toga all’aumento della pressione fiscale, e Luigi XVI perse ben più del trono perché aveva voluto convocare gli Stati Generali anche al fine di riformare il sistema tributario⁴.

Sicché anche per un governo non democratico in definitiva era molto meno rischioso finanziare il raggiungimento di “un risultato di interesse pubblico” facendo ricorso alla collaborazione volontaria dei privati.

Nell’età moderna un esempio colorito di quello che potremmo definire come partenariato *ante litteram* potrebbe essere considerata persino l’attività dei corsari: che in sostanza era un’attività non diversa da quella dei pirati, ma mentre questi erano, per così dire, dei predoni *freelance*, i corsari operavano legittimamente grazie alle lettere di corsa, ossia licenze rilasciate da uno Stato che consentivano loro di abbordare e saccheggiare le navi degli Stati nemici – ovviamente, a patto di riservare una parte del bottino allo Stato che aveva concesso la licenza.

In questo periodo la collaborazione pubblico-privato di maggior rilievo è però rappresentata dalle compagnie delle Indie: sono le pri-

“Tipologie e forme di collaborazione tra pubblico e privato”, sempre in: *La collaborazione*, cit., pp. 35-52 e ss., M. P. CHITI, “Il partenariato pubblico-privato”, cit., A. TRAVI, “Il partenariato pubblico-privato”, cit.; S. VALAGUZZA, E. PARISI, *Ricerca sull’identità giuridica del partenariato pubblico-privato*, in: “Munus”, 2020, pp. 1-27.

⁴ Delle rivolte trecentesche in Francia e in Inghilterra ha trattato recentemente A. BARBERO in *All’arme! All’arme! I priori fanno carne!*, Roma – Bari, 2023.

me vere e proprie società per azioni⁵, che per lo più venivano create su impulso di diversi Stati europei, che così concedevano a soggetti privati il monopolio sul commercio con questa o con quella parte del mondo, e spesso conferivano a questi soggetti anche l'esercizio di poteri pubblici che potevano essere amplissimi.

Tra le *companies* di maggior successo va ricordata in particolare la Voc, la Compagnia olandese delle Indie orientali, che all'inizio del Seicento aveva un valore pari a quasi 8000 miliardi di dollari odierni; e la Cio, la Compagnia inglese delle Indie orientali, che era titolare di potenti regie che le consentivano di "rivendicare la giurisdizione su tutti sudditi inglesi in Asia, battere moneta, costruire fortificazioni, promulgare leggi, muovere guerra, condurre una politica estera indipendente, istituire tribunali, comminare pene, imprigionare sudditi inglesi e fondare insediamenti..."⁶: e così essa fu tra i principali artefici della costruzione dell'impero britannico, dato che riuscì a conquistare l'intero subcontinente indiano, anche se consolidò il proprio potere corrompendo membri del parlamento e del governo inglese, e già in un noto processo di fine Settecento venne accusata da Edmund Burke di aver devastato tutta l'India per soddisfare la sua avidità.

Se poi vogliamo trovare degli esempi di partenariati *ante litteram* meno remoti nel tempo - e meno coloriti - potremmo ricordare un episodio che risale ai decenni seguenti all'Unità d'Italia.

Probabilmente è perché i bilanci statali erano gravemente deficitari, dato che il Regno d'Italia si era accollato i debiti degli stati preunitari (peraltro anche l'applicazione di una delle imposte pensate per ridurre il deficit pubblico, la tassa sul macinato, divenuta subito nota

⁵ Non a caso le strutture di queste società vengono studiate tuttora dal diritto commerciale: v., ad es., lo scritto di G. ROSSI, *Dalla Compagnia delle Indie al Sarbanes-Oxley Act*, in: "Rivista di diritto societario", 2006, pp. 890-905, cortesemente indicatomi da Marco Antonioli.

⁶ W. DARLYMPLE, *Anarchia*, Milano, Adelphi, 2022, p. 53. In proposito cfr. anche M. JASANOFF, *La Compagnia delle Indie. La prima multinazionale*, Milano, Il Saggiatore, 2012, *passim*.

come “la tassa sui poveri”, aveva provocato tumulti in tutto il paese)⁷, che la rete ferroviaria che collegò le diverse parti d’Italia venne realizzata principalmente tramite le concessioni ferroviarie previste dall’Allegato F della legge 2248 del 1865, che venivano rilasciate dallo Stato a società private finanziate in gran parte con capitali stranieri.

Queste concessioni venivano rilasciate su iniziativa del privato interessato, e in base a un progetto da questi predisposto, perché in proposito l’art. 244 dell’Allegato F prevede che “le domande di concessione della costruzione e dell’esercizio di una ferrovia pubblica dovranno essere accompagnate da una dimostrazione della sua pubblica utilità, dalla indicazione del modo col quale s’intenda provvedere alle occorrenti spese, dal calcolo presuntivo dell’importare di sua costruzione e primo stabilimento, e finalmente da quei piani, profili e disegni che sono necessari per potere pronunziare giudizio sulla regolarità tecnica del progetto, e sul grado di esattezza del calcolo suddetto. Il Ministero, secondo le circostanze, potrà anche richiedere dai postulanti la presentazione del calcolo presuntivo del costo dell’esercizio della ferrovia e quello del suo prodotto lordo, colla esibizione degli elementi statistici su cui questo sarà fondato”⁸.

E dunque secondo uno schema che ricorda quello dell’odierna finanza di progetto, perché l’iniziativa della realizzazione dell’opera pubblica spettava a un imprenditore privato.

2. *L’affermazione del partenariato contemporaneo*

Nel Novecento invece le collaborazioni pubblico-privato, pur non essendo scomparse (nell’ordinamento dei lavori pubblici italiano la

⁷ Cfr. in proposito V. ZAMAGNI, *Perché il debito pubblico deve essere contenuto*, Bologna, Il Mulino, 2020, p. 281 ss., e, più ampiamente, *Bilancio e finanza pubblica. L’unificazione*, in: “Treccani on line”.

⁸ Riguardo alle concessioni ferroviarie cfr. S. CASSARINO, “Ferrovie statali e ferrovie concesse all’industria privata (evoluzione legislativa e problematica)”, in: *I lavori pubblici*, a cura di A. M. Sandulli, Vicenza, 1967, pp. 241-278.

concessione di costruzione e gestione era anzi divenuta un istituto di applicazione generale proprio a partire dall'inizio del secolo scorso⁹), per lungo tempo hanno perso una gran parte della importanza che avevano in passato, e sono state relegate in ambiti abbastanza marginali dell'azione amministrativa.

In un'ottica giuridica si potrebbe pensare che ciò sia accaduto perché risultava difficile conciliare queste collaborazioni con l'ideologia secondo la quale la pubblica amministrazione in genere deve agire solo impiegando poteri unilaterali e autoritativi: è quasi inutile ricordare le difficoltà che ha incontrato la scienza giuridica quando ha cercato di condurre entro gli schemi unilaterialistici e provvedimentali la concessione¹⁰, che non a caso negli anni Ottanta dello scorso secolo sarebbe stata definita come "il punto di crisi della nozione di imperatività, e, con essa, di quella del provvedimento amministrativo"¹¹.

Ma ciò è avvenuto anche, e forse soprattutto, per una ragione che non ha a che fare con le ideologie giuridiche, ossia perché per una gran parte del Novecento delle collaborazioni pubblico-privato c'era meno bisogno.

L'economia e la società nel Novecento erano infatti divenute ben più ricche di quelle dei secoli precedenti, e quindi i governanti pote-

⁹ Come ricorda ad es. G. ROEHRSEN, "I modi di gestione dei lavori pubblici (evoluzione legislativa e problematica)", in: *I lavori pubblici*, cit., pp. 285-302. Sulle vicende novecentesche della concessione è d'obbligo il rinvio all'ampio studio di M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative. Aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, Jovene, 1981.

¹⁰ Sul vivace dibattito dottrinale e giurisprudenziale sulla natura delle concessioni di inizio Novecento, v. ancora lo studio di M. D'ALBERTI, *Le concessioni*, cit., *passim*. Sulle ideologie anticotrattualiste nel diritto amministrativo sia permesso rinviare anche al ns. *Accordi e azione amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2001.

¹¹ D. SORACE, C. MARZUOLI, *Concessioni amministrative*, voce in: "Digesto delle discipline pubblicistiche", III, Torino, 1989, p. 3-45. Problema che come noto riguardo alla concessione di lavori e a quella di servizi è stato superato quando sulla scorta delle direttive comunitarie e unionali l'una e l'altra sono state ricondotte nel novero dei contratti di diritto privato: v. in proposito A. BOTTO, L. IANNOTTA, "La concessione di lavori pubblici nella sua oscillazione pendolare: dal privato al pubblico e ritorno", in: *Negoziazioni pubbliche*, a cura di M. Cafagno, A. Botto, G. Fidone, G. Bottino, cit., pp. 52-81 ss.

vano servirsi della leva fiscale con minori preoccupazioni rispetto al passato: e a partire dagli anni Venti era iniziato anche il fenomeno dello Stato imprenditore – il che peraltro aveva fatto sì che per lungo tempo nel nostro paese i concessionari delle principali infrastrutture fossero imprese in mano pubblica¹².

Le cose però cambiano rapidamente a fine secolo, e per diversi fattori.

Tra questi un ruolo preminente lo hanno avuto senz'altro le preoccupazioni per la crisi fiscale dello Stato diffuse tra gli anni Sessanta e Settanta, quando si inizia a temere che i bilanci pubblici non riescano a far fronte alle crescenti pretese che vengono dalla società - timori che peraltro si ricollegano al più generale dibattito sulla crisi della democrazia iniziato nello stesso periodo, ove si paventava che i regimi democratici fossero destinati a entrare in crisi a causa del sovraccarico decisionale che veniva dall'eccesso delle aspettative riposte dai cittadini nell'operato delle istituzioni¹³.

Anche se all'epoca non mancava chi riteneva che la crisi fiscale venisse utilizzata come “una specie di formula ad effetto”¹⁴ per favorire l'avvento di quello che oggi definiamo comunemente come neolibe-

¹² Come ha rilevato G. DI GASPARE, *Tra Stato e mercato: l'insostenibile leggerezza della concessione amministrativa*, in: “Politica e diritto”, 1998, pp. 503-534.

¹³ Sulla crisi della democrazia si veda almeno il rapporto per la Commissione Trilaterale di M. J. CROZIER, S. P. HUNTINGTON e J. WATANUKI, *La crisi della democrazia: rapporto sulla governabilità delle democrazie alla Commissione trilaterale*, Milano, F. Anfeli, 1977, e sulla crisi fiscale almeno J. O'CONNOR, *La crisi fiscale dello stato*, Torino, Einaudi, 1977: studi che peraltro giungono a conclusioni ben diverse, dato che il primo voleva risolvere il problema tramite un recupero della c.d. governabilità nei paesi occidentali - e come noto ha contribuito a ispirare una serie di misure intese al rafforzamento degli esecutivi; mentre il secondo evidenziava il fatto che le pretese di interventi pubblici vengono anche dal mondo produttivo, e culminava in una critica al capitalismo.

¹⁴ Così F. CAFFE', nella *Prefazione* a J. O'Connor, *op. cit.*, IX. Merita comunque di essere ricordato che l'esistenza del problema del sovraccarico decisionale delle democrazie non veniva negato neanche dagli studiosi che pure avversavano le conclusioni a cui giungeva il rapporto per la Trilaterale, quale ad es. A. WOLFE, *Ai confini della legittimazione. Le contraddizioni del capitalismo contemporaneo*, Bari, De Donato, 1981, spec. 479 e ss.

rismo, pare evidente che questi timori hanno contribuito a far tornare in auge l'idea di dare un sollievo ai bilanci statali impiegando forme di collaborazione con i privati per ottenere opere e servizi pubblici.

Alle tendenze neoliberiste si collega pure un altro fattore che ha favorito la rivalutazione delle collaborazioni con i privati, ossia la diffusione delle ben note teorie della *governance* che si è registrata a partire dagli anni Ottanta: secondo le quali le istituzioni pubbliche devono collocarsi su un piano di parità rispetto agli attori sociali, e, soprattutto, agli attori economici, e collaborare con essi¹⁵.

E si sa che nei paesi europei questa sorta di ritorno al passato è stato agevolato anche dalle regole contabili che vengono dall'Unione europea, le quali, a fronte del trasferimento in capo al *partner* privato del rischio operativo di un intervento realizzato tramite una collaborazione pubblico-privato, consentono di non contabilizzare questo intervento nei bilanci pubblici - se si preferisce, di non doverli registrare *on balance sheet*¹⁶.

Lo si rilevava già nel primo paragrafo del Libro verde della Commissione europea del 2004 sul partenariato pubblico-privato: anche se poi le istituzioni europee, dopo la consultazione pubblica avviata nel 2004, hanno rinunciato a dettare una disciplina del partenariato, e nella direttiva 23 del 2014 si sono limitate a normare in dettaglio le sole concessioni, le quali vengono impiegate correntemente in tutti gli Stati membri, e che in Europa costituiscono il principale strumento giuridico usato negli interventi di partenariato¹⁷.

¹⁵ Su queste teorie v., tra i tanti, almeno M.R. FERRARESE, *La governance tra politica e diritto*, Bologna, Il Mulino, 2010, e R. MAYNTZ, *La teoria della governance: sfide e prospettive*, in: "Rivista italiana di scienze politiche", 1999, pp. 3-21. Va segnalato che già nello scorso decennio non sono mancate considerazioni critiche sugli esiti di questa tendenza: cfr. in proposito almeno gli studi pubblicati nel n. 2, 2016 di *Parole-chiave* e nel n. 1, 2016 di *Ragion pratica*.

¹⁶ Cfr. in proposito, da ultimo, V. MANZETTI, *La sostenibilità economico-finanziaria dei progetti PNRR e la contabilizzazione off-balance o on-balance dei contratti di partenariato pubblico privato tra regole di Eurostat e Codice dei contratti pubblici (vecchio e nuovo)*, in: "Bilancio Comunità Persona", 2023.

¹⁷ V., per tutti, A. DI GIOVANNI, *Il contratto di partenariato pubblico privato tra sussidiarietà e solidarietà*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 68 e ss.

3. *Segue: il partenariato nel primo e nel secondo Codice dei contratti pubblici*

Il legislatore italiano invece ha fatto una scelta opposta.

Con tutta probabilità ciò è avvenuto perché i bilanci pubblici del nostro paese sono tornati a essere gravemente deficitari sin dalla fine degli anni Settanta del secolo scorso, tant'è che oggi il debito pubblico italiano è ancora uno dei più elevati dell'Unione europea. Il che peraltro oggi crea dei problemi anche maggiori di quelli che potevano verificarsi nel secolo scorso, dati i rigorosi vincoli di finanza pubblica che vengono fissati dall'Unione europea, e data la costituzionalizzazione dei principi dell'equilibrio dei bilanci e della sostenibilità del debito pubblico – anche se non può escludersi che a questa scelta abbia contribuito pure il fatto che, come noto, non di rado la nostra classe politica si appassiona a questa o a quella moda culturale.

Si sa che già negli anni Novanta del secolo scorso nel nostro ordinamento è stata introdotta una disciplina della tecnica finanziaria di origine britannica che viene definita come *project finance*, o come *project financing*, tramite le modifiche recate alla legge-quadro sui lavori pubblici 109/1994 dalla legge 415 del 1998.

Peraltro all'inizio di quel decennio il Ministero del Bilancio e il Cnel avevano preso in considerazione anche l'idea di dedicare a questa tecnica una disciplina autonoma¹⁸: ma questa ipotesi era stata scartata dal legislatore, che negli articoli che vanno dal 37-*bis* al 37-*nonies* inseriti dalla legge 415 nella legge-quadro invece aveva preferito innestare la disciplina del *project financing*, rinominato come finanza di progetto, in quella della concessione di opere pubbliche¹⁹, che, come s'è accennato più sopra, è un istituto che nell'ordinamento italiano dei lavori pubblici ha origini risalenti, dato che vi è previsto sin dall'Ottocento.

¹⁸ Così S. AMOROSINO, R. SCIUTO, La disciplina del project financing nella nuova legge sugli appalti (n. 415 del 1998): la concessione di costruzione e gestione ed il promotore, in: "Riv. giur. ed.", 1999, II, pp. 61-89.

¹⁹ V. ancora S. AMOROSINO, R. SCIUTO, La disciplina, cit., loc. cit.

Sicché la finanza di progetto costituiva un nuovo procedimento di affidamento delle concessioni, o, se si vuole, una forma di *restyling* della concessione: che però non trovava e non trova nessun riscontro nelle direttive europee.

In questo secolo il legislatore ha poi deciso di normare la nozione di partenariato: tramite le modifiche recate dal d.lgs. 152/2008, nell'art. 3 del codice dei contratti pubblici del 2006 era stato inserito il comma 15-*ter*, che dettava la definizione della nozione dei contratti di partenariato pubblico privato.

Il primo periodo del comma 15-*ter* prevedeva che sono tali i “contratti aventi per oggetto una o più prestazioni quali la progettazione, la costruzione, la gestione o la manutenzione di un’opera pubblica o di pubblica utilità, oppure la fornitura di un servizio, compreso in ogni caso il finanziamento totale o parziale a carico di privati, anche in forme diverse, di tali prestazioni, con allocazione dei rischi ai sensi delle prescrizioni e degli indirizzi comunitari vigenti”; e il secondo periodo che “rientrano, a titolo esemplificativo, tra i contratti di partenariato pubblico privato la concessione di lavori, la concessione di servizi, la locazione finanziaria, il contratto di disponibilità, l’affidamento di lavori mediante finanza di progetto, le società miste. Possono rientrare altresì tra le operazioni di partenariato pubblico privato l’affidamento a contraente generale ove il corrispettivo per la realizzazione dell’opera sia in tutto o in parte posticipato e collegato alla disponibilità dell’opera per il committente o per utenti terzi ...”.

Peraltro sulla base di questa disposizione si poteva immaginare anche che la concessione (di lavori o di servizi) e la finanza di progetto, pur rientrando entrambe nel novero dei contratti di partenariato pubblico-privato, fossero due diversi tipi di contratti.

Il che nel codice del 2006 poteva sembrare confermato anche dalla diversa collocazione della disciplina della concessione e di quella della finanza di progetto, dato che la prima si trovava nel capo II, e la seconda nel capo III del titolo terzo della parte seconda del codice.

Il codice dei contratti del 2016 per certi aspetti sembrava poi marcare più nettamente una distinzione tra l’una e l’altra disciplina.

L'art. 180 del secondo codice dei contratti pubblici nel comma 8 dettava una formula analoga a quella impiegata dal d.lgs. 152/2008, perché prevedeva che nel novero dei contratti di partenariato “rientrano la finanza di progetto, la concessione di costruzione e gestione, la concessione di servizi, la locazione finanziaria di opere pubbliche, il contratto di disponibilità e qualunque altra procedura di realizzazione in partenariato di opere o servizi che presentino le caratteristiche di cui ai commi precedenti”.

Questo articolo era collocato nella parte IV del codice – che era intitolata *Partenariato pubblico-privato e contraente generale e altre modalità di affidamento* - nella quale prevedibilmente trovava posto anche la disciplina della finanza di progetto, dettata negli articoli 183-186.

Invece la disciplina delle concessioni - che pure l'art. 180 considerava come una *species* dei contratti di partenariato - non era collocata nella parte IV, bensì nella parte III, intitolata appunto *Contratti di concessione*: in modo decisamente incongruo, perché così le norme riguardanti una *species* di partenariato precedevano le norme dedicate al *genus*²⁰.

Ovviamente si tratta di una tecnica legislativa non particolarmente felice: aggravata dal fatto che a ben vedere la disciplina del contratto di partenariato in sostanza si limitava a riprendere i contenuti di quella della concessione.

Il che con tutta probabilità è accaduto perché nella disciplina del partenariato dello scorso decennio il *project financing* pareva avere assunto un rilievo assolutamente centrale, e quasi una valenza simbolica degli assetti delle collaborazioni pubblico-privato auspicati dal legislatore – sappiamo bene che gli altri istituti, diversi dalle concessioni, che si sono voluti ricondurre al PPP, quali la locazione finanziaria di opere pubbliche e il contratto di disponibilità, in concreto hanno un'applicazione abbastanza limitata.

²⁰ Critiche alla tecnica legislativa che era stata impiegata per regolare il partenariato nel codice del 2016 sono venute da più parti, ma v. in proposito almeno S. VALAGUZZA, E. PARISI, *Ricerca sull'identità giuridica del partenariato pubblico-privato*, cit.

4. *Pregi e difetti del partenariato*

Il rilievo centrale della finanza di progetto nell'ambito del partenariato pare dovuto al fatto che essa - a differenza della concessione, che ormai da secoli è prevista nell'ordinamento italiano come in quello degli altri paesi europei - costituisce un meccanismo pensato appositamente al fine di risultare attrattivo degli investimenti privati.

E' quasi inutile ricordare che, quando la proposta di realizzare un'opera o un servizio viene da parte di un'impresa che ha ideato il progetto di fattibilità e il piano economico-finanziario dell'intervento, è ben difficile che il contratto venga aggiudicato a un'impresa diversa: e che questo risultato è ulteriormente garantito dalle previsioni sul diritto di prelazione del promotore²¹ - ciò che non a caso ha fatto dubitare della coerenza di queste previsioni con i principi in tema di concorrenza, e in passato ha recato a un ricorso della Commissione europea e a una temporanea soppressione della prelazione²².

Con tutta probabilità è per sottolineare la centralità della finanza di progetto che il legislatore aveva dunque voluto qualificarla come un istituto a sé stante rispetto alla consueta concessione - che invece era stata relegata in una diversa parte del codice del 2016, probabilmente per sottolinearne l'estraneità rispetto agli strumenti giuridici di collaborazione di origine più recente, che venivano considerati maggiormente attrattivi degli investimenti delle imprese.

Nondimeno a oggi gli istituti afferenti al partenariato non sembrano aver riscosso il successo sperato dal legislatore, se è vero che nel 2022 il valore delle operazioni realizzate tramite questi istituti si

²¹ Cfr. ad es. G. GRECO, *Le recenti innovazioni sul project financing*, in: "Riv. giur. ed.", 2003, pp. 143-150, e G. FIDONE, *Finanza di progetto. La valutazione della proposta e la scelta del promotore*, *ivi*, 2006, pp. 77-107. Le vicende del diritto di prelazione del promotore da ultimo vengono ricostruite puntualmente da L. LORENZONI, *L'esercizio del diritto di prelazione da parte del promotore nella finanza di progetto*, in: "Giorn. dir. amm.", 2024, pp. 253-263.

²² Cfr. G. MARCHIANO, *Sul grado di interazione tra sistema giuridico e sistema economico: il caso del promotore nella finanza di progetto*, in: "Munus", 2012, pp. 339-380.

aggira sui 3-4 miliardi di euro, mentre quello degli appalti si avvicina ai 300 miliardi²³.

Certo, è innegabile che per l'amministrazione il partenariato pubblico-privato può essere uno strumento di grande utilità.

E' notorio che la competizione concorrenziale costringe le imprese all'innovazione per poter crescere, e ancor prima per poter sopravvivere: per usare una definizione – decisamente enfatica, ma suggestiva – coniata da Schumpeter alla metà del secolo scorso, si tratta del “turbine della distruzione creatrice”²⁴, perché il capitalismo è “un processo essenzialmente evolutivo”²⁵, per cui le imprese devono andare sempre alla ricerca di nuovi prodotti, nuovi metodi di produzione, nuovi mercati, nuove forme di organizzazione, *etc.*

Giocoforza le imprese molto spesso hanno maggiore inventiva di quanta non ne abbia la pubblica amministrazione nell'ideare nuovi sistemi e nuove soluzioni per realizzare questo o quell'intervento.

Però non si può disconoscere che i partenariati comportano pure dei rischi non indifferenti, perché, sia per gli aspetti tecnici, sia per quelli contabili, sia per quelli contrattuali, queste “operazioni economiche” risultano decisamente più complesse degli appalti, e dunque sono più difficilmente gestibili da parte delle amministrazioni: e non si può neppure dimenticare che per contro di questa maggiore complessità a volte può giovare, a scapito del pubblico interesse e della pubblica amministrazione che deve tutelarlo, l'impresa che si trova a ideare e a progettare l'operazione in partenariato, dato che, per dirla

²³ Il limitato successo del partenariato viene riferito anche nella relazione del Consiglio di Stato sullo schema del terzo codice dei contratti pubblici. I dati che vengono riportati nel testo sono ripresi da A. GIOVANNINI, *Il partenariato pubblico-privato nel nuovo codice dei contratti pubblici. Prime impressioni*, in: “giustizia-amministrativa.it”. Cfr. in proposito anche V. DI NARDO, “I risultati del PPP in Italia: dall'esperienza empirica la proposta di linee guida per le convenzioni di concessione e gestione”, in: *Finanza di progetto e partenariato pubblico-privato*, *cit.*, p. 575 ss.

²⁴ J.A. SCHUMPETER, *Capitalismo, socialismo e democrazia*, Milano, Rizzoli, 2001, p. 84.

²⁵ J.A. SCHUMPETER, *op. cit.*, 82.

con una parafrasi di una considerazione di Mantellini, anche il ceto dei *partner* privati può essere accortissimo.

Non a caso nelle operazioni di partenariato molto spesso si è riscontrato il mancato trasferimento del rischio operativo dell'intervento in capo al privato: stando alle rilevazioni svolte dall'Istat, è per questa ragione che sempre nel 2022 nel nostro paese ben l'87% dei contratti di partenariato pubblico privato è stato riclassificato come *on balance* anziché *off balance*, e dunque è rimasto a carico dei bilanci pubblici, vanificando quello che dovrebbe essere uno dei principali vantaggi del ricorso a questi strumenti - peraltro le criticità di queste collaborazioni non sembrano essere un fenomeno solo italiano, dato che la Corte dei conti europea nella relazione del 2018 sui partenariati pubblico-privato ha segnalato che l'impiego degli strumenti in discorso crea diversi tipi problemi pure in altri paesi europei.

5. Il partenariato nel Codice dei contratti pubblici del 2023

Rispetto ai due codici previgenti, il codice dei contratti pubblici emanato con il d.lgs. 36 del 2023 si segnala per essere stato formulato in modo più accurato anche per quanto riguarda il partenariato.

L'art. 174 del codice vigente infatti non annovera più la finanza di progetto tra i contratti di partenariato pubblico-privato, dato che nel terzo comma prevede che "Il partenariato pubblico-privato di tipo contrattuale comprende le figure della concessione, della locazione finanziaria e del contratto di disponibilità, nonché gli altri contratti stipulati dalla pubblica amministrazione con operatori economici privati che abbiano i contenuti di cui al comma 1 e siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela".

E la disciplina della finanza di progetto viene posta negli artt. 193-195, che compongono il titolo IV, intitolato *La finanza di progetto*, il quale è correttamente collocato nella parte II, rubricata *Dei contratti di concessione*, e dedicata appunto alla complessiva disciplina delle concessioni di beni e servizi, del libro IV del codice, a sua volta intitolato *Del partenariato pubblico-privato e delle concessioni*.

Gli è che l'art. 193 configura la finanza di progetto come una procedura di affidamento delle concessioni, ove prevede che “gli operatori economici possono presentare agli enti concedenti proposte relative alla realizzazione in concessione di lavori o servizi” (anche se poi l'art. 198 prevede che la procedura *ex* art. 193 può essere impiegata anche per “tutti i contratti di partenariato pubblico privato”, e che gli aggiudicatari di contratti di partenariato “possono sempre avvalersi, anche al di fuori della finanza di progetto, della facoltà di costituire una società di scopo”), mentre l'art. 194 dispone che devono essere gestite dalla società di scopo ivi disciplinata le concessioni di valore superiore alla soglia di rilevanza europea che vengono affidate tramite questa procedura²⁶.

Anche il codice vigente però non ha rinunciato a promuovere l'impiego del partenariato: né poteva esimersi dal farlo, dato che doveva attuare il criterio direttivo, dettato dalla legge-delega 78/2022, di rendere le procedure inerenti il partenariato pubblico-privato “effettivamente attrattive per gli investitori professionali, oltre che per gli operatori del mercato delle opere pubbliche e dell'erogazione dei servizi resi in concessione”²⁷.

Certo, il codice non ha ripreso il contratto di partenariato tipico che era disciplinato - come s'è detto, in modo non particolarmente felice - dal codice dei contratti del 2016: ma a ben vedere una previsione in tal senso sarebbe stata del tutto inutile, dato che, vigente il nuovo codice, le amministrazioni ben possono valersi della possibilità di stipulare contratti atipici che è implicita nel principio di autonomia contrattuale sancito nell'art. 8 anche al fine di realizzare forme di partenariato²⁸.

²⁶ Cfr. L. ZANGHI BUFFI, *Il partenariato pubblico-privato: le concessioni e la finanza di progetto*, in: “Giorn. dir. amm.”, n. 3, 2023, pp. 364-373.

²⁷ Peraltro in consonanza con quanto è stato previsto anche in ordine a parte degli interventi del Pnrr – per cui V. A. MOLITERNI, *Le prospettive del partenariato pubblico-privato nella stagione del Pnrr*, in: “Diritto amministrativo”, n. 2, 2022, pp. 441-469.

²⁸ Cfr. M. BALDI, *Partenariato pubblico-privato e concessioni*, in: “Urb. e app.”, n. 3, 2023, pp. 285-298.

Ma l'attrattività per le imprese delle procedure in discorso voluta dalla legge-delega viene assicurata (e in modo decisamente più efficace di quanto non fosse nei primi due codici dei contratti) dando attuazione delle previsioni della direttiva UE 23/2014 che riguardano le concessioni.

In questo modo infatti vengono abbandonati i limiti quantitativi ai pagamenti della pubblica amministrazione a favore del concessionario (l'art. 165 del Codice del 2016 invece esordiva affermando che la maggior parte dei ricavi del concessionario deve venire dalla vendita dei servizi al mercato), che appunto non trovano riscontro della direttiva: e così viene meno la necessaria trilateralità delle concessioni, e il partenariato pubblico-privato ora risulta applicabile pure alle cosiddette opere fredde, che non producono reddito, e dunque vengono remunerate esclusivamente da parte della pubblica amministrazione concedente.

Per solito anche questi nuovi assetti normativi hanno pregi e difetti.

Da un lato essi possono favorire una più ampia diffusione del partenariato, ma dall'altro lato sono suscettibili di dar luogo a diversi problemi applicativi: e dunque rischiano di accrescere la difficoltà nel gestire le operazioni di partenariato a cui come s'è detto le pubbliche amministrazioni andavano incontro già in passato.

Gli è che in base alla disciplina del Codice vigente non pare facile stabilire quando si verifica quel trasferimento del rischio operativo che costituisce il *proprium* del partenariato²⁹: e potrebbe risultare non facile neppure dare concreta attuazione al meccanismo abbastanza

²⁹ V. S. FANTINI, H. SIMONETTI, che in *Le concessioni e il partenariato pubblico-privato*, in: "Il nuovo corso dei contratti pubblici. Principi e regole in cerca di ordine (d. leg. 31 marzo 2023 n. 36)", Città di Castello, 2023, p. 225, segnalano che in questo caso "il confine tra concessione (di lavori) e appalto (di lavori e di servizi) si fa davvero labile", e cfr. le interessanti considerazioni che riguardo alla direttiva del 2014 erano state fatte da G. F. CARTEI, *Rischio operativo, equilibrio economico-finanziario e disciplina delle sopravvenienze*, in: "Finanza di progetto e partenariato pubblico-privato", cit., pp. 23-48, e da F. GOISIS, *Il rischio economico quale "proprium" del concetto di concessione nella direttiva 2014/23/UE: approccio economico "versus" visioni tradizionali*, in "Dir. amm.", 2015, pp. 743-766.

complesso del “sistema di penali che riduca proporzionalmente o annulli il corrispettivo dovuto all’operatore economico nei periodi di ridotta o mancata disponibilità dell’opera, di ridotta o mancata prestazione dei servizi, oppure in caso di mancato raggiungimento dei livelli qualitativi e quantitativi della prestazione” che viene previsto nel quarto comma dell’art. 177.

GLI AFFIDAMENTI PUBBLICI COME
STRUMENTO DI SOSTENIBILITÀ SOCIALE:
TUTELA DELL'EQUO TRATTAMENTO
DEI LAVORATORI E GARANZIA DELLA
STABILITÀ OCCUPAZIONALE

SOMMARIO: 1. ALCUNE NOZIONI PRELIMINARI IN TEMA DI CONTRATTI PUBBLICI SOSTENIBILI. 2. L'ART. 11 DEL CODICE E IL PRINCIPIO DI APPLICAZIONE DEI CONTRATTI COLLETTIVI. 2.1. IL POTERE DELLA STAZIONE APPALTANTE DI IMPORRE UNO STANDARD MINIMO DI TUTELA...2.2. (SEGUE)...LA VERIFICA DI EQUIVALENZA. 3. I MECCANISMI DI VERIFICA E LA DEFINITIVA CONSACRAZIONE DEL CONTROLLO SUL RISPETTO DEL CCNL QUALE "QUESTIONE DELLA FASE DI GARA". 4. LE CLAUSOLE SOCIALI DI STABILITÀ OCCUPAZIONALE TRA ESIGENZE DI MERCATO E RISULTATO AMMINISTRATIVO.

1. *Alcune nozioni preliminari in tema di contratti pubblici sostenibili*

I contratti pubblici verdi (o *Green Public Procurement* o GPP) e i contratti pubblici sociali o socialmente responsabili (*Social Responsible Public Procurement* o SRPP) attestano «l'evoluzione del contratto d'appalto pubblico da mero strumento di acquisizione di beni e servizi a strumento di politica economica»¹. La comune dimensione giuridica può esser rintracciata nell'insieme di strumenti volti a promuovere la graduale integrazione degli interessi ambientali e sociali nella disciplina dei contratti pubblici, in tutte le fasi del processo di acquisto. Si può parlare, al riguardo, di interessi "orizzontali" o "collaterali" (da cui, «*horizontal policies*») che condizionano trasversalmente o, meglio, *orizzontalmente* l'operazione contrattuale, giustapponendosi all'interesse specifico del contratto; tale espressione è più adatta – rispetto a quelle in precedenza utilizzate (es. inte-

¹ Così da ultimo Cons. Stato, sez. III, 27 maggio 2024, n. 4701.

ressi secondari) – a rappresentare la rilevanza oggi riconosciuta a tali interessi dal sistema eurounitario di contrattualistica pubblica².

L’inserimento di interessi orizzontali può interessare l’intero ciclo di vita della prestazione oggetto del contratto e, più in generale, dell’operazione contrattuale³. Invero, alle condizioni sociali e/o ambientali viene di norma garantito rilievo: *a*) nella definizione delle caratteristiche della prestazione e del relativo processo di produzione o di altra fase del suo ciclo di vita (tramite l’elaborazione di apposite specifiche tecniche, cfr. art. 79 e Allegato II.5); *b*) nella definizione delle caratteristiche soggettive dell’aggiudicatario (“in positivo” tramite i requisiti speciali di partecipazione e “in negativo” tramite le cause di esclusione, cfr. artt. 99 ss. e 94 ss.); *c*) infine, tramite l’imposizione di specifici oneri e/o modalità che l’aggiudicatario deve rispettare nell’esecuzione del contratto che trovano concretizzazione

² Cfr. S. ARROWSMITH, P. KUNZLIK, “Public procurement and horizontal policies in EC law: general principles”, in: *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law. New Directives and New Directions*, a cura di S. Arrowsmith, P. Kunzlik, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, 9 ss.; A. MASSERA, “Introduzione. Quali contratti per quali interessi pubblici?”, in: *I contratti pubblici: la difficile stabilizzazione delle regole e la dinamica degli interessi*, a cura di A. Maltoni, Editoriale scientifica, Napoli, 2020, 123 ss. Sul tema sia inoltre consentito rinviare a E. CARUSO, *La funzione sociale dei contratti pubblici. Oltre il primato della concorrenza*, Jovene, Napoli, 2021. Da ultimo, sull’utilizzo strategico dei contratti pubblici v. A. COIANTE, *L’uso strategico dei contratti pubblici e lo sviluppo sostenibile: linee evolutive alla luce del principio del risultato*, in: “Munus”, n. 1, 2024, pp. 99-139.

³ La logica basata sull’analisi del ciclo di vita (*Life Cycle Assessment* o *LCA*) implica un approccio olistico alla fornitura di beni, lavori o servizi che l’amministrazione intende acquisire, dovendo essere considerate tutte le fasi (dal reperimento delle materie prime allo smaltimento, alla produzione, all’utilizzazione del servizio ecc.), incluse quelle consecutive e/o interconnesse, e quindi l’intero arco temporale della prestazione. E invero il ciclo di vita della prestazione comprende tutte le fasi consecutive e/o interconnesse, inclusi la ricerca e lo sviluppo da realizzare, la produzione, gli scambi e le relative condizioni, il trasporto, l’utilizzazione e la manutenzione, della vita del prodotto o del lavoro o della prestazione del servizio, dall’acquisizione della materia prima o dalla generazione delle risorse fino allo smaltimento, allo smantellamento e alla fine del servizio o all’utilizzazione.

in apposite clausole contrattuali, ossia nei «requisiti particolari per l'esecuzione del contratto» (cfr. art. 113). Carattere trasversale presenta, invece, il meccanismo/strumento dei criteri di aggiudicazioni (cfr. 108 e Allegato II.8 sul criterio dei costi del ciclo di vita), tramite cui è possibile attribuire un punteggio premiale per aspetti sociali che riguardano tanto le caratteristiche della prestazione oggetto del contratto e le modalità di esecuzione della prestazione, quanto le caratteristiche soggettive dell'offerente (in quest'ultima ipotesi, però, è necessario che tali profili soggettivi possano avere «un'influenza significativa sul livello di esecuzione dell'appalto»)⁴.

Quanto appena osservato con riguardo al punto *sub b*) (definizione delle caratteristiche soggettive dell'aggiudicatario) suggerisce di evidenziare la distinzione, spesso trascurata, tra utilizzo strategico *positivo* e *negativo* dei contratti pubblici. Rileva la prima nozione allorquando tramite i contratti pubblici si “innalza” il livello di protezione sociale e/o ambientale, cioè si garantisce uno *standard* di tutela che non è altrimenti assicurato dall'ordinamento. Può invece configurarsi un utilizzo strategico *negativo* ove l'appalto pubblico è di norma considerato uno strumento per rafforzare il rispetto di obblighi sociali/ambientali e *standard* di tutela che, per legge o per altra fonte vincolante, gli operatori economici sono già tenuti a rispettare nell'esecuzione delle commesse pubbliche.

Trattasi di una distinzione rilevante anche dal punto di vista operativo: solo le clausole orizzontali riconducibili alla funzione strategica positiva devono rispettare la condizione del loro *necessario collegamento con l'oggetto del contratto* che impedisce alle stazioni appaltanti di prevedere negli atti di gara «*criteri e condizioni riguardanti la politica aziendale generale*» (cons. 97 direttiva appalti); di contro,

⁴ La condizione legittimante criteri premiali concernenti caratteristiche soggettive dell'offerente e dei suoi dipendenti («organizzazione, le qualifiche e l'esperienza del personale effettivamente utilizzato nell'appalto»), ovvero che queste possano «avere un'influenza significativa sul livello dell'esecuzione dell'appalto», non è espressamente prevista nel nuovo Codice; tale condizione, tuttavia, va ritenuta tuttora vigente stante la corrispondente previsione nel diritto Ue (cfr. art. 67 par. 2, lett. b direttiva appalti 2014/24/UE).

questa condizione non rileva rispetto alla funzione strategica negativa, potendo le amministrazioni, in sede di ammissione alla gara o di verifica di anomalia dell'offerta, prendere in considerazione l'attività "generale" dell'offerente in termini di conformità agli obblighi sociali e ambientali, senza che rilevi, in termini limitativi, la condizione del legame con l'oggetto del contratto.

Alla funzione strategica negativa possono ricondursi sia le previsioni delle direttive del 2014 sui *public procurement* poste a tutela dei lavoratori (cfr. direttiva appalti 2014/24/Ue, Cons. 37, 39, 105 e art. 18.2), sia la più recente direttiva Ue 2022/2041 sui salari minimi adeguati (Cons. 31 e art. 9)⁵: in linea con l'art. 18, par. 2 della direttiva appalti, l'art. 9 della direttiva sul salario minimo si limita ad evidenziare il ruolo dei contratti pubblici quale strumento per rafforzare il rispetto di obblighi sociali che già gravano in capo agli operatori economici. Diversamente, alla funzione strategica c.d. positiva sono riducibili le previsioni "nazionali", che saranno analizzate nei successivi paragrafi, poste a tutela tanto dell'equo trattamento dei lavoratori quanto della loro stabilità occupazionale.

2. L'art. 11 del Codice e il principio di applicazione dei contratti collettivi

Un filo rosso accomuna gli ultimi tre interventi di riforma generale del settore dei contratti pubblici (2006, 2016 e 2023) ed è rappresentato dal progressivo rafforzamento dell'attenzione per i profili sociali negli acquisti delle pubbliche amministrazioni. Determinanti in questo percorso di rafforzamento sono state le importanti novità introdotte in tema di clausole sociali dal d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, per quanto non meno rilevanti siano state le misure introdotte dagli interventi normativi successivi: quelli di modifica di tale decreto nonché quelli riconducibili alla *governance* del PNRR e alla disciplina di affidamento dei

⁵ Lo stesso ragionamento vale per la direttiva 2023/970/Ue sulla parità di retribuzione tra uomini e donne (cfr. spec. il Considerando 57 e l'art. 24).

relativi contratti⁶. Nella medesima direzione si pone il d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 (Codice di contratti pubblici, di seguito Codice) che, coerentemente con i criteri contenuti nella legge delega 21 giugno 2022, n. 78, ha confermato e implementato questo percorso.

Il d.lgs. n. 36/2023 ha certamente rafforzato l'equo trattamento dei lavoratori: in tal senso va innanzitutto richiamato l'art. 11 che va inteso quale architrave di un micro-sistema normativo *unitario* finalizzato a chiudere il più possibile gli spazi alla concorrenza tra operatori economici basata sul ribasso dei costi della manodopera, fatta eccezione per i risparmi giustificati da efficienze organizzative⁷. In via preliminare, è di interesse notare come il tema in questione sia emblematico delle potenzialità insite nella scelta di aprire il nuovo Codice con un titolo dedicato ai principi generali⁸: il dibattito che si

⁶ Cfr. art. 47 del d.l. 31 maggio 2021, n. 77 conv. con modificazioni da l. 29 luglio 2021, n. 108.

⁷ Cfr. artt. 11, 41 co. 13 e 14, 57 co. 1, 102, 108 co. 9, 110 co. 4 e 5, 119 co. 2 e 6 ss.

⁸ Sul tema, tra i tanti, A. SANDULLI, "Il risultato, la fiducia e l'accesso al mercato", in: *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, a cura di M. Clarich, G. Fidone, G. Fonderico, Giappichelli, Torino, in corso di pubblicazione; *Costruire e acquistare*, a cura di M. Macchia, Giappichelli, Torino, 2024; G. TROPEA, *Lineamenti di diritto dei contratti pubblici*, Editoriale scientifica, Napoli, 2024; AA. VV., *Studi sui principi generali del codice dei contratti pubblici*, a cura di R. Ursi, Editoriale scientifica, Napoli, 2024; R. VILLATA, L. BERTONAZZI, "Principio del risultato", in: *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, a cura di R. Villata, M. Ramajoli, Pisa, Pacini Giuridica, 2024, pp. 1-8; R. CARANTA, *I principi nel nuovo Codice dei contratti pubblici, artt. 1-12*, in: "Giurisprudenza italiana", n. 8-9, 2023, p. 1955; F. CINTIOLI, *Il principio del risultato nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in: "www.giustizia-amministrativa.it", 2023; A.M. CHIARIELLO, *Una nuova cornice di principi per i contratti pubblici*, in: "Il diritto dell'economia", n. 1, 2023, p. 141 ss.; E. GUARNIERI, *Funzionalizzazione e unitarietà della vicenda contrattuale negli appalti pubblici*, Bologna University Press, Bologna, 2022, p. 84 ss.; AA. VV., *Diritto dei contratti pubblici*, a cura di F. Mastragostino, G. Piperata, Giappichelli, Torino, 2023; G. MORBIDELLI, G.F. FERRARI, "Commento sub art. 1", in: *Codice dei contratti pubblici*, a cura di G. Morbidelli, G.F. Ferrari, Piacenza, 2023, p. 39 ss.; G. NAPOLITANO, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: i principi generali*, in: "Giornale di diritto amministrativo", n. 3, 2023, p. 287 ss.; L. R. PERFETTI, *Sul nuovo Codice dei contratti pubblici. In principio*, in: "Urbanistica e

è sviluppato sul punto, sin dalla pubblicazione della prima bozza del d.lgs. n. 36/2023m va ben oltre, per portata e contenuti, gli aspetti di effettiva novità introdotti rispetto al Codice del 2016, ove l'obbligo di applicazione di un contratto collettivo era già contemplato tra le disposizioni di principio⁹. Peraltro, la maggior enfasi che il nuovo Codice riconosce alle disposizioni di principio dovrebbe impedire alcune letture restrittive del relativo ambito di applicazione (letture che invece si potevano rintracciare in vigenza del previgente Codice)¹⁰.

Per procedere all'analisi del dato normativo, il co. 1 dell'art. 11 ripropone l'obbligo, evidentemente rivolto all'impresa aggiudicataria, di applicare un contratto collettivo rispettoso di tre criteri. Uno di *natura soggettiva*: deve trattarsi di un CCNL c.d. *leader*, cioè stipulato dalle associazioni comparativamente più rappresentative; e due di

appalti”, n. 1, 2023, p. 5 ss.; S. PERONGINI, *Il principio del risultato e il principio di concorrenza nello schema definitivo di codice dei contratti pubblici*, in: “l'Amministrativista”, 2 gennaio 2023; M. RENNA, “I principi”, in: *Il nuovo corso dei contratti pubblici*, a cura di S. Fantini, H. Simonetti, La Tribuna, Piacenza, 2023, p. 2 ss.; M.R. SPASIANO, “Codificazione di principi e rilevanza del risultato”, in: *Codice dei contratti pubblici annotato articolo per articolo*, diretto da C. Contessa, P. Del Vecchio, I, Editoriale scientifica, Napoli, 2023, p. 49 ss., spec. p. 66 ss.

⁹ Nel Capo sui “principi comuni”, all'art. 30 recante «Principi per l'aggiudicazione e l'esecuzione di appalti e concessioni».

¹⁰ Si può ad esempio fa riferimento a Tar Lazio, Roma, sez. II-*bis*, 19 giugno 2018, n. 6869 che aveva ritenuto non applicabile l'art. 30, co. 4 del d.lgs. n. 50/2016 agli affidamenti sotto soglia in quanto non richiamato dall'art. 36. Diversamente, per l'applicabilità del nuovo art. 11 anche agli affidamenti sotto soglia si è espresso il Servizio Supporto Giuridico del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti (parere n. 2338 del 26 febbraio 2024). In tale direzione v. anche Linee guida n. 17, pt. 7.2, nonché la relazione AIR pg. 23, ove ANAC ha considerato anche i servizi sociali sottoposti al previgente art. 30, co. 4 sull'obbligo di applicare un CCNL in quanto tale previsione, ancorché non espressamente ricompresa nel regime intermedio di cui all'art. 142 del d.lgs. n. 50/2016, costitutiva un principio generale della materia. Lo stesso dovrebbe a maggior ragione valere in vigenza del nuovo Codice alla luce della maggior centralità riconciata ai principi, compreso quello sull'applicazione dei CCNL. Sugli affidamenti sotto soglia nel nuovo Codice cfr. da ultimo *I contratti sotto la soglia di rilevanza europea dopo il nuovo Codice dei contratti pubblici*, a cura di W. Giulietti, F. Caporale, Giuffrè, Milano, 2024.

natura oggettiva: (i) l'applicazione del «contratto collettivo nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni di lavoro», *(ii)* il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l'attività dell'appalto o della concessione svolta dall'impresa anche in via prevalente.

Quest'ultimo criterio conferma il cambio di prospettiva, già positivizzato nel 2016, nella scelta del CCNL: «non più l'attività prevalente esercitata dall'impresa», *ex art.* 2070 c.c., «ma le prestazioni oggetto dell'appalto da eseguire»¹¹. La giurisprudenza amministrativa, pur avendo perfettamente colto la *ratio* di questo cambiamento, non lo ha però del tutto «accettato»: ancorché nel *case law* sia stato evidente un progressivo irrigidimento della verifica sulla scelta del CCNL, in diverse circostanze si è continuato a ritenere sufficiente un rapporto di «coerenza» (evidentemente meno intenso di una «stretta connessione») tra questo e l'oggetto dell'appalto¹². Più in generale, si può sostenere che l'art. 30, co. 4, del Codice del 2016 non sia stato attuato in modo rigoroso, come denota la non sufficiente attenzione riservata dall'ordinamento al tema dell'individuazione del CCNL rispettoso dei tre criteri richiamati (e ciò ancorché il rispetto dell'art. 30, co. 4 dovesse essere verificato dalla p.a. in fase esecutiva, non risultando peraltro del tutto irrilevante già in fase di gara)¹³; come pure il perpetuarsi della massima secondo cui «la scelta del contratto collettivo da applicare rientra nelle prerogative di organizzazione dell'imprenditore e nella libertà negoziale delle parti, con il limite però che esso risulti coerente con l'oggetto dell'appalto»¹⁴.

Rispetto a questa massima, tuttavia, si può osservare che il margine di scelta del CCNL che residua in capo all'impresa può ritenersi frutto, da

¹¹ Così la *Relazione* allo Schema di Codice, pg. 27. Il criterio della coerenza è stato elaborato dalla giurisprudenza amministrativa; cfr. Cons. St., sez. V, 25 luglio 2014, n. 3962; 18 agosto 2020, n. 5820.

¹² M. NOVELLA, *Costo del lavoro e retribuzione negli appalti pubblici. Il quadro normativo e qualche numero*, in: «Lavoro e diritto», n. 2, 2020, p. 273 ss.; D. IZZI, *Lavoro negli appalti e dumping salariale*, Giappichelli, Torino, 2018.

¹³ Cfr. art. 95, co. 10 e 97, co. 5 e 6 del d.lgs. n. 50/2016

¹⁴ *Ex multis*, Cons. St., sez. III, 19 aprile 2022, n. 2947; sez. V, 12 febbraio 2020, n. 1066.

un lato, della suddetta applicazione poco rigorosa dell'art. 30, co. 4 del Codice del 2016 e, dall'altro, di elementi fattuali (l'eventuale eterogeneità delle prestazioni oggetto dell'appalto e, soprattutto, la notevole frammentazione delle fonti collettive in Italia) che rendono possibile l'effettiva sussistenza di più CCNL *leader* coerenti con l'oggetto dell'appalto ma con contenuti nomativi e retributivi tra loro molto differenti.

Questa situazione fattuale produce(va) rilevanti conseguenze negative in termini di tutela del lavoro e di garanzia delle altre esigenze cui l'equo trattamento dei lavoratori risulta funzionale, di guisa che si era proposto di valorizzare la discrezionalità che è rimessa alla p.a. nel costruire la *lex specialis* in conformità alle esigenze (anche di natura sociale) che essa intende perseguire con la commessa¹⁵. Questa strada, inizialmente percorsa da alcune stazioni appaltanti, è stata però preclusa dalla giurisprudenza amministrativa: l'altra faccia della medaglia della massima sopra riportata è consistita nella ferma negazione del potere dell'amministrazione di indicare nella legge di gara uno specifico CCNL da applicare – pena l'esclusione dalla procedura – in fase esecutiva¹⁶.

Si è da più parti rilevato come questa posizione, e taluni atteggiamenti di prudenza rispetto alle novità sul tema del Codice del 2016,

¹⁵ *Amplius* sul tema E. CARUSO, *La funzione sociale*, cit., p. 424 ss. anche per ulteriori riferimenti bibliografici.

¹⁶ *Ex multis*, Cons. St., sez. V, 24 agosto 2022, n. 7449; 3 novembre 2020, n. 6786. Vanno poi richiamate quelle sentenze che hanno sottolineato l'assenza di una norma espressa che legittimasse la p.a. a imporre all'aggiudicatario l'applicazione di un determinato CCNL (Tar Sardegna, sez. I, 18 settembre 2019, n. 748; Tar Campania, sez. VIII, 6 febbraio 2020, n. 585). Anche tale conclusione appariva però smentita dall'art. 30, co. 4 (che aveva "superato" la scelta del CCNL quale prerogativa dell'impresa) e dagli artt. 3, co. 1, lett. qqq e 110 del d.lgs. n. 50/2016 che legittimavano le p.a. a prevedere clausole sociali. Oltre a una pronuncia di poco successiva all'entrata in vigore del Codice che, a condizioni rigorose, aveva ammesso l'indicazione di uno specifico CCNL nel bando (Cons. St., sez. V, 5 ottobre 2016, n. 4109), si può richiamare Cons. St., n. 7053/2021, cit. che ha ritenuto legittima l'attribuzione di un punteggio aggiuntivo agli offerenti che si impegnavano ad applicare il CCNL indicato dal bando. Merita un richiamo pure Tar Liguria, sez. I, 21 luglio 2022, n. 629 che, pur in formale continuità con l'indirizzo prevalente, sembra "anticipare" l'art. 11 del nuovo Codice.

siano stati dettati dal timore di una possibile violazione degli artt. 39 e 41 della Costituzione. Trattasi di timori infondati, come ben chiarito nella *Relazione agli articoli e agli allegati* (di seguito, *Relazione*) dalla Commissione incaricata della redazione del Codice che, sfruttando la più intensa legittimazione della legge delega, ha introdotto importanti novità che dovrebbero comportare il superamento dei suddetti indirizzi giurisprudenziali¹⁷.

Invero il co. 2 dell'art. 11 richiede espressamente alle stazioni appaltanti di indicare negli atti di gara il CCNL, conforme ai tre requisiti del co. 1, da applicare nell'esecuzione del contratto; il successivo co. 3, pur riconoscendo la facoltà degli operatori economici di indicare nell'offerta un contratto collettivo differente, precisa che ciò è possibile fintantoché il differente CCNL «garantisca ai dipendenti le stesse tutele di quello indicato dalla stazione appaltante».

Viene in tal modo consacrato il potere della stazione appaltante di individuare il livello di tutela (minimo) da garantire ai lavoratori impiegati nell'appalto (inclusi quelli del subappaltatore, cfr. artt. 11, co. 5 e 119, co. 12), da rispettare anche quando l'operatore economico si avvalga della facoltà di applicare un contratto collettivo differente.

Ancor più del passato, alla luce del nuovo Codice sarebbe fuorviante considerare la scelta del CCNL quale prerogativa dell'impresa, ovvero quale espressione della sua libertà di autorganizzazione. Peraltro, alla luce di tale novità i costi del personale calcolati negli atti di gara dalla p.a.

¹⁷ Nella Revisione viene puntualmente osservato che «La previsione non pare in contrasto con l'art. 39 Cost. in quanto non è diretta a estendere ex lege ed erga omnes l'efficacia del contratto collettivo, ma si limita a indicare le condizioni contrattuali che l'aggiudicatario deve applicare al personale impiegato, qualora, sulla base di una propria e autonoma scelta imprenditoriale, intenda conseguire l'appalto pubblico, restando libero di applicare condizioni contrattuali diverse nello svolgimento dell'attività imprenditoriale diversa; e restando libero di accettare o non la clausola dell'appalto pubblico oggetto dell'aggiudicazione (accettando, quindi, anche l'esclusione dalla procedura). I medesimi argomenti possono essere utilizzati per affermare la compatibilità anche rispetto all'art. 41 Cost., tenuto conto altresì che la libera iniziativa economica “non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale”. Il consentire alla p.a. la scelta di indicare il CCNL applicabile alle prestazioni oggetto di gara sembra trovare giustificazione proprio sotto questo profilo (Art. 41, secondo comma, Cost.)».

diventano un parametro più *rigido* e *uniforme*, risultando tutti gli offerenti vincolati al trattamento normativo e retributivo individuato dalla p.a. Rimane ferma solamente la possibilità, espressamente riconosciuta dall'art. 41, co. 14, di un risparmio sui costi della manodopera quando l'operatore economico sia in grado di dimostrare che il ribasso complessivo dell'importo deriva da una *più efficiente organizzazione aziendale*»¹⁸.

A ben vedere, secondo un primo orientamento formatosi sull'art. 41, co. 14, nel nuovo Codice i costi della manodopera (al pari degli oneri di sicurezza) avrebbero dovuto essere «*scorporati dall'importo assoggettato al ribasso*»¹⁹. Questa posizione è rimasta tendenzialmente isolata e sia la giurisprudenza sia l'Autorità di regolazione hanno opportunamente riconosciuto la possibilità degli offerenti di ribassare i costi della manodopera. Questa seconda posizione trova fondamento, oltre che nel tenore letterale dell'art. 41, co. 14, anche negli artt. 108, co. 9 e 110, co. 1 del d.lgs. n. 36/2023²⁰: e infatti «se il legislatore avesse voluto considerare tali costi fissi e invariabili, non avrebbe avuto senso richiedere ai concorrenti di indicarne la misura nell'offerta economica, né avrebbe avuto senso includere anche i costi della manodopera tra gli elementi che possono concorrere a determinare l'anomalia dell'offerta»²¹. Si tenga in aggiunta presente che un eventuale divieto assoluto di ribasso dei costi della manodopera avrebbe riproposto quegli aspetti problematici che erano stati evidenziati rispetto all'ana-

¹⁸ Ai sensi dell'art. 108, co. 9 nell'offerta economica devono essere indicati, a pena di esclusione, i costi della manodopera.

¹⁹ Tar Calabria, Reggio Calabria, 8 febbraio 2024, n. 120

²⁰ L'art. 108, co. 9 che prescrive al concorrente di indicare nell'offerta economica, a pena di esclusione, i costi della manodopera, oltre agli oneri di sicurezza aziendali, mentre ai sensi dell'art. 110, co. 1, «Le stazioni appaltanti valutano la congruità, la serietà, la sostenibilità e la realizzabilità della migliore offerta, che in base a elementi specifici, inclusi i costi dichiarati ai sensi dell'articolo 108, comma 9, appaia anormalmente bassa. Il bando o l'avviso indicano gli elementi specifici ai fini della valutazione».

²¹ Così Tar Toscana, sez. IV, 29 gennaio 2024, n. 120 e ANAC, delibera n. 528 del 15 novembre 2023. Nello stesso senso anche Tar Liguria, sez. I, ord. del 27 marzo 2024, n. 54 in sede cautelare e il Servizio Supporto Giuridico del MIT, parere n. 2505 del 17 aprile 2024.

logo tentativo in tal senso fatto dal legislatore in vigore del Codice del 2006: su tutti, disincentivo all'efficienza, limitazione della capacità imprenditoriale di razionalizzazione e innovazione organizzativa, maggiori costi per la stazione appaltante, senza peraltro che un simile aggravio venga compensato dal beneficio di un incremento della tutela del lavoro o di una più rigorosa garanzia della leale competizione²².

Per concludere vale osservare, per un verso, come la maggiore omogeneità nello standard normativo ed economico da garantire ai lavoratori, che dovrebbe conseguire alle innovative previsioni del Codice del 2023, non solo è funzionale ad innalzare la tutela sociale, ma inoltre rafforza la garanzia di una *fair competition* tra gli operatori economici e presumibilmente anche il buon andamento dell'attività contrattuale dell'amministrazione e, quindi, del risultato amministrativo²³. Per altro verso, che l'effettività dell'obbligo previsto, in capo all'aggiudicatario, dall'art. 11 di applicare un CCNL *leader* non può ritenersi in alcun modo "annacquato" dal contenuto dell'art. 57, co. 1 che richiede alla stazione appaltante di inserire nei bandi e negli avvisi apposite clausole sociali aventi a oggetto un siffatto obbligo. Ne consegue che, nell'attuale quadro regolatorio, quelle di equo trattamento sono condizioni di esecuzione *sui generis* in quanto la fonte dell'obbligo non è la *lex specialis* (nonostante la «ritrovata centralità» che sembra attribuirgli l'art. 57, co. 1²⁴), bensì direttamente la legge ordinaria²⁵

²² Cfr. ANAC, Atto segn. n. 2, 19 marzo 2014; in dottrina, F. CAMPOLO, *La tutela dei lavoratori nel d.lgs. n. 36 del 2023*, in "Rivista giuridica dell'edilizia", n. 6, 2023, p. 425 ss. spec. p. 439 ss.

²³ Cfr. A. DE SIANO, *Tutela del lavoratore e buon andamento della P.A. secondo il nuovo codice dei contratti pubblici*, in: "Federalismi", n. 14, 2023, p. 98 ss. Sul punto sia inoltre consentito rinviare a E. CARUSO, *Equo trattamento dei lavoratori nel nuovo codice dei contratti pubblici tra sostenibilità e risultato amministrativo*, in: "Diritto amministrativo", n. 4, 2023, p. 863 ss.

²⁴ I. SANTORO, *A cavallo' tra due codici: l'equo trattamento dei lavoratori nella nuova normativa sui contratti pubblici*, in: "WP C.S.D.L.E. 'Massimo D'Antona'", n. 467, 2023, p. 10 ss.

²⁵ Come condivisibilmente osservato da ANAC nella Relazione illustrativa delle Linee guida ANAC n. 13, cit., pg. 3, si è in presenza di una clausola sociale

2.1. *Il potere della stazione appaltante di imporre uno standard minimo di tutela...*

Quelli proposti nel precedente paragrafo sono poco più che meri spunti di riflessione su un tema (la scelta del CCNL da indicare) su cui il dibattito, che comunque presenta ampi margini di sviluppo, è già particolarmente intenso.

Un importante contributo sul punto lo ha fornito ANAC nella Nota illustrativa, Bando tipo n. 1/2023 ove sono state fornite utili indicazioni alle stazioni appaltanti in relazione all'individuazione del CCNL di riferimento. Secondo l'Autorità la prima operazione che le stazioni appaltanti devono compiere, al fine di individuare il CCNL più attinente rispetto all'oggetto dell'appalto e alle attività da eseguire, consiste nella preventiva identificazione del settore di riferimento dell'attività o delle attività (in caso di suddivisione dell'appalto in più lotti) oggetto dell'appalto. Il che deve avvenire attraverso diversi passaggi.

Nello specifico, dopo aver verificato la prima lettera del codice ATECO, quale risultante dalla Struttura della classificazione formulata dall'ISTAT²⁶, occorre verificare sull'archivio contratti del CNEL quali sono i contratti collettivi applicabili all'attività oggetto dell'appalto e, tra questi, selezionare il CCNL da applicare ai lavoratori impiegati nell'appalto o nella concessione tra quelli stipulati dalle organizzazioni comparativamente più rappresentative sul piano nazionale; tra questi contratti c.d. *leader*, va individuato il CCNL da applicare ai lavoratori impiegati nello specifico appalto o concessione²⁷. Sul punto ANAC ha richiamato le indicazioni del Ministero

in senso tecnico quando la stazione appaltante inserisce tali obblighi nella *lex specialis* e nel contratto.

²⁶ Sul punto ANAC fa presente che sul sito dell'ISTAT sono reperibili online tabelle di raffronto tra codice ATECO e codice CPV utilizzabili per correlare correttamente i due dati e che alcune piattaforme di approvvigionamento digitale mettono a disposizione una funzione che consente di individuare quali codici CPV corrispondono ad un certo codice ATECO-NACE e viceversa.

²⁷ Sul punto ANAC precisa, per un verso, che la fonte da prendere a riferimento sono i dati INPS/CNEL che attraverso il sistema del codice alfanumerico

del Lavoro il quale, anche sulla base della giurisprudenza consolidata della Corte di Cassazione, ha individuato alcuni indici sintomatici da tenere in considerazione per l'individuazione delle organizzazioni comparativamente più rappresentative, tra cui il numero complessivo dei lavoratori occupati, il numero complessivo delle imprese associate, la diffusione territoriale (numero di sedi presenti sul territorio e ambiti settoriali), il numero dei contratti collettivi nazionali sottoscritti. Un ulteriore elemento valido può essere rappresentato dalle tabelle del costo del lavoro elaborate dal Ministero del Lavoro e delle politiche sociali (tali tabelle sono infatti elaborate sulla base dei CCNL ritenuti maggiormente rappresentativi in quello specifico settore economico), come pure la composizione del Consiglio del CNEL²⁸ nonché i dati del relativo Archivio²⁹.

Sempre con riguardo al tema relativo all'individuazione del CCNL e, più in generale, dello standard di tutela da garantire ai lavoratori impiegati negli appalti pubblici, può risultare di interesse richiamare le interessanti iniziative avviate da alcune amministrazioni locali e da alcune Regioni che, per rafforzare l'equo trattamento dei lavoratori, hanno adottato alcuni atti normativi e amministrativi volti a imporre ai propri

presente nei flussi UNIEMENS individua il numero dei lavoratori ai quali un determinato contratto collettivo di lavoro si applica; per altor verso, che le stazioni appaltanti possono prendere a riferimento anche i settori e sottosettori contrattuali con cui il CNEL classifica i contratti.

²⁸ Dal momento che il Consiglio viene periodicamente rinnovato nei suoi componenti all'esito di una attenta valutazione e comparazione dei dati raccolti sulle singole organizzazioni che chiedono di essere inserite in tale organismo.

²⁹ Al Riguardo l'Autorità ha osservato che «da tale archivio è possibile ricavare un indice numerico che rileva il numero di lavoratori a cui si applica ogni singolo contratto collettivo. Ciò avviene mediante collegamento tra il codice alfanumerico attribuito dal CNEL ai singoli CCNL e il codice Uniemens attribuito dall'INPS ai lavoratori, all'atto delle iscrizioni contributive. Le risultanze di questo incrocio di informazioni consentono di conoscere il numero di lavoratori cui viene applicato il singolo CCNL e il relativo "peso specifico" - ad esempio, prevalente o meno - in un preciso settore. A tal proposito, si comunica che il CNEL ha manifestato la sua disponibilità nel prestare assistenza alle stazioni appaltanti in merito all'utilizzo delle funzionalità dell'Archivio contratti».

uffici di individuare nelle procedure di gara CCNL che «prevedano un trattamento economico minimo inderogabile pari a 9 euro l'ora»³⁰. Tale prassi, che evidentemente va contestualizzata nell'ambito dello scontro politico e parlamentare sul salario minimo legale, è stata criticata da una parte della dottrina³¹ la quale, dopo aver osservato come risulti singolare il fatto che sia preso a riferimento il valore economico che è stato al centro dei diversi disegni di legge riguardanti il salario minimo legale, si è quindi domandata se una giunta comunale possa aggiungere un criterio del tutto diverso e autonomo rispetto a quelli stabiliti dalla legge. Secondo la citata dottrina la risposta a tale interrogativo deve essere negativa: è stato infatti sostenuto che non rientra nella discrezionalità rimessa alla p.a. nella costruzione degli atti di gara la possibilità di prevedere condizioni relative alla tutela dei lavoratori diverse e ulteriori rispetto a quelle previste dalla legge; secondo questa lettura, quindi, un'impresa potrebbe utilmente agire in giudizio impugnando una *lex specialis* che impone il salario minimo di 9 euro³².

Questa prospettiva non convince sotto diversi profili.

³⁰ Così la deliberazione DG/2024/00097 del Comune di Firenze del 19 marzo 2024, ma in una direzione simile si stanno orientando la Regione Lazio e il Comune di Roma. Da ultimo v. anche l.r. Regione Puglia, 30 maggio 2024, n. 19 «Disposizioni per la qualità e la sicurezza del lavoro, per il contrasto al dumping contrattuale, nonché per la stabilità occupazionale nei contratti pubblici d'appalto o di concessione eseguiti sul territorio».

³¹ G. PIGLIALARMÌ, *Retribuzione e appalti pubblici: alcune considerazioni sulla recente "rivolta" dei Comuni*, in *Bollettino ADAPT* 25 marzo 2024, n. 12.

³² G. PIGLIALARMÌ, op. loc. cit.: «Siamo dell'idea, infatti, che un rilevante nodo problematico (e la conseguente legittimità giuridica della scelta compiuta dalla giunta fiorentina) potrebbe sorgere allorquando una impresa provi ad aggiudicarsi un contratto di appalto presso il Comune di Firenze applicando un CCNL diverso da quello previsto dal bando e venga esclusa dalla gara per il solo fatto che il CCNL applicato, anche se "equipollente" in termini di tutela a quello indicato nella *lex specialis*, non preveda "una retribuzione minima inderogabile pari a 9 euro l'ora". A nostro avviso, questa impresa potrebbe impugnare la decisione assunta dall'Amministrazione fiorentina per due ragioni. Anzitutto, la legge non conferisce alcun potere agli organi amministrativi di stabilire dei criteri in base ai quali ritenere soddisfatta l'equipollenza delle tutele di cui all'art. 11, comma 3 del d.lgs. n. 36/2023. Il parametro di riferimento per vagliare l'equipollenza, infatti, è e resta il CCNL c.d. lea-

Innanzitutto pare trascurare che, tradizionalmente, una delle funzioni del c.d. utilizzo strategico dei contratti pubblici è proprio quella di consentire alle amministrazioni di raggiungere obiettivi di tutela sociale “superando” e, per certi versi, “andando oltre” gli ostacoli che possono caratterizzare il procedimento legislativo³³. Nemmeno sul piano strettamente giuridico, poi, le critiche mosse a tali prassi amministrativa appaiono convincenti. Ad avviso di chi scrive, infatti, il limite che le amministrazioni incontrano rispetto alla fissazione delle condizioni di equo trattamento va rintracciato, in primo luogo, nel rispetto nei principi generali dell’agire amministrativo (ragionevolezza, proporzionalità) e dei principi con funzione “nomofilattica” contenuti nei primi tre articoli del nuovo Codice³⁴; in secondo luogo, nell’adeguatezza della base d’asta nell’ottica di garantire la sostenibilità economica dell’operazione contrattuale.

Peraltro, la tesi che si intende sottoporre a critica non sembra riservare sufficiente attenzione nemmeno alla distinzione tra clausole

der, cioè il trattamento economico e normativo stabilito dal CCNL indicato dall’art. 11, comma 1 del d.lgs. n. 36/2023.

Inoltre, pur riconoscendo che il bando, in quanto lex specialis, è funzionale a fissare le regole fondamentali per la partecipazione alla gara, questo è comunque soggetto ai criteri stabiliti dalla legge. A tal proposito, tanto l’art. 57, comma 1 che l’art. 102, comma 1, lett. b) del d.lgs. n. 36/2023 indicano che i bandi di gara devono contenere alcune clausole sociali poste a tutela dei lavoratori, tra le quali vi è l’applicazione del CCNL di cui all’art. 11, comma 1 del medesimo decreto. Dette disposizioni, tuttavia, non conferiscono altro margine ai bandi di gara in materia di definizione delle condizioni di lavoro. E non può che essere così: è opportuno ricordare, infatti, che la regolamentazione del rapporto di lavoro rientra nella esclusiva potestà legislativa dello Stato (art. 117 Cost.)».

³³ Cfr. sul punto S. ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement*, cit., vol. II, p. 698 ss.; T. DAINITH, *Regulation by Contract: The New Prerogative*, in: “Current Legal Problem”, n. 32, 1979, p. 41 ss.

³⁴ Nel senso che gli obiettivi sociali e ambientali impongono letture non assolutizzanti del principio di accesso al mercato di cui all’art. 3 del nuovo Codice, v. R. DIPACE, “Principio dell’accesso al mercato”, in: *Studi sui principi generali del codice dei contratti pubblici*, a cura di R. Ursi, Editoriale scientifica, Napoli, 2024, p. 85 ss.

sociali *mandatory* e clausole facoltative: gli artt. 11 e 57 del Codice fissano lo standard minimo di tutela da garantire ai lavoratori negli appalti pubblici, non anche quello massimo. Più in generale, non viene adeguatamente considerata la distinzione tra Stato compratore e Stato regolatore: gli atti normativi e amministrativi in esame non rappresentano, infatti, interventi volti a regolare il rapporto di lavoro nelle relazioni negoziali tra privati; diversamente, essi vanno inquadrati quali atti tramite cui le amministrazioni indirizzano le proprie scelte negoziali. Seguendo questa prospettiva, la fissazione del salario minimo di 9 euro può ben rientrare nella ampia discrezionalità di cui godono le amministrazioni nell'individuare gli interessi che intendono perseguire con il contratto, inclusi quelli di sostenibilità. D'altronde, queste prassi delle amministrazioni locali, oltre a risultare rafforzate dalla principale novità sul tema introdotta dal Codice del 2023 (il definitivo superamento della concezione della scelta del CCNL quale prerogativa dell'impresa), trovano un fondamento normativo nell'art. 113 del Codice che legittima le p.a. a richiedere requisiti particolari di esecuzione, inclusi quelli volti a soddisfare esigenze sociali³⁵.

A supporto della posizione sostenuta si può infine osservare che il contratto collettivo in Italia ha una efficacia di diritto comune e notoriamente l'inderogabilità (*ex art. 36 cost. e 2113 c.c.*) opera solo verso il basso e non verso l'alto (essendo sempre ammissibili trattamenti più favorevoli sia sul versante individuale, sia sul piano collettivo). Se questo vale, almeno in teoria, per un committente privato, non si vede perché tale libertà contrattuale non possa essere riconosciuta anche al committente pubblico.

³⁵ Per la stessa ragione si era già sottoposta a critica (cfr. E. CARUSO, *La funzione*, cit., p. 447, *sub* nt. 215) Tar Sardegna, sez. I, 18 settembre 2019, n. 748 (poi ripresa da Tar Campania, Napoli, sez. VIII, 6 febbraio 2020, n. 585) secondo cui nel Codice del 2016 mancava una disposizione tale da consentire alla stazione appaltante di indicare un unico CCNL.

2.2. (Segue)...la verifica di equivalenza

Un aspetto centrale del bilanciamento realizzato dal nuovo Codice tra la tutela della manodopera e gli altri interessi sottesi alla garanzia dell'equo trattamento dei lavoratori da un lato, e gli interessi del mercato e dei suoi operatori (libertà di iniziativa economica, parità di trattamento, massima partecipazione alle gare pubbliche, etc.) dall'altro, è costituito dalla facoltà riconosciuta agli operatori economici dall'art. 11, co. 3 di indicare nella propria offerta un CCNL diverso da quello selezionato dalla stazione appaltante, purché garantisca tutele equivalenti ai dipendenti utilizzati nell'esecuzione della commessa. Tuttavia, si ritiene che tale valutazione di equivalenza richiesta alle p.a. dall'art. 11, co. 4 potrebbe costituire il vero "tallone d'Achille" della disciplina del nuovo Codice in tema di equo trattamento, costituendo tale verifica un fattore di significativa complicazione che, ancorché necessitato per garanzie delle esigenze concorrenziali, risulta antitetico all'impostazione di fondo che contraddistingue il nuovo Codice, volta alla semplificazione e al risultato amministrativo.

Risulta quindi fondamentale il ruolo di tutti gli attori del settore per supportare le amministrazioni in questo delicato compito. In questa direzione va nuovamente richiamata la Nota illustrativa al Bando tipo n. 1/2023 in cui ANAC ha fornito importanti indicazioni sul punto: ancorché perfettibili, si tratta di un buon punto di partenza per sviluppare pratiche virtuose in relazione alla suddetta valutazione di equivalenza. Nello specifico, ANAC ha fatto riferimento alle indicazioni fornite dall'Ispettorato Nazionale del Lavoro (Circolare n. 2 del 28/7/2020) ove si suggerisce di procedere dapprima alla valutazione dell'*equivalenza economica* dei due contratti, prendendo a riferimento le componenti fisse della retribuzione globale annua costituite dalle seguenti voci: retribuzione tabellare annuale, indennità di contingenza EDR (Elemento Distinto della Retribuzione) a cui vanno sommate le eventuali mensilità aggiuntive (tredicesima e quattordicesima), nonché le ulteriori indennità previste. Quanto alla successiva valutazione sull'equivalenza

delle tutele normative, l’Autorità – dopo aver richiamato i parametri da prendere a riferimento³⁶ – ha suggerito di ritenere sussistente l’equivalenza (anche) in presenza di uno scostamento relativo, al massimo, a due parametri³⁷.

Utili indicazioni sulle modalità di svolgimento della valutazione di equivalenza di rinviengono anche nella delibera n. 392 del 30 luglio 2024, ove ANAC ha osservato che l’offerente deve essere in grado di dimostrare che «il diverso CCNL adottato, al di là del *nomen iuris*, garantisce tutele equiparabili, con la precisazione che la valutazione deve necessariamente avere ad oggetto sia le tutele economiche che quelle normative in quanto complesso inscindibile». Ne consegue – anche sulla base di altre previsioni del Codice poste a garanzie dell’equo trattamento, su cui v. *infra* – l’obbligo della

³⁶ Sono stati richiamati i seguenti nove parametri ripresi dalla richiamata circolare INPS:

- la disciplina concernente il lavoro supplementare e le clausole elastiche nel part-time;
- la disciplina del lavoro straordinario, con particolare riferimento ai suoi limiti massimi, con l’avvertenza che solo il CCNL leader può individuare ore annuali di straordinario superiori alle 250. Lo stesso non possono fare i CCNL sottoscritti da soggetti privi del requisito della maggiore rappresentatività;
- la disciplina compensativa delle ex festività soppresse, che normalmente avviene attraverso il riconoscimento di permessi individuali;
- la durata del periodo di prova;
- la durata del periodo di preavviso;
- durata del periodo di comporta in caso di malattia e infortunio;
- malattia e infortunio, con particolare riferimento al riconoscimento di un’eventuale integrazione delle relative indennità;
- maternità ed eventuale riconoscimento di un’integrazione della relativa indennità per astensione obbligatoria e facoltativa;
- monte ore di permessi retribuiti;
- bilateralità;
- previdenza integrativa;
- sanità integrativa.

³⁷ In tal modo discostandosi dalla Circolare dell’Ispettorato del lavoro ove si riteneva sufficiente lo scostamento su un parametro normativo per escludersi l’equivalenza tra le due fonti collettive.

p.a. di escludere l'offerta del concorrente, che, in ragione dell'applicazione di un diverso CCNL, «preveda un costo del personale inferiore rispetto a quello stabilito dal CCNL indicato dalla stazione appaltante negli atti di gara (...) in quanto irrispettosa delle condizioni contrattuali minime fissate dall'Amministrazione per l'aggiudicazione dell'appalto».

Nel complesso, l'approccio seguito da ANAC appare convincente, essendo volto a favorire la compatibilizzazione tra le diverse esigenze, tramite un'interpretazione delle disposizioni in esame che, da un lato, tiene conto dell'obiettivo primario dell'affidamento del contratto e della sua esecuzione con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo, come pure delle esigenze concorrenziali "strumentali" al risultato; dall'altro, "rispetta" la volontà del legislatore di chiudere il più possibile la concorrenza basata unicamente su un ribasso dei costi del lavoro, rafforzando le garanzie di equo trattamento dei lavoratori nonché tutte le altre esigenze sottese alla tutela dei lavoratori impiegati negli appalti pubblici.

Un giudizio di differente tenore va invece riservato alla recente pronuncia del Tar Lombardia, Brescia, 1° ottobre 2024, n. 773 che oltre a non tener conto di quel processo di "demitizzazione" della concorrenza realizzato da Codice del 2023, ha fornito un'interpretazione delle previsioni analizzate che appare non conforme al loro tenore letterale. E invero il giudice lombardo, dopo aver osservato che l'art. 11 «provoca una limitazione della libertà di organizzazione aziendale, e dunque non può essere interpretato in senso eccessivamente restrittivo», arriva ad affermare che la «equivalenza dei CCNL non richiede la parità di retribuzione», potendo l'impresa mantenere il proprio CCNL «purché, secondo una valutazione complessiva, giuridica ed economica, sussistano i seguenti requisiti: (i) il trattamento dei lavoratori impiegati in tale gara non sia eccessivamente inferiore a quello dei CCNL individuati dalla stazione appaltante; (ii) vi sia corrispondenza, o almeno confrontabilità, tra le mansioni del CCNL applicato e le lavorazioni oggetto dell'appalto».

3. I meccanismi di verifica e la definitiva consacrazione del controllo sul rispetto del CCNL quale “questione della fase di gara”

L'effettività dell'equo trattamento dei lavoratori impiegati nelle commesse pubbliche dipende anche da profili ulteriori alla fissazione di un determinato *standard* di tutela. Un aspetto dirimente attiene alla predisposizione di strumenti che consentano di verificare (e se del caso imporre) il rispetto dei relativi obblighi posti in capo agli operatori economici. Sul punto il Codice del 2023 – oltre a confermare in fase esecutiva l'efficace meccanismo basato sull'intervento sostitutivo della stazione appaltante nei casi di inadempienza contributiva e di ritardo nel pagamento delle retribuzioni (art. 11 co. 5)³⁸ – introduce novità significative.

Ai sensi degli artt. 102 e 11, co. 4 del nuovo Codice, negli atti di gara le stazioni appaltanti devono richiedere agli operatori economici

³⁸ Nello specifico, nei casi inadempienza contributiva risultante dal DURC, la stazione appaltante «trattiene dal certificato di pagamento l'importo corrispondente all'inadempienza per il successivo versamento diretto agli enti previdenziali e assicurativi, compresa, nei lavori, la cassa edile». Più articolato è il procedimento nelle ipotesi di ritardo nel pagamento delle retribuzioni. Preliminarmente, il responsabile unico del progetto invita per iscritto il soggetto inadempiente, ed in ogni caso l'affidatario, a provvedervi entro i successivi quindici giorni. In assenza di contestazioni formali e motivate, qualora l'inadempimento perduri, entro lo stesso periodo la stazione appaltante «paga anche in corso d'opera direttamente ai lavoratori le retribuzioni arretrate», detraendo il relativo importo dalle somme dovute all'aggiudicatario ovvero «al subappaltatore inadempiente nel caso in cui sia previsto il pagamento diretto». Appare condivisibile l'osservazione secondo cui sarebbe proprio l'efficacia di questo meccanismo a comportare una scarsa diffusione del contenzioso davanti al giudice del lavoro, in relazione alla fase di esecuzione della commessa; così I., ALVINO, *Clausole sociali, appalti e disgregazione della contrattazione collettiva nel 50° anniversario dello Statuto dei lavoratori*, in: “Lavoro Diritti Europa”, n. 2, 2020, p. 11. Sul tema cfr. anche G. RICCI, *op. cit.*, che richiama interessanti pronunce ove è stato rideterminato il trattamento economico spettante al lavoratore, facendo leva sulla violazione dell'art. 30, co. 4, d.lgs. n. 50/2016. Peraltro, tale meccanismo dovrebbe rendere non problematica, in relazione agli obblighi di equo trattamento, la mancata previsione anche nel nuovo Codice di strumenti (es. penali, clausole risolutive) volti a garantire il rispetto delle clausole sociali in fase esecutiva che, notoriamente, rappresenta il “tallone d'Achille” dei contratti pubblici sostenibili.

di *assumere l'impegno* di garantire l'applicazione di un CCNL secondo quanto previsto dai co. da 1 a 3 dell'art. 11, nonché di *precisare le modalità* con cui intendono rispettare tali impegni; spetta quindi alla p.a. *verificare l'attendibilità degli impegni* assunti con riguardo alla sola offerta dell'aggiudicatario (utilizzando qualsiasi mezzo, anche tramite *le modalità* di cui all'art. 110 in tema di verifica dell'anomalia)³⁹.

Plurime appaiono essere le ricadute di tale previsione.

In una prospettiva più generale, l'art. 102 – che si applica anche alle clausole sociali di riassorbimento e a quelle di occupazione promozionale – dovrebbe comportare il definitivo superamento della valenza generale della regola, su cui si tornerà *amplius* al paragrafo 4, secondo cui il mancato rispetto degli obblighi posti negli atti di gara quali condizioni di esecuzione può essere rilevato dall'amministrazione solo in fase esecutiva.

Con specifico riferimento alla garanzia dell'equo trattamento, tali previsioni confermano l'obbligo generale delle stazioni appaltanti di procedere, prima dell'aggiudicazione, a una verifica sui costi della manodopera indicati dall'offerente, ma introducono novità di assoluto rilievo in relazione sia al *parametro di riferimento* sia alle *modalità* di tale verifica.

Quanto al primo profilo (parametro della verifica), si richiede alla stazione appaltante di accertare il rispetto non più dei minimi salariali retributivi di cui alle tabelle ministeriali (cfr. art. 95, co. 10 del d.lgs. n. 50/2016), bensì del contenuto normativo e retributivo del contratto collettivo indicato negli atti di gara, ovvero quello di diverso ma equivalente scelto dall'operatore economico. Gli effetti di questa modifica dovrebbero risultare dirimpenti, dal momento che il rispetto del CCNL da parte

³⁹ Così l'art. 102, ma corrispondente appare la portata precettiva dell'art. 11, co. 4 che però specifica come, nei in cui l'operatore economico ai sensi del comma 3 indichi un CCNL diverso da quello previsto dagli atti di gara, la stazione appaltante prima di procedere all'affidamento o all'aggiudicazione deve acquistare una sua «dichiarazione di equivalenza delle tutele» che può essere verificata anche con le modalità previste dall'art. 110 in tema di anomalia. Va precisato come, alla luce del contenuto complessivo del co. 4, l'inciso iniziale «Nei casi di cui al comma 3» non sia corretto, presentando il co. 4 un contenuto che interessa anche i primi due commi dell'art. 11. Il richiamo alle modalità di cui all'art. 110 dovrebbe riguardare esclusivamente il modo di esplicitarsi del contraddittorio, non il carattere globale e sintetico del giudizio di anomalia.

dell'impresa, con cui fino ad ora il giudice amministrativo si è imbattuto solo (indirettamente) nell'ambito del controllo sul rispetto dei minimi retributivi delle tabelle ministeriali di cui all'art. 41, co. 13, diventa ora questione riguardante in modo integrale e diretto (anche) la fase di gara. Peraltro, rispetto alla verifica dei costi della manodopera di cui all'art. 95, co. 10 del vecchio Codice, quella *ex* art. 102 del d.lgs. n. 36/2023 dovrebbe caratterizzarsi per un maggior rigore, stante il diverso parametro (i contenuti dei CCNL sono dotati di maggiore rigidità rispetto alle tabelle) che dovrebbe impedire ogni scostamento al ribasso che non sia puntualmente giustificato da efficienze organizzative dell'impresa.

Con riguardo invece alle modalità della verifica sull'obbligo di applicare un determinato CCNL, dalle previsioni esaminate (artt. 11, co. 2, 3 e 4 e 102) e dal binomio risultato-fiducia si potrebbe ricavare un duplice obbligo: uno in capo alla stazione appaltante, l'altro agli offeriti.

Alla p.a. sarebbe richiesto lo sforzo, oltre che di individuare e indicare il CCNL da applicare, di riportare negli atti di gara i parametri normativi e retributivi che concretano il livello minimo di tutela da rispettare, così da compensare quel deficit di trasparenza che caratterizza le fonti collettive. Si tratterebbe di un onere coerente con l'inquadramento "strumentale" della trasparenza di cui all'art. 1, co. 2 del Codice, senza che ciò costituisca un eccessivo aggravamento nella fase di costruzione degli atti di gara; d'altronde, si tratterebbe di rendere pubblici dati e informazioni con cui la stazione appaltante si è già confrontata dal momento che il nuovo Codice richiede alla stessa una gestione *ab* origine consapevole e unitaria dei costi della manodopera.

Quanto agli operatori economici, l'art. 102 non dovrebbe essere inteso quale adempimento meramente formale, potendosi ricavare da questa previsione l'onere per le imprese – in particolare per quelle che nell'offerta indicano un costo della manodopera inferiore a quello individuato dall'amministrazione – di illustrare, già in sede di offerta, quelle efficienze organizzative (e le altre limitate ragioni sui cfr. *infra*) che possono giustificare lo scostamento. Una sorta di anticipazione della motivazione sui ribassi della manodopera e del contraddittorio, quindi, coerente con la

maggior rigidità oggi riconosciuta ai costi della manodopera, oltre che con i principi del risultato e della fiducia.

Questa prospettiva trova riscontro, anche se solo in parte, nella Nota illustrativa al Bando tipo n. 1/2023, in particolare nella misura in cui ANAC ha dapprima osservato che, «per garantire l'effettività degli impegni assunti, l'operatore economico si dovrebbe impegnare a dimostrare, in caso di aggiudicazione, il loro rispetto attraverso la messa a disposizione dei dati relativi al trattamento giuridico ed economico dei lavoratori addetti all'affidamento»⁴⁰; a tal fine, si richiede agli offerenti, già in sede di offerta tecnica, «di presentare la dichiarazione di equivalenza delle tutele e l'eventuale documentazione a supporto», contenente tutti gli elementi necessari per la stazione appaltante per accertare che l'operatore economico garantisca almeno le stesse tutele ai propri dipendenti in merito alle tutele normative ed economiche del CCNL di riferimento (...).

Per tirare le fila del ragionamento sull'art. 11 e sulle altre disposizioni poste a garanzia dell'equo trattamento dei lavoratori, se presa sul serio la disciplina del nuovo Codice dovrebbe rendere più rigido l'importo della manodopera indicato negli atti di gara e tra loro più uniformi i costi del personale degli offerenti, chiudendo quasi ogni spazio a dinamiche di *dumping* sociale e, quindi, favorendo un competizione "fair", incentrata esclusivamente sull'efficienza organizzativa, sulla qualità tecnica dell'offerta e sulla sua effettiva rispondenza ai bisogni dell'amministrazione. Al tempo stesso, però, l'aver consacrato l'ammissibilità di ribassi giustificati da efficienze organizzative (che non implicano né una riduzione della tutela lavoristica né un pregiudizio per la buona esecuzione della prestazione) dovrebbe prevenire gli effetti distorsivi che deriverebbero da un totale irrigidimento del costo del lavoro e dalla sua completa

⁴⁰ Viene inoltre puntualizzato che «Ciò potrebbe avvenire, ad esempio, mediante il Documento di Congruità Occupazione Appalto (DoCOA). Premesso che sono rari i casi in cui due contratti presentano esattamente lo stesso articolato, si ritiene che, la dichiarazione di equivalenza debba dimostrare che il diverso CCNL adottato, al di là del nomen iuris, garantisca tutele equiparabili».

sottrazione al gioco competitivo. Quanto alla verifica, già in fase di gara, dell'integrale rispetto da parte dell'aggiudicatario del contenuto normativo e retributivo del contratto collettivo, si tratta di un compito non semplice per le stazioni appaltanti che, tuttavia, potrà essere agevolato da approcci all'insegna della collaborazione tra p.a. e operatori economici.

4. Le clausole sociali di stabilità occupazionale tra esigenze di mercato e risultato amministrativo

L'esigenza di tutela dei lavoratori impiegati nelle commesse pubbliche non è legata soltanto ai rischi che le dinamiche competitive e le politiche di contenimento della spesa pubblica possono comportare in termini di ribasso salariale. L'apertura di tale mercato alla concorrenza accentua, infatti, la necessità di rapporti negoziali di durata limitata, con la conseguenza che è ipotesi fisiologica il c.d. "cambio appalto". Com'è noto, tale evenienza può portare a una riduzione del monte ore complessivo e individuale di lavoro e, più probabilmente, alla discontinuità e/o alla perdita dell'impiego. Si può sostenere, quindi, che la concorrenza nel settore dei contratti pubblici, ancor più che nel settore degli appalti privati, produca esternalità sociali negative.

Tale esigenza di tutela dei lavoratori trova, a livello nazionale, da tempo riscontro in diverse norme settoriali, nonché a livello di contratti collettivi, ove si rintracciano previsioni sulle c.d. clausole sociali di riassorbimento (o di seconda generazione o di c.d. "imponibile di manodopera"), il cui obiettivo è garantire la stabilità occupazionale dei lavoratori impiegati nell'esecuzione del contratto dal precedente aggiudicatario prevedendo l'inserimento, negli atti di gara, di specifici obblighi in capo al nuovo contraente⁴¹.

⁴¹ Cfr. M. GIACONE, *L'impiego strategico degli appalti pubblici alla luce del d.lgs. 50/2016*, cit., p. 92 ss.; L. FERRARA, *Clausole sociali e responsabilità dell'impresa nei contratti pubblici, tra diritto interno, europeo e globale*, in: "Amministrativamente", n. 3-4, 2018, p. 3 ss.; fondamentale rimane sul tema il

Il Codice del 2016, e con una scelta autonoma rispetto al diritto Ue, ha introdotto un obbligo generale per le stazioni appaltanti di inerire negli atti di gara «*specifiche clausole sociali volte a promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato*» (art. 50)⁴².

Una previsione corrispondente è stata introdotta nell'art. 57, co. 1 del d.lgs. n. 36/2023 che richiede alla stazione appaltante, per tutti gli appalti «di lavori e servizi diversi da quelli aventi natura intellettuale e per i contratti di concessione», di inserire «specifiche clausole sociali con le quali sono richieste, come requisiti necessari dell'offerta, misure orientate tra l'altro a garantire» le «pari opportunità generazionali, di genere e di inclusione lavorativa per le persone con disabilità o svantaggiate» e la «stabilità occupazionale del personale impiegato»⁴³.

La nuova disciplina estende, per un verso, l'ambito applicativo dell'obbligo per le stazioni appaltanti di prevedere clausole sociali di seconda generazione (quelle appunto volte ad assicurare, compatibilmente con le scelte organizzative dell'impresa, la stabilità occupazionale dei lavoratori nei casi di cambio appalto)⁴⁴. Per altro verso, la medesima disposizione amplia lo spettro di interessi sociali cui le stazioni appaltanti sono tenute a dar rilievo negli atti di gara, inclu-

contributi di E. GHERA, *Le c.d. clausole sociali: evoluzione di un modello di politica legislativa*, in: "Diritto delle relazioni industriali", n. 2, 2001, p. 133 ss.

⁴² Con la precisazione che ciò deve avvenire nel rispetto dei principi dell'Unione europea.

⁴³ R. CARANTA, S. FICHERA, *Il nuovo codice degli appalti pubblici e le tutele sociali dal punto di vista dell'amministrativista*, in: "Rivista giuridica del lavoro", n. 1, 2024, p. 31 ss.; R. ROMEI, *I nodi intricati delle clausole sociali di seconda generazione*, in: "Diritto delle relazioni industriali", n. 1, 2024, p. 231 ss. W. GIULIETTI, *La tutela del lavoro nei contratti pubblici attraverso le clausole sociali*, in: "Il diritto dell'economia", n. 1, 2023, p. 11 ss.; G. GROE, *Le clausole sociali tra stabilità occupazionale e sostenibilità ambientale*, in: "Diritto processuale amministrativo", n. 4, 2023, p. 863 ss.

⁴⁴ In precedenza, infatti, il carattere *mandatory* della clausola sociale di riasorbimento si riteneva circoscritto ai soli affidamenti ad alta intensità di manodopera; quantomeno, questa è stata l'interpretazione fatta propria da ANAC (Linee guida n. 13) e, in modo unanime, dalla giurisprudenza amministrativa.

dendovi la promozione dell'occupazione di giovani, donne, persone con disabilità o svantaggiate. La scelta di "sovraccaricare" i profili funzionali della disposizione, includendovi le clausole sociali di terza generazione, non appare frutto di una particolare meditazione, come attestano il relativo iter legislativo⁴⁵ e, soprattutto, le difficoltà che si stanno registrando nelle prime esperienze applicative. Invero, non sempre tutte le finalità sociali indicate da tale disposizione possono essere agevolmente perseguite contemporaneamente, nell'ambito della stessa procedura di affidamento. Anzi, in diverse ipotesi di cambio appalto, la tutela la stabilità occupazionale del precedente aggiudicatario può rivelarsi ostativa alla promozione dell'occupazione di giovani, donne, disabili e lavoratori svantaggiati, quantomeno se entrambe le finalità vanno perseguite, come richieste dall'art. 57, mediante *requisiti necessari dell'offerta* (senza cioè la possibilità di ricorrere a soluzioni gradualistiche quali i criteri di aggiudicazione). Sarebbe quindi auspicabile, in sede di correttivo al Codice, un intervento manutentivo sul punto⁴⁶.

A differenza della pluralità di *rationes* che caratterizza la disciplina sull'equo trattamento, alla base delle clausole di riassorbimento vi è una finalità preminentemente sociale (la garanzia della stabilità

⁴⁵ Clausole sociali di terza generazione (o di occupazione promozionale) che sono state valorizzate dal d.l. n. 77/2021 per i contratti del PNRR nonché dalla l. 21 giugno 2022, n. 78 ("Delega al Governo in materia di contratti pubblici"; cfr. art. 1, co. 2 lett. h), mentre sono state "marginalizzate" nel nuovo Codice soli contratti riservati di cui all'art. 61 e all'Allegato II.3. Per un inquadramento delle misure relative ai contratti PNRR v. D. CAPOTORTO, *Giustizia sociale e pari opportunità nei contratti pubblici per la ripresa post-pandemica*, in: "Nuove autonomie", n. 3, 2021, p. 799 ss. e F. PANTANO, *Clausole sociali, concorrenza, investimento pubblico e tutela del lavoro: dal Codice dei contratti pubblici al PNRR*, in: "Federalismi.it", n. 25, 2022, p. 169 ss. In generale, sull'impatto del PNRR sul settore dei contratti pubblici, E. D'ALTERIO, *Riforme e nodi della contrattualistica pubblica*, in: "Diritto amministrativo", 2022, p. 667 ss.

⁴⁶ Nella proposta emendativa del testo del d.lgs. n. 36/2023 (pubblicato sul sito web il 27 luglio 2024 e poi modificata), ANAC propone di prevedere la tutela dei lavoratori svantaggiati solo nell'ambito delle procedure riservate di cui all'art. 61, eliminando quindi il riferimento a tale finalità sociale nell'art. 57, co. 1.

occupazionale dei lavoratori). Nel prevedere il loro inserimento negli atti di gara come, il legislatore ha quindi compiuto una precisa ed univoca scelta politica: all'interesse sociale alla tutela del posto di lavoro (art. 35 e 4 Cost. e art. 15 Carta di Nizza) è stata riconosciuta prevalenza nel bilanciamento con altri interessi, che tale clausola sociale finisce inevitabilmente per comprimere. Tra questi, senz'altro la libertà dell'imprenditore – riconducibile all'art. 41 Cost. e all'art. 16 della Carta di Nizza – di dimensionare e scegliere il personale impiegato nell'azienda; inoltre tale clausole può scoraggiare la partecipazione alla gara e limitare la platea dei concorrenti e, a determinate condizioni, anche favorire il precedente aggiudicatario nella successiva competizione⁴⁷.

In questa prospettiva trova piena giustificazione la posizione, ormai granitica, della giurisprudenza amministrativa secondo cui la clausola sociale deve essere intesa in maniera elastica e non rigida, rimanendo in capo all'operatore economico concorrente finanche la valutazione in merito all'assorbimento dei lavoratori impiegati dal precedente aggiudicatario. In altri termini, l'applicazione della clausola sociale non può comportare un indiscriminato e generalizzato dovere di assorbimento del personale utilizzato dall'impresa uscente, con la conseguenza che i lavoratori che non trovano spazio nell'organigramma dell'appaltatore subentrante e che non vengano ulteriormente impiegati dall'appaltatore uscente in altri settori, sono destinatari delle misure legislative in materia di ammortizzatori sociali. Pertanto, il riassorbimento del personale può essere imposto nella misura e nei limiti in cui rispetti le scelte organizzative dell'impresa, non essendo questa obbligata ad applicare ai lavoratori esattamente

⁴⁷ Invero, la *par condicio* tra operatori economici potrebbe risultare compromessa in caso di applicazione eccessivamente rigida di siffatta clausola, tale da imporre al nuovo aggiudicatario di replicare interamente l'assetto organizzativo delle maestranze del precedente aggiudicatario, con evidente vantaggio competitivo per quest'ultimo; nonché nel caso in cui il nuovo aggiudicatario non rispetti, in fase esecutiva, l'obbligo di riassunzione imposto dagli atti di gara che ben potrebbe aver indotto altre imprese a non concorrere per l'aggiudicazione del contratto; cfr. Cons. Stato, sez. VI, 26 giugno 2012, n. 3764.

le stesse mansioni e qualifiche che avevano alle dipendenze del precedente datore di lavoro. Solo così ridimensionata, la clausola sociale viene ritenuta compatibile con gli obiettivi di apertura del mercato alla concorrenza, con la libertà d'impresa e con la facoltà in essa insita di organizzare il servizio in modo efficiente e coerente con la propria organizzazione produttiva, al fine di realizzare economie di costi da valorizzare a fini competitivi nella procedura di affidamento⁴⁸.

Tale posizione della giurisprudenza è sempre apparsa nel suo complesso condivisibile dal momento che un'applicazione rigida e automatica delle clausole sociali di seconda generazione (“devi assumere tutti i dipendenti impiegati nell'esecuzione del contratto dal precedente aggiudicatario, garantendo loro le medesime condizioni anche in termini di mansioni e di inquadramento”) pare effettivamente problematica sia sotto il profilo della *par condicio*, nella misura in cui un'applicazione rigida di tale clausola potrebbe favorire il precedente aggiudicatario; sia con riguardo alla libertà di impresa intesa quale auto-organizzazione dei fattori produttivi da parte dell'imprenditore⁴⁹.

Tuttavia, in vigenza del Codice del 2016 la giurisprudenza amministrativa tendeva ad adottare approcci “binari”, ovvero a prendere in considerazione e a mettere a confronto l'interesse sociale di tutela della stabilità occupazionale e quello di mercato, inteso sia in senso oggettivo (massima concorrenza), sia in senso soggettivo (libertà imprenditoriale degli operatori economici). Si era quindi criticato criticato tale approccio nella misura in cui finiva per porre in secondo piano l'obiettivo primario dell'operazione contrattuale dell'amministrazione e della

⁴⁸ Da ultimo, Cons. Stato, sez. V, 5 aprile 2024, n. 3144; 15 novembre 2023, n. 9790; 1° agosto 2023, n. 7444.

⁴⁹ Quest'ultimo, infatti, non potrebbe utilizzare meno personale (o lo stesso numero di unità, ma per meno ore) anche in quei casi in cui ciò sia frutto di una migliore organizzazione e gestione del personale e degli altri fattori produttivi, ovvero dell'utilizzo di nuove tecnologie; gli sarebbe precluso di organizzare l'attività svolta per conto dell'amministrazione in conformità con la sua struttura organizzativa e potrebbe essere costretto a dover rinunciare all'utilizzo di personale altamente qualificato sul quale ha investito in formazione e fidelizzato attraverso buone pratiche di *human management*.

disciplina di settore, ovvero l'interesse specifico del contratto e quello di buon andamento nell'esecuzione della prestazione, rispetto ai quali non risulta del tutto indifferente una soluzione interpretativa delle clausole sociali di riassorbimento in luogo dell'altra⁵⁰.

Sul punto non poteva non incidere l'impostazione di fondo del nuovo Codice che, individuando la «stella polare» nel principio del risultato, ha sancito la preminenza dell'interesse specifico del contratto e del *value for money* e, quindi, della «funzione di committenza pubblica»⁵¹. Tale evoluzione sistematica trova evidente riflesso nella sentenza Cons. Stato, sez. V, 25 maggio 2024, n. 807 che ha abbandonato il suddetto approccio «binario», ponendo al centro delle operazioni di bilanciamento il buon andamento dell'azione amministrativa e l'interesse di committenza, come testimoniato dal passaggio secondo cui «il grado elastico di vincolatività della clausola sociale di assorbimento del personale si fonda non solo sul bilanciamento delle tutele del lavoro con l'art. 41 Cost. ma anche sul principio, tipicamente pubblicistico, di buon andamento dell'azione amministrativa». Al riguardo il giudice amministrativo ha inoltre precisato che l'applicazione elastica della clausola sociale di riassorbimento serve a bilanciare la tutela sociale non solo con le libertà economiche, ma anche con «le prerogative pubblicistiche di buon andamento dell'attività amministrativa», e, per esso, «delle esigenze correlate alla scarsità di risorse a disposizione per lo svolgimento delle funzioni pubbliche», non potendo in ragione di tale principio la p.a. accollarsi «costi non necessari per lo svolgimento della commessa, supportati dalle sole esigenze di tutela occupazionale».

Tali indicazioni su come applicare in modo elastico le clausole sociali assumono maggior rilievo dal momento che, come anticipato, il Codice del 2023 ha definitivamente consacrato il superamento della tendenziale irrilevanza in fase di gara degli obblighi di riassorbimento. Sul punto occorre soffermarsi brevemente.

⁵⁰ Sia nuovamente consentito rinviare a E. CARUSO, *La funzione sociale*, cit., 451 ss.

⁵¹ G. NAPOLITANO, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: i principi generali*, in: «Giornale di diritto amministrativo», n. 3, 2023, p. 287 ss.

Com'è noto, sono diverse le circostanze che possono privare di effettività la finalità sociale perseguita dalla previsione in esame, a partire dal mancato inserimento della clausola sociale negli atti di gara, che comporta l'illegittimità degli stessi. Per quanto invece concerne l'"inadempimento" dell'operatore economico, si può distinguere tra, da un lato, le ipotesi di mancata accettazione della clausola sociale al momento di presentazione dell'offerta, che può essere qualificata quale volontà di presentare una «offerta condizionata» non ammissibile nei contratti pubblici e che, in quanto tale, giustifica l'esclusione dell'offerente dalla procedura⁵²; e, dall'altro, i casi di mancata ottemperanza dell'obbligo nella fase contrattuale che, interessando la fase esecutiva, fanno venir in rilievo l'operatività degli strumenti (eventualmente) previsti per tale fase (penali, clausole risolutive espresse, risoluzione, etc.). Maggiori incertezze si sono avute in merito all'ammissibilità di soluzioni "intermedie", tali cioè da consentire alle stazioni appaltanti di rilevare già in fase di gara (e "sanzionare" con l'esclusione) l'eventuale inidoneità dell'offerta a soddisfare l'obbligo di riassorbimento previsto dalla *lex specialis*. Inizialmente, tale possibilità doveva considerarsi preclusa in virtù della (discussa)⁵³ regola di origine pretoria sulla tendenziale irrilevanza in fase di gara degli obblighi posti quali condizioni di esecuzione: la stazione appaltante poteva solo pretendere che l'accettazione da parte dell'offerente di tale obbligo, ma non verificarne l'effettivo rispetto. Questo quadro si è evoluto grazie al Consiglio di Stato che, nel parere sulle Linee guida in tema di clausole sociali, ha proposto l'inserimento nelle offerte di un vero e proprio "piano di compatibilità" o "progetto di assorbimento": in tale documento l'operatore economico deve illustrare in che modo, ottenuta l'aggiudicazione, intenda rispettare la clausola sociale, individuando le concrete condotte che verranno

⁵² Cfr. Linee guida ANAC n. 13.

⁵³ Cfr. L. ANKERSMIT, *The contribution of EU public procurement law to corporate social responsibility*, in: "European Law Journal", n. 1-2, 2020, p. 16; S. ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement. Regulation in the EU and UK*, vol. II, 3^a ed., Sweet & Maxwell, Londra, 2018, p. 756.

adottate nei confronti dei lavoratori; ciò sia a maggior garanzia di questi ultimi, sia per «*consentire alla stazione appaltante di valutare l'effettiva volontà di rispettare la clausola*».

Tale impostazione, già in parte seguita da ANAC nella versione finale delle Linee guida, ha poi trovato sostanziale conferma nel nuovo Codice, in particolare nell'art. 102 che impone alle stazioni appaltanti di richiedere agli operatori economici – negli atti di gara e tenuto conto delle prestazioni oggetto del contratto – di assumere l'impegno, tra gli altri, di rispettare gli obblighi di riassorbimento e di occupazione promozionale di cui all'art. 57, co. 1 del Codice. Ai sensi del co. 2 dello stesso art. 102, l'operatore economico deve illustrare nell'offerta «le modalità con le quali intende adempiere quegli impegni», mentre la stazione appaltante deve verificare «l'attendibilità degli impegni assunti con qualsiasi adeguato mezzo, anche con le modalità di cui all'articolo 110, solo nei confronti dell'offerta dell'aggiudicatario». È evidente come il progetto di riassorbimento costituisca uno strumento che consente alle p.a. di adempiere tale funzione di verifica.

Si tratta di soluzione da giudicare senz'altro con favore che, innanzitutto, dovrebbe consentire di superare i profili problematici riscontrati in vigenza del precedente Codice, ove la “flessibilità” delle clausole sociali, in combinato con la garanzia della libertà di impresa cui la suddetta flessibilità è funzionale, potevano costituire “pretesti” tali da consentire agli operatori economici di “aggirare” l'obbligo di riassorbimento, se non addirittura di adottare comportamenti opportunistici⁵⁴.

Il presente contributo è stato pubblicato durante l'iter di approvazione del decreto legislativo recante «Disposizioni integrative e correttive al codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36». Nello schema di decreto sottoposto a parere parlamentare nel novembre 2024, diverse previsioni esaminate in questo scritto sono oggetto di modifica e/o integrazione (cfr. art. 1

⁵⁴ Cfr. D. CAPOTORTO, *Clausole sociali e moral hazard: la regolazione che punisce il virtuoso e premia l'opportunist*, in: “Giornale di diritto amministrativo”, n. 1, 2021, p. 47 ss.

dello schema in relazione all'art. 11 del Codice; art. 14 dello schema in relazione all'art. 57 del Codice e art. 17 dello schema in relazione all'art. 61 del Codice). Le tempistiche editoriali non consentono di dar conto in questa sede di tali possibili novità, comunque già criticate da parte degli stakeholders. Ci si limita a osservare come lo schema di correttivo non stravolge, in relazione agli istituti esaminati, l'impostazione del d.lgs. n. 36/2023, venendo quindi confermate le linee di fondo indicate nel testo.

LA SOSTENIBILITÀ AMBIENTALE DEGLI ACQUISTI PUBBLICI: UN “BILANCIO DI SOSTENIBILITÀ” DEL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

SOMMARIO: 1. UNA PREMESSA: PERCHÉ PARLARE DI SOSTENIBILITÀ AMBIENTALE DEGLI APPALTI PUBBLICI? 2. I CRITERI AMBIENTALI MINIMI. 3. I DUBBI INTERPRETATIVI SOLLEVATI DALLA LETTURA DEL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI IN RIFERIMENTO AI CAM. 4. IL D.LGS. N. 36/2023 TRA SPINTE ECOLOGICHE E SPINTE ECONOMICHE: UN BILANCIO.

1. Una premessa: perché parlare di sostenibilità ambientale degli appalti pubblici?

Pare opportuno, prima di analizzare l’argomento oggetto di questo breve elaborato, soffermarsi sul motivo per il quale, tra i temi giuridici più di attualità, si collochi anche il tema dei cd. “appalti verdi”. Per rispondere a questo interrogativo, non si può prescindere dall’effettuare un previo inquadramento (per sommi capi) dell’evoluzione della disciplina della contrattualistica pubblica, dal momento che la risposta si annida proprio nell’interpretazione evolutiva di detta disciplina.

Come noto, la Pubblica Amministrazione, attraverso la contrattualistica pubblica, esercita la propria capacità di diritto privato (agisce *iure privatorum*)¹. Nell’esercizio della sua autonomia negoziale, tuttavia, essa

¹ Art. 1-bis l. n. 241/90: «*La pubblica amministrazione, nell’adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente*».

è vincolata al rispetto di alcune condizioni essenziali ad assicurare il corretto impiego delle risorse pubbliche e la massima qualità del servizio, del lavoro o della fornitura di cui necessita². Nello specifico, l'originaria collocazione della disciplina dei contratti pubblici all'interno della normativa sulla contabilità di Stato (r.d. 18 novembre 1923, n. 2440) trovava la sua ragion d'essere proprio nella necessità di garantire una corretta ed efficace gestione del denaro pubblico, tanto che il periodo che va dal 1924 ai primi anni '70 del secolo scorso è stato anche definito periodo «contabilistico»³. Il perseguimento di questo fine aveva delle inevitabili ricadute sul tipo di procedimento da utilizzare nella fase antecedente alla stipula del contratto, votata alla selezione del futuro contraente. La libertà della stazione appaltante è sempre stata limitata, in questa fase, infatti, da vincoli di natura pubblicistica (in origine, coincidenti solo con la necessità di garantire correttezza e trasparenza della selezione), che nel tempo sono divenuti sempre maggiori e si sono arricchiti di significato. Ciò che più di qualunque altra cosa ha comportato una graduale ridefinizione e un ampliamento di questi vincoli è stata la sempre più penetrante intromissione del diritto europeo nell'ordinamento interno.

² Si precisa di seguito qual è ordinariamente la prestazione oggetto di appalti di lavori, servizi e forniture. L'appalto di lavori costituisce il contratto che ha ad oggetto: a) l'esecuzione di lavori di costruzione, demolizione, rivestimento, etc.; b) l'esecuzione o la progettazione esecutiva e l'esecuzione di un'opera corrispondente alle esigenze specifiche dell'Amministrazione. L'esecuzione di lavori implica una modifica significativa dell'ambiente esistente, la quale modifica è tangibile e permanente (es. costruzione di strade o edifici pubblici). Il corrispettivo, in questi contratti, è generalmente basato su un computo metrico-estimativo delle lavorazioni da eseguire. L'appalto di servizi ha ad oggetto la prestazione periodica o continuativa di servizi individuati dalla Amministrazione (es. servizio di pulizia, consulenza, manutenzione) e il corrispettivo, in questi casi, è espresso in termini di canone periodico. L'appalto di forniture ha ad oggetto l'acquisto, la locazione finanziaria, la locazione o l'acquisto a riscatto di prodotti (es. acquisto di macchinari sanitari per ospedali pubblici) e il corrispettivo è generalmente espresso in questi casi in termini di costo unitario o totale del prodotto. [F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo. Parte generale e parte speciale*, XVI Edizione, Dike, Roma, 2023, p. 1325; P. CAPRIOTTI, *Manuale per l'ufficio gare delle imprese dei lavori pubblici*, Maggioli editore, Rimini, 2024, p. 33].

³ E. CARUSO, *La funzione sociale dei contratti pubblici. Oltre il primato della concorrenza?*, Jovene, Napoli, 2021, p. 136.

Dagli inizi degli anni '70 del secolo scorso, la normativa interna ha iniziato a vedere importanti modifiche, apportate dalla copiosa legislazione di stampo europeo atta a tutelare il mercato unico⁴ e la concorrenza tra operatori economici provenienti da tutta l'Europa⁵. Si è passati da un regime di tendenziale chiusura del mercato (o quantomeno di concorrenza imperfetta) ad un regime liberalizzato del mercato⁶, nettamente proiettato alla concorrenza⁷. La normativa europea interessava tutte le commesse pubbliche che avessero una rilevanza tale da poter coinvolgere operatori economici di tutti i Paesi europei, individuando l'Unione a tale scopo un meccanismo di distinzione tra appalti di elevato valore economico e di basso valore economico, basato su prestabilite soglie specifiche di importo. Alle procedure sopra la soglia comunitaria sono state riservate particolari regole di garanzia, affinché si svolgessero secondo meccanismi che preservassero la libera concorrenza tra operatori e la parità del loro trattamento⁸. Le norme in questione riguardavano la pubblicità della gara, l'ammissione alle procedure, la definizione di adeguate specifi-

⁴ Le disposizioni che legittimano l'intervento dell'Unione in questo specifico senso sono gli artt. 63, 62 e 114 TFUE, che si occupano rispettivamente della libertà di stabilimento, della libera prestazione dei servizi e del riavvicinamento delle normative nazionali che hanno ad oggetto il funzionamento del mercato interno. Nello specifico, l'armonizzazione delle normative degli Stati membri in materia di pubblici appalti è iniziata con la direttiva del Consiglio 26 luglio 1971, 71/305/CEE.

⁵ F. MASTRAGOSTINO, E. TRENTI, "La disciplina dei contratti pubblici fra diritto interno e normativa comunitaria", in: *Diritto dei contratti pubblici. Assetto e dinamiche evolutive alla luce del nuovo codice, del decreto correttivo 2017 e degli atti attuativi*, a cura di F. Mastragostino, Giappichelli, Torino, 2017, p. 2 ss.

⁶ Tale diversa impostazione è stata poi positivizzata espressamente nell'Atto Unico Europeo (firmato il 17 e il 28 febbraio 1986 ed entrato in vigore il 1° luglio 1987), all'art. 130F (comma 2).

⁷ A. MASSERA, *Lo Stato che contratta e che si accorda. Vicende della negoziazione con le PP.AA., tra concorrenza per il mercato e collaborazione con il potere*, Pisa University Press, Pisa, 2012, p. 38.

⁸ Art. 18, comma 1, direttiva 2014/24/UE: «Le amministrazioni aggiudicatrici trattano gli operatori economici su un piano di parità e in modo non discriminatorio e agiscono in maniera trasparente e proporzionata».

che tecniche, la previsione di determinati modelli di gara da preferire, l'indicazione di determinati criteri di aggiudicazione⁹. Quest'ultimo aspetto è estremamente rilevante, in quanto, nel tempo, è mutato anche il concetto di "miglior offerente"; il quale, inizialmente, coincideva con il soggetto che si dichiarava disponibile a fornire la prestazione indicata nel bando di gara *al prezzo più basso*¹⁰ e, successivamente, è divenuto il soggetto che presentasse un'offerta contenente le migliori condizioni contrattuali sotto il profilo, oltre che puramente economico, anche qualitativo. E, con un grande lavoro interpretativo svolto dalla Corte di Giustizia europea¹¹, il novero degli elementi identifica-

⁹ M. CAFAGNO, *L'evoluzione dei fini e del disegno delle pubbliche gare*, Giuffrè, Milano, 2021, p. 3.

¹⁰ La scelta dell'Amministrazione doveva ricadere sulla offerta "più conveniente", come anche specificatamente riportato nella disciplina del 1924: «*Dopo lette tutte le offerte, l'autorità che precede l'asta prende cognizione del prezzo stabilito nella scheda segreta e del limite di cui al comma secondo del presente articolo, se tale limite sia stato stabilito, ed eliminate dalla gara le offerte che lo abbiano oltrepassato, aggiudica il contratto al migliore offerente, senza palesare il prezzo stabilito nella scheda*» (art. 75, comma 12).

¹¹ Il riferimento, nello specifico, per il settore che qui ci riguarda (dunque, gli appalti verdi), va a quello che viene considerato il *leading case* in materia, lo storico caso *Concordia Bus Finland* (C-513/99, sentenza del 17 settembre 2002) nel quale si chiarì una volta per tutte che le stazioni appaltanti potevano tenere in considerazione i criteri ambientali, al pari di criteri "secondari", nel valutare le offerte presentate dagli operatori economici. Nello specifico, il Comune di Helsinki (Finlandia) aveva indetto una gara per aprire alla concorrenza il servizio pubblico urbano del Comune. La *Concordia bus*, risultata non vincitrice all'esito della procedura, fece ricorso avverso l'aggiudicazione, sostenendo che quest'ultima fosse parziale e discriminatoria, in quanto basata sulla considerazione di criteri ambientali quali la riduzione delle emissioni di ossido di azoto o del livello sonoro dei veicoli. Ciò avrebbe, a parere dell'impresa, ristretto la cerchia degli operatori economici che erano nella effettiva possibilità di competere, senza, peraltro, che la previsione di criteri ambientali da porre a base della valutazione delle offerte trovasse riscontro nella normativa europea sugli appalti. Il giudice nazionale adito, in considerazione del dubbio interpretativo sorto, rimise la questione in via pregiudiziale alla Corte di Giustizia, che si pronunciò sulla questione chiarendo che l'art. 36, n. 1, lett. a), della direttiva 92/50/CEE, nel definire quali potessero essere i criteri da tenere in conside-

tivi della “qualità” di un’offerta si è ampliato, comprendendo anche tutti gli elementi di carattere sociale¹² e ambientale. Ciò è dovuto, in parte, alla crescente importanza che il perseguimento di finalità sociali e ambientali ha assunto per la comunità (del resto gli obiettivi di solidarietà sono posti anche dalla nostra stessa Carta costituzionale¹³) e, in parte, alla maturata consapevolezza della elevata capacità che le Pubbliche amministrazioni avevano di influenzare il mercato delle imprese attraverso un uso strategico della contrattualistica pubblica, realizzandosi un fenomeno definito in dottrina come «*governare per contratto*»¹⁴. Basti pensare che il valore degli acquisti pubblici, in Italia, nel 2023, è stato pari a 374 miliardi di euro, corrispondente

razione nella fase di valutazione dell’offerta, stilava, in realtà, un elenco *meramente esemplificativo*, ammettendo, dunque, anche che la stazione appaltante potesse prevedere criteri di tipo ecologico, non dovendo avere i criteri adottati necessariamente una natura esclusivamente economica. La Corte specificò, peraltro, che la norma dovesse essere interpretata in questo senso “ecologicamente orientato” anche alla luce del *principio di integrazione* di cui all’art. 6 CE, in base al quale «*Le esigenze connesse con la tutela dell’ambiente devono essere integrate nella definizione e nell’attuazione delle politiche e azioni comunitarie [...], in particolare nella prospettiva di promuovere lo sviluppo sostenibile.*». Ad oggi questa disposizione è contenuta all’art. 11 del TFUE. Molti sono i commenti alla sentenza. Tra i tanti si vedano quelli di M. LOTTINI, *Appalti comunitari: sulla ammissibilità di criteri di aggiudicazione non prettamente economici*, in: “Foro amministrativo: Consiglio di Stato”, n. 9, 2002, pp. 1936-1957; M. BROCCA, *Criteri ecologici nell’aggiudicazione degli appalti*, in: “Urbanistica e Appalti”, n. 2, 2003, pp. 173-178.

¹² L’uso strategico della contrattualistica pubblica, con specifico riferimento alle politiche sociali, ha radici storiche ben più antiche di quelle descritte, sebbene inizialmente non fosse un uso generalizzato, ma indirizzato al conseguimento di specifici obiettivi politici (quali, ad esempio, l’investimento di cospicue somme di denaro nella realizzazione di lavori pubblici localizzati nel mezzogiorno, per favorire lo sviluppo lavorativo in quelle zone ed impiegare i lavoratori del Sud). Sul punto, si veda la ricostruzione storica effettuata da E. CARUSO, *La funzione sociale dei contratti pubblici. Oltre il primato della concorrenza?*, cit., p. 147 ss.

¹³ *Ivi*, p. 152.

¹⁴ Così J. FREEMAN, M. MINOW, *Government by Contract: Outsourcing and American Democracy*, Harvard University Press, Cambridge, 2009.

a circa il 15-20% del valore del Pil. Tale dato è alquanto eloquente e spiega il motivo per il quale l'acquisto pubblico sia un ottimo veicolo per introdurre una spinta sostenibile nel mercato delle imprese.

Per riassumere, a mutare è stata la stessa causa del contratto, la quale, originariamente, era guidata da sole esigenze contabilistiche (concezione cd. unipolare), poi guidata anche dalla necessità di perseguire l'interesse concorrenziale e alla libera circolazione (concezione cd. bipolare) e, da ultimo, connotata da una pluralità di altri fini, tra i quali quelli sociali e ambientali (concezione cd. multipolare)¹⁵. L'interesse ambientale, nello specifico, ad oggi, «penetra e colora la causa del contratto»¹⁶ e i tanti strumenti di sostenibilità ambientale permeano l'intera disciplina dei contratti pubblici; tanto che la procedura di gara pubblica è stata, infatti, anche definita un «segmento dell'economia circolare»¹⁷. La contrattualistica pubblica sostenibile è, dunque, il prodotto del bilanciamento principalmente di due valori: la tutela ambientale e quella economica. L'utilizzo della leva del potere di acquisto pubblico è una valida strategia atta a mitigare gli effetti della crisi ecologica che la presente generazione deve necessariamente fronteggiare.

Questo è il motivo per il quale, ad oggi, si affronta un tema come quello degli strumenti di sostenibilità ambientale nelle procedure di gara pubblica.

2. I criteri ambientali minimi.

Anzitutto si chiarisce cosa si intende con l'espressione "appalti verdi"; essa sta ad indicare l'insieme degli strumenti giuridici volti a promuovere la graduale integrazione degli interessi ambientali nella

¹⁵ Il Consiglio di Stato ricostruisce in questi termini l'evoluzione normativa della causa dei contratti pubblici nella sent. 27 maggio 2024, n. 4701, punto 8.2.

¹⁶ M. PENNASILICO, *Contratto ecologico e conformazione dell'autonomia negoziale*, in: "Rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente", n. 1, 2017, p. 14.

¹⁷ Così Cons. di Stato, sent. n. 8773 del 14 ottobre 2022.

disciplina legislativa dei contratti pubblici aventi ad oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di beni o la prestazione di servizi¹⁸.

In Italia sono state introdotte considerazioni di carattere ambientale nelle politiche di acquisto pubbliche già alla fine degli anni Novanta¹⁹. La più specifica possibilità di includere "clausole eteronome"²⁰ come quelle ambientali nei documenti di gara è stata riconosciuta a livello giurisprudenziale già durante i primi anni del 2000²¹.

A livello normativo, invece, la cura ambientale ha fatto il suo ingresso ufficiale nel 2006, con l'art. 68, comma 3, lett. *b*) del Codice dei contratti pubblici di allora (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163)²², che rendeva

¹⁸ F. SCHIZZEROTTO, *I principali provvedimenti europei ed italiani in materia di Green Public Procurement*, in "Rivista giuridica dell'ambiente", n. 6, 2004, p. 967. In dottrina, gli appalti verdi sono anche considerati come «*l'insieme delle politiche di acquisto adottate, delle azioni intraprese e delle relazioni formate in risposta alle preoccupazioni associate all'ambiente naturale*» («*the set of purchasing policies held, action taken, and relationships formed in response to concerns associated with the natural environment*») [Cfr. G.A.ZISIDIN, S.P.SIFRED, *Environmental Purchasing: A Framework for Theory Development*, in: "European Journal Purchasing & Supply Management", n. 7, 2001, p. 69].

¹⁹ A titolo di esempio, si cita il d.lgs. n. 22/1997, cd. decreto Ronchi (nello specifico, il riferimento è all'art. 19, comma 4, d.lgs. 22 del 5 febbraio 1997), che prevedeva un vincolo di acquisto della carta riciclata per il 40% del fabbisogno dell'Amministrazione. Tuttavia questa e poche altre simili previsioni erano state adottate: a) con singoli atti legislativi; b) in maniera disorganica e settoriale; c) solo in riferimento a pochissime categorie di merci.

²⁰ A. MASCOLO, "Gli appalti sostenibili: il difficile equilibrio tra concorrenza, responsabilità sociale e autonomia amministrativa", in: *Costruire e acquistare. Lezioni sul nuovo Codice dei contratti pubblici*, a cura di M. Macchia, Giappichelli, Torino, 2024, pp. 194 e 195.

²¹ Il Consiglio di Stato nel 2001, in linea con la giurisprudenza comunitaria, aveva riconosciuto come la normativa nazionale e comunitaria non ostassero all'introduzione di criteri di carattere non strettamente economico tra quelli utilizzabili in sede di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Si vedano, in questo senso, le sentenze: Cons. St., sez. V, sent. 15 settembre 2001, n. 4820; Cons. St., sez. VI, sent. 22 gennaio 2001, n. 192.

²² L'art. 68, comma 3, lett. *b*) d.lgs. 163/2006 prevedeva che le specifiche tecniche fossero formulate «*in termini di prestazioni o di requisiti funzionali, che possono includere caratteristiche ambientali. Devono tuttavia essere sufficientemente*

facoltativo l'utilizzo di criteri ambientali in riferimento, però, alle *specifiche tecniche*²³ (su cui si tornerà a breve). Successivamente, la disciplina è stata implementata comprendendo l'uso di criteri ambientali anche nella fase di valutazione dell'offerta migliore e in altre fasi.

Ma quando un *computer*, un foglio di carta, un arredo, un servizio di pulizia sono “verdi”²⁴? E chi è chiamato a stabilirlo? Affinché la prestazione offerta dall'operatore economico possa definirsi “verde” è necessario che siano rispettate alcune prescrizioni a tutela dell'ambiente durante le fasi di produzione, trasporto, smaltimento, manutenzione, utilizzazione del prodotto, erogazione del servizio, etc.. Dunque, stando all'esempio del computer, o del foglio di carta, le prescrizioni a tutela dell'ambiente che l'operatore economico dovrà osservare riguarderanno sia il materiale con il quale questi oggetti vengono costruiti, sia la catena di produzione che c'è dietro; ma anche le modalità attraverso le quali tali oggetti vengono trasportati e il processo di smaltimento che essi dovranno subire al termine della propria vita utile. Tutte queste prescrizioni ambientali rientrano nella categoria dei cd. “criteri ambientali”, che vengono considerati durante la procedura ad evidenza pubblica, a vario titolo: a titolo di specifiche tecniche, di clausole contrattuali, di criteri di aggiudicazione, di requisiti soggettivi ambientali di partecipazione. Tuttavia, non tutti quelli appena elencati sono criteri ambientali da considerare *obbligatoriamente* nella procedura di appalto, come si dirà.

I criteri ambientali, originariamente, venivano individuati di volta in volta dalla singola stazione appaltante che indiceva la gara d'appalto, ma molte Amministrazioni non avevano sufficienti mezzi né adeguate competenze tecniche per elaborare dei criteri ambientali

precisi da consentire agli offerenti di determinare l'oggetto dell'appalto e alle stazioni appaltanti di aggiudicare l'appalto».

²³ G. MASTRODONATO, *Gli strumenti privatistici nella tutela amministrativa dell'ambiente*, in: “Rivista giuridica dell'ambiente”, n. 5, 2010, pp. 707-732.

²⁴ G. QUINTO, *Le variabili ambientali nella disciplina degli appalti pubblici. Storia di un difficile equilibrio tra tutela dell'ambiente e promozione dello sviluppo economico*, in: “Ambientedititto.it”, n. 1, 2020, p. 22.

pertinenti alla prestazione oggetto dell'appalto. Per tale motivo, a partire dal 2008 è stato ideato un sistema che agevolasse il lavoro delle Amministrazioni, consistente nella predisposizione di decreti ministeriali contenenti dei criteri ambientali di base, definiti “criteri ambientali minimi” (d’ora innanzi, CAM), dai quali le Amministrazioni potessero attingere per la predisposizione di bandi di gara attenti alle esigenze di tutela ambientale. Si precisa che le Amministrazioni sono, comunque, sempre libere di inserire nel bando di gara criteri ambientali più stringenti rispetto a quelli stabiliti nei decreti ministeriali.

L’*iter* che precede l’emanazione dei decreti ministeriali contenenti i criteri ambientali minimi viene definito “a cascata” per via della sua struttura a tre livelli (legge, atto amministrativo generale e atti amministrativi puntuali)²⁵. La legge, anzitutto, fornisce un elenco di settori merceologici in relazione ai quali indicare dei criteri ambientali minimi²⁶; tuttavia, essendo tale elenco meramente indicativo, sarà il livello amministrativo a dover individuare le specifiche categorie merceologiche nel dettaglio. Le categorie merceologiche sono individuate dal Ministero dell’ambiente e della sicurezza energetica²⁷, nel cd. *Piano d’azione per la sostenibilità dei consumi nel settore della Pubblica Amministrazione* (PAN GPP, decreto interministeria-

²⁵ F. DE LEONARDIS, *L’uso strategico della contrattualistica pubblica: tra GPP e obbligatorietà dei CAM*, in: “Rivista quadrimestrale di diritto dell’ambiente”, n. 3, 2020, p. 79; R. COSTANZO, *Lo sviluppo sostenibile negli appalti pubblici. I criteri ambientali minimi*, in: “Ambientediritto.it”, n. 1, 2023, p. 7.

²⁶ All’art. 1, comma 1126, la legge n. 296/2006 prevedeva che si dovessero definire a livello amministrativo le specifiche tecniche relative ai vari settori e, al successivo comma 1127 indicava i settori di riferimento in relazione ai quali il Piano avrebbe dovuto indicare obiettivi di sostenibilità ambientale da raggiungere: a) arredi; b) materiali da costruzione; c) manutenzione delle strade; d) gestione del verde pubblico; e) illuminazione e riscaldamento; f) elettronica; g) tessile; h) cancelleria; i) ristorazione; l) materiali per l’igiene; m) trasporti.

²⁷ Il Ministero dell’ambiente venne istituito con l. n. 349/1986. Successivamente ha assunto diverse denominazioni: *Ministero dell’ambiente e della tutela del territorio* (con d.lgs. n. 300/1999); *Ministero dell’ambiente e della tutela del territorio e del mare* (2006); *Ministero della transizione ecologica* (con d.l. n. 22/2021); da ultimo, *Ministero dell’ambiente e della sicurezza energetica* (4 novembre 2022).

le n. 135 dell'11 aprile 2008, ora aggiornato con d.m. n. 259 del 3 agosto 2023)²⁸. Ad oggi si contano venti categorie merceologiche²⁹ e per ognuna di esse vi sono altrettanti decreti ministeriali (adottati anch'essi dal Ministero dell'ambiente) che ne definiscono i criteri ambientali minimi³⁰. Questi contengono indicazioni puntuali su:

²⁸ G. CREPALDI, R. MICALIZZI, *Eco-sostenibilità e contratti pubblici: la selezione delle imprese e delle offerte secondo criteri ambientali*, in: "federalismi.it", n. 14, 2023, p. 73; C. LUSCARI, *Green public procurement e sviluppo sostenibile: il Piano di Azione Nazionale e i decreti attuativi*, in: "Diritto e pratica amministrativa", n. 9, 2013, pp. 47-50.

²⁹ A. DEPIETRI, *Il green public procurement tra riforme, mercato ed effettività*, in: "Munus", n. 3, 2023, p. 818. I macrosettori di riferimento sono i seguenti: arredi per interni (d.m. 23 giugno 2022); arredo urbano (d.m. 7 febbraio 2023); ausili per l'incontinenza (d.m. 24 dicembre 2015); calzature da lavoro e accessori in pelle (d.m. 17 maggio 2018); carta (d.m. 4 aprile 2013); cartucce (d.m. 17 ottobre 2019); edilizia (d.m. 23 giugno 2022); eventi culturali (d.m. 19 ottobre 2022); illuminazione pubblica, fornitura e progettazione (d.m. 27 settembre 2017); illuminazione pubblica, servizio (d.m. 28 marzo 2018); lavaggio industriale e noleggio di tessili e materasseria (d.m. 9 dicembre 2020); pulizie e sanificazione (d.m. 29 gennaio 2021); Rifiuti urbani e spazzamento stradale (d.m. 23 giugno 2022); ristorazione collettiva (d.m. 10 marzo 2020); ristoro e distributori automatici (d.m. 6 novembre 2023); servizi energetici per gli edifici (d.m. 7 marzo 2012); stampanti (d.m. 17 ottobre 2019); tessili (d.m. 7 febbraio 2023); veicoli (d.m. 17 giugno 2021); verde pubblico (d.m. 10 marzo 2020). Con Decreto direttoriale 31 marzo 2023, n. 15 è stata definita la programmazione delle attività volte alla definizione dei criteri ambientali minimi per l'anno 2023 per cui era stata prevista l'emissione di CAM nuovi relativi ai settori: fornitura di calzature (CAM attualmente non rinnovati), edilizia (CAM attualmente non rinnovati), fornitura e noleggio di PC, servizi energetici per gli edifici (CAM attualmente non rinnovati), servizio di trasporto pubblico locale e scolastico su gomma e uscite didattiche, viaggi di istruzione, affidamento di servizi correlati al trasporto pubblico locale (car sharing, scooter sharing, bike sharing (nuovo settore merceologico, ancora mai regolamentato sin'ora), servizio di progettazione ed esecuzione dei lavori di costruzione, manutenzione e adeguamento delle infrastrutture stradali (nuovo settore merceologico, ancora mai regolamentato sin'ora). [C. ZANETTE, "Altri strumenti di sostenibilità ambientale", in: *Ambiente 2024, manuale normo-tecnico*, a cura di E. Blasizza, Wolters Kluwer, Milano, 2024, p. 1418.]

³⁰ T. CELLURA, *L'applicazione dei criteri ambientali minimi negli appalti pubblici. Gli acquisti verdi dopo il correttivo al nuovo Codice degli appalti* (d.lgs. n. 56/2017), Maggioli editore, Rimini, 2018, p. 71; M. LANCERI, *Il green public procurement diventa legge: la legge regionale Puglia 1 agosto 2006, n. 23 e la legge finanziaria per il 2007*, in: "Rivista giuridica dell'ambiente", n. 2, 2008, p. 481;

specifiche tecniche, ma anche eventualmente criteri di aggiudicazione, clausole contrattuali e requisiti soggettivi di partecipazione che valorizzano gli aspetti ambientali dell'offerta.

Si precisa che le singole Amministrazioni possono anche, eventualmente, prevedere criteri ambientali in riferimento a categorie di appalto non rientranti tra quelle disciplinate dai decreti ministeriali³¹, ma in tali casi è necessario che i criteri ambientali siano «*validi dal punto di vista scientifico, verificabili da parte dell'ente aggiudicatore, e realizzabili per le imprese offerenti*»³²³³.

Ad oggi l'utilizzo dei criteri ambientali minimi è in parte obbligatorio e in parte facoltativo. È certamente obbligatorio l'inserimento, nei documenti di gara, delle specifiche tecniche e delle clausole contrattuali previste dai criteri ambientali minimi contenuti nei decreti ministeriali; vi sono molti dubbi interpretativi, invece, in relazione all'obbligatorietà o meno di utilizzo dei criteri ambientali premianti previsti dai decreti ministeriali, mentre è certamente facoltativa la previsione di requisiti soggettivi di partecipazione di stampo ambientale.

La attuale disciplina sull'utilizzo dei CAM è contenuta in più articoli del vigente Codice. Nello specifico, la disciplina delle specifiche tecniche e delle clausole contrattuali è contenuta all'art. 57, comma 1,³⁴ di cui al

G. QUINTO, "L'istituto degli appalti verdi nell'esperienza legislativa italiana", in: *Le nuove frontiere dell'eco-diritto*, a cura di A. Bonomo, L. Tafaro, A. F. Uricchio, Cacucci editore, Bari, 2021, p. 295.

³¹ V. GIAMPIERO, *Nuovi CAM per ristoro e distributori automatici: sviluppo sostenibile e tutela della salute*, in: "Ambiente e sviluppo", n. 2, 2024, p. 89.

³² C. IRTI, *Gli "appalti verdi" tra pubblico e privato*, in: "Contratto e impresa/Europa", 2017, p. 191.

³³ Anche il PAN GPP attualmente vigente fornisce tali indicazioni in maniera chiara al punto 3.3 (d.m. n. 259 del 3 agosto 2023).

³⁴ Art. 57, comma 1, d.lgs. 36/2023: «*Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti contribuiscono al conseguimento degli obiettivi ambientali previsti dal Piano d'azione per la sostenibilità ambientale dei consumi nel settore della pubblica amministrazione attraverso l'inserimento, nella documentazione progettuale e di gara, almeno delle specifiche tecniche e delle clausole contrattuali contenute nei criteri ambientali minimi, definiti per specifiche categorie di appalti e concessioni, differenziati, ove tecnicamen-*

d.lgs. 36/2023; quella dei criteri premianti è contenuta all'art. 57, comma 2, e quella dei requisiti soggettivi di partecipazione è contenuta all'art. 100 del Codice³⁵. Ma cosa sono le specifiche tecniche, le clausole contrattuali, i requisiti di partecipazione e i criteri premianti ambientali?

Le specifiche tecniche sono requisiti ambientali³⁶ attraverso i quali la stazione appaltante prescrive che i concorrenti adottino determinati livelli di prestazione ambientale (definiscono le caratteristiche minime che devono avere i lavori, i servizi o le forniture per poter partecipare alla gara d'appalto)³⁷ e che, al contempo, non superino il livello massimo accettabile di ripercussione del prodotto, lavoro o servizio sull'ambiente³⁸. La presentazione di una offerta non conforme alle specifiche tecniche dettate dal bando di gara giustifica l'esclusione dell'offerente dalla procedura stessa o, se accertata in giudizio, determina la «*caducazione dell'intera procedura e l'integrale riedizione della stessa*»³⁹, con il conseguente accoglimento (ai sensi dell'art. 122 del Codice del processo amministrativo) della domanda volta

te opportuno, anche in base al valore dell'appalto o della concessione, con decreto del Ministero dell'ambiente e della sicurezza energetica e conformemente, in riferimento all'acquisto di prodotti e servizi nei settori della ristorazione collettiva e fornitura di derrate alimentari, anche a quanto specificamente previsto dall'articolo 130».

³⁵ Art. 100 Codice dei contratti pubblici: «*Sono requisiti di ordine speciale: a) l'idoneità professionale; b) la capacità economica e finanziaria; c) le capacità tecniche e professionali. Le stazioni appaltanti richiedono requisiti di partecipazione proporzionati e attinenti all'oggetto dell'appalto*».

³⁶ Consiglio di Stato, sez. III, sent. 23 agosto 2022, n. 7378.

³⁷ G. G. GIAMMARELLI, E. CICCARESE, *Green e-procurement*, Giuffrè, Milano, 2021, p. 35.

³⁸ Un esempio di questi due modi di intendere le specifiche tecniche viene offerto dal Manuale sugli appalti pubblici verdi "Acquistare verde!" (ora giunto alla terza edizione), predisposto dalla Commissione europea, all'interno del quale si legge: «*si può esigere che un computer consumi al massimo una data quantità di energia all'ora, oppure che un veicolo non emetta più di una certa quantità di inquinanti*» (Manuale "Acquistare verde!", III edizione, 2016, p. 31).

³⁹ Cons. Stato, sent. n. 8773/2022.

alla declaratoria di inefficacia del contratto nel frattempo eventualmente stipulato tra l'impresa aggiudicataria e l'Amministrazione⁴⁰.

Le clausole contrattuali si riferiscono ai requisiti di esecuzione del contratto e devono essere previste anch'esse, come accennato, già nel bando di gara. Tali clausole fanno riferimento, ad esempio, al recupero, riciclaggio o riutilizzo dei materiali adoperati dall'appaltatore⁴¹ oppure all'utilizzo di determinate modalità di esecuzione della prestazione⁴².

I requisiti di qualificazione soggettiva dell'operatore economico sono requisiti di ordine speciale e attestano l'idoneità dell'operatore economico a poter eseguire una determinata commessa pubblica. Essi attengono alla capacità tecnica, professionale, economica del futuro affidatario (art. 100 d.lgs. 36/2023)⁴³, ben potendo tra queste essere ricompresa anche la capacità dell'operatore ad eseguire l'appalto in maniera ecosostenibile⁴⁴.

⁴⁰ R. COSTANZO, *Lo sviluppo sostenibile negli appalti pubblici. I criteri ambientali minimi*, cit., p. 11; M. R. SILVESTRI, *Art. 57*, in L. Perfetti (a cura di), *Codice dei contratti pubblici commentato*, Wolters Kluwer, Milano, 2023, p. 374. Per la prima volta, con la sentenza n. 2795/2023, il Consiglio di Stato ha anche avuto modo di esprimersi sulla legittimità o meno del contratto *medio tempore* stipulato, dichiarandone l'inefficacia [A. IURASCU, *L'inefficacia del contratto pubblico concluso in violazione dei criteri ambientali minimi (CAM)*, in: "Giurisprudenza italiana", n. 2, 2023, p. 402].

⁴¹ Ad esempio, nel d.m. 23 giugno 2022 contenente i CAM – Arredi è previsto che l'aggiudicatario effettui la riparazione degli arredi, il disassemblaggio delle parti dell'arredo per l'eventuale recupero di pezzi di ricambio degli arredi non riparabili, il trasporto dei materiali differenziati omogenei per consentirne il riciclo dei materiali residuali indifferenziati in impianti autorizzati (p. 160).

⁴² G. QUINTO, *Le variabili ambientali nella disciplina degli appalti pubblici. Storia di un difficile equilibrio tra tutela dell'ambiente e promozione dello sviluppo economico*, cit., p. 14. Se, per esempio, dovesse essere aggiudicato un servizio di ristorazione, potrà chiedersi all'operatore economico di ridurre gli imballaggi all'interno dei quali conservare gli alimenti o di utilizzare apparecchiature a basso consumo energetico..

⁴³ Art. 100, comma 1, d.lgs. 36/2023: «1. Sono requisiti di ordine speciale: a) l'idoneità professionale; b) la capacità economica e finanziaria; c) le capacità tecniche e professionali».

⁴⁴ F. CARDARELLI, *Criteri di aggiudicazione*, in M.A.Sandulli-R. De Nictolis (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, vol. III, Giuffrè, Milano, 2019, p. 555. Eseguire l'appalto in maniera sostenibile significa dimostrare di avere, ad esempio, la capacità di ridurre al minimo i rifiuti prodotti, di evitare spargimento/perdita di inquinanti, di

A titolo di esempio, può essere chiesto all'operatore economico di provare il possesso di sistemi di gestione ambientale⁴⁵, che garantiscano la qualità ambientale del processo produttivo nel suo complesso⁴⁶.

I criteri ambientali premianti costituiscono criteri di aggiudicazione della gara⁴⁷, che operano nella fase di scelta dell'aggiudicatario e vengono tenuti in considerazione per l'applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (*ex art. 57, comma 2, d.lgs. 36/2023*). Anche tali criteri devono essere specificati nel bando, non solo riguardo alla tipologia ma anche in relazione al peso e all'incidenza riconosciuta dalla stazione appaltante a ciascuno di essi⁴⁸. I criteri premianti si distinguono, quindi, dalle specifiche tecniche in quanto queste ultime, qualora non rispettate nell'offerta, precludono del tutto all'operatore economico la possibilità di partecipare alla procedura (perché la presentazione delle offerte non conformi ai criteri giustifica l'esclusione dell'offerente dalla gara, come visto), mentre i criteri ambientali premianti servono ad attribuire un maggiore punteggio all'offerta che presenti particolari caratteristiche ambientali maggiormente rispettose dell'ambiente⁴⁹.

ridurre il consumo di carburante o minimizzare la perturbazione degli *habitat* naturali [G. G. GIAMMARELLI, E. CICCARESE, *Green e-procurement*, cit., p. 41].

⁴⁵ G. FIDONE, F. MATALUNI, *Gli appalti verdi nel Codice dei Contratti Pubblici*, in "Rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente", n. 3, 2016, p. 50.

⁴⁶ I sistemi di gestione ambientale consentono alle imprese di avere un quadro dei loro impatti ambientali, perché monitorano l'intero processo produttivo sotto tutti i punti di vista. A titolo di esempio, il monitoraggio riguarda l'impiego delle risorse naturali, come acqua e energia, ma anche la formazione del personale e l'utilizzo di metodi produttivi rispettosi dell'ambiente.

⁴⁷ In base all'art. 108, comma 4, d.lgs. 36/2023, infatti, «*I documenti di gara stabiliscono i criteri di aggiudicazione dell'offerta, pertinenti alla natura, all'oggetto e alle caratteristiche del contratto. In particolare, l'offerta economicamente più vantaggiosa, individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, è valutata sulla base di criteri oggettivi, quali gli aspetti qualitativi, ambientali o sociali, connessi all'oggetto dell'appalto*».

⁴⁸ B. FENNI, *Il Green Public Procurement come strumento di sviluppo sostenibile*, in: "Ambientediritto", 26 novembre 2014, p. 8.

⁴⁹ Ad esempio, tra i criteri premianti stabiliti nel d.m. 23 giugno 2022 contenente i CAM per il settore dell'Arredo, vi è quello dell'estensione della Garanzia del prodotto d'arredo (p. 161). Nello specifico, il criterio stabilisce che vengono

3. I dubbi interpretativi sollevati dalla lettura del nuovo Codice dei contratti pubblici in riferimento ai CAM

Il primo nodo interpretativo da sciogliere è se l'obbligo del rispetto dei CAM (per le specifiche tecniche e le clausole contrattuali⁵⁰), di cui all'art. 57, comma 1, del nuovo Codice, sia trasversale a tutte le procedure di affidamento o meno, indipendentemente dal valore dell'appalto. Il vecchio art. 34 del Codice del 2016 stabiliva infatti che i criteri ambientali minimi «*si applica[ssero] per gli affidamenti di qualunque importo*», dunque tale regola valeva tanto agli appalti sopra che sotto la soglia comunitaria⁵¹. Questa disposizione importante non è stata trasfusa, tuttavia, nel nuovo Codice dei contratti pubblici, il quale, all'art. 57, stabilisce che i criteri ambientali minimi obbligatori definiti dai decreti ministeriali sono «*differenti, ove tecnicamente opportuno, anche in base al valore dell'appalto o della concessione, con decreto del Ministero dell'ambiente e della sicurezza energetica*». Questa graduazione dei criteri ambientali di cui all'art. 57, non deve essere stabilita, quindi, di volta in volta dalle singole stazioni appaltanti, ma dal Ministero dell'ambiente attraverso i suoi decreti ministeriali⁵². Si constata come non tutti i decreti ministeriali sono stati aggiornati dopo l'entrata in vigore del nuovo Codice dei contratti e dunque, ad oggi, non si conosce

attribuiti punteggi premianti ad ogni anno di garanzia aggiuntiva rispetto al minimo di legge, secondo lo schema seguente: 4 o più anni di garanzia extra: x punti (valore di "x" scelto dalla stazione appaltante); 3 anni di garanzia extra: 0.75x punti; 2 anni di garanzia extra: 0.5x punti; 1 anno di garanzia extra: 0.25x punti.

⁵⁰ Sull'obbligatorietà o meno dei criteri premianti si tornerà, invece, più avanti.

⁵¹ M. MAURI, L. CARPINETI, *Il manuale degli appalti verdi, dopo il decreto correttivo (d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56)*, Maggioli editore, Rimini, 2017, p. 22.

⁵² Anche la giurisprudenza amministrativa interpreta il testo della nuova disposizione in tal senso. Consiglio di Stato, sent. 27 maggio 2024, n. 4701: «*fermo restando, comunque, che la parte della previsione del citato art. 57 avente ad oggetto la graduazione, ove possibile, dei criteri sulla base del valore del contratto non è rivolta alle stazioni appaltanti, ma all'attività di predisposizione dei decreti ministeriali*».

ancora il parametro che utilizzerà il Ministero per adeguare i CAM al valore del singolo appalto⁵³.

La formulazione della norma suggerisce che la scelta del legislatore sia andata nella direzione di predisporre una disciplina maggiormente elastica⁵⁴, allo scopo di adeguare i criteri ambientali al valore del singolo appalto⁵⁵, senza lasciare, però, margine alla stazione appaltante per escludere totalmente l'applicazione dei CAM dalla procedura di acquisto. Secondo la dottrina, a confermarlo ulteriormente sarebbe l'art. 48 del nuovo Codice, il quale prevede, comunque, che «*l'affidamento e l'esecuzione dei contratti aventi per oggetto lavori servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea si svolgono nel rispetto dei principi di cui al Libro I, Parti I e II*» e che ai contratti sottosoglia «*si applicano, se non derogate dalla presente Parte, le disposizioni del Codice*» (comma 4)⁵⁶.

⁵³ Ad esempio, con d.m. del 6 novembre 2023, sono stati adottati i CAM per il settore ristoro e per i distributori automatici a servizio della Pubblica Amministrazione, ma all'interno del decreto ministeriale non è stata prevista alcuna forma di graduazione degli stessi in proporzione al valore dell'appalto.

⁵⁴ L'intento del legislatore sarebbe quello di lasciare alle stazioni appaltanti «*maggiore capacità di movimento, margine valutativo e discrezionalità*» [G. CADDEO, *I CAM per le mense scolastiche: uno strumento di attuazione dello sviluppo sostenibile e di educazione alimentare*, in: "Federalismi.it", n. 14, 2024, p. 26]. A ben vedere, tuttavia, la discrezionalità è rimessa non alla stazione appaltante, ma al Ministero dell'ambiente, che dovrà riscrivere i CAM graduandoli in base al valore del singolo appalto.

⁵⁵ R. COSTANZO, *Lo sviluppo sostenibile negli appalti pubblici. I criteri ambientali minimi*, cit., p. 9. Secondo l'autore, questa proporzionalità introdotta in riferimento ai criteri ambientali minimi rifletterebbe la necessità di rendere accessibili gli appalti a tutti gli operatori economici, nel rispetto dei principi di *par condicio* e non discriminazione.

⁵⁶ Di questa opinione S. VERNILE, "Nuovo" *Codice dei contratti pubblici e criteri ambientali minimi per l'economia circolare*, in: "Rivista giuridica dell'ambiente", n. 3, 2023, p. 988; F. F. GUZZI, *La rilevanza ambientale nel settore dei contratti pubblici*, in: "Ambienteditto.it", n. 2, 2024, p. 15; M. R. SILVESTRI, *Art. 57*, cit., p. 373; F. RUSSO, *Commentario al Codice dei contratti pubblici 2023*, Legis giuridica, Padova, 2023, p. 186; A. LUPO, *La dimensione ambientale nella contrattazione pubblica: brevi riflessioni alla luce del nuovo codice dei contratti pubblici*, in: "Rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente", n. 3, 2023, pp. 96 e 97; A. DEPIETRI, *Il green public procurement tra riforme, mercato ed effettività*, cit., p. 813.

La tecnica “del duplice richiamo”⁵⁷ usata dal legislatore (e non prevista, invece, nel previgente Codice), tuttavia, potrebbe comportare una certa difficoltà nell’applicazione delle norme del Codice da parte delle stazioni appaltanti; in quanto non tutte le disposizioni in esso contenute, in realtà, sono facilmente applicabili alle altre procedure. L’art. 48, poi, specifica che si applicano tutte le disposizioni, salvo espresse deroghe; ma le deroghe “espresse”, nel Codice, sono molto poche⁵⁸, con il risultato che l’apprezzamento sull’applicabilità o meno delle altre norme agli affidamenti sotto soglia rischia di essere rimesso, di fatto, alla stazione appaltante di volta in volta⁵⁹. Si guardi, ad esempio, all’istituto dell’affidamento *in house*, in riferimento al quale nessuna disposizione del Codice dei contratti pubblici espressamente esclude l’applicabilità dei CAM. Eppure, la procedura di affidamento ad una società *in house* presenta caratteri peculiari e risponde a regole diverse da quelle ordinarie, dovendosi desumere da ciò che non possano ritenersi applicabili ad essa tutte le regole proprie di una ordinaria procedura ad evidenza pubblica, tra le quali, anche l’obbligo del rispetto dei CAM da parte del soggetto aggiudicatario⁶⁰.

⁵⁷ F. BELLISARIO, M. CASILLO, S. DELL’OMO, *Le procedure sotto soglia nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in: “Appalti&contratti”, n. 9, 2023, pp. 12 e 13.

⁵⁸ Per un elenco e un commento relativo alle singole deroghe si rimanda a J. VAVALLI, “I contratti sottosoglia”, in: *Costruire e acquistare. Lezioni sul nuovo Codice dei contratti pubblici*, a cura di M. Macchia, pp. 176-179.

⁵⁹ F. BELLISARIO, M. CASILLO, S. DELL’OMO, *Le procedure sotto soglia nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, *cit.*, p. 12. Gli autori, nel loro contributo, ragionano sulla difficile applicazione delle norme che disciplinano i criteri di aggiudicazione (di cui all’art. 108 del Codice) anche nell’ambito degli affidamenti diretti, osservando che, ad esempio, l’onere di indicare nell’offerta economica i costi della manodopera non dovrebbe applicarsi anche all’operatore economico scelto tramite la procedura di affidamento diretto (p. 12).

⁶⁰ La procedura di affidamento alla società *in house* segue un *iter* di realizzazione diverso rispetto alla gara pubblica ed è disciplinato all’art. 7, comma 2, del nuovo Codice dei contratti pubblici, il quale prevede che le stazioni appaltanti adottino, per ciascun affidamento, una qualificata motivazione, che dia conto dei vantaggi dell’autoproduzione amministrativa per la collettività, delle connesse esternalità e della congruità economica della prestazione, «anche in relazione al perseguimento di obiettivi di universalità, socialità, efficienza, economicità, qualità della prestazione, celerità del pro-

Abbiamo chiarito che «*gradualità non significa esclusione*»⁶¹, tuttavia si osserva che questa manovra legislativa realizza un indebolimento della portata della disposizione di cui all'art. 57, che dovrebbe invece mirare a preservare un minimo *standard* ambientale (almeno relativamente alle specifiche tecniche e alle clausole contrattuali) nelle procedure d'appalto indipendentemente dal valore maggiore o minore dello stesso⁶². Anzi, a parere di chi scrive, servirebbe rinforzare l'apparato

cedimento e razionale impiego di risorse pubbliche». La norma, tuttavia, non presenta riferimenti espressi al perseguimento di obiettivi di tutela ambientale. Essa stabilisce che, nell'affidare l'appalto ad una società *in house*, la stazione appaltante debba rispettare i principi di cui agli articoli 1, 2, 3 del Codice, ma tra tali principi non è enucleato quello di sostenibilità ambientale. L'interesse ambientale potrebbe essere ricondotto al più generale interesse alla qualità del servizio, lavoro o prodotto oggetto dell'affidamento, tuttavia ciò non implica che le Amministrazioni siano vincolate al rispetto dei criteri ambientali minimi come nel caso degli affidamenti tramite procedure ad evidenza pubblica. Secondo il Consiglio di Stato, tuttavia, ciò si giustifica in ragione della *ratio* sottesa all'obbligo di previsione dei CAM nel bando di gara, ovvero sia quella di mettere l'operatore economico nelle condizioni di valutare come strutturare la propria offerta, «*situazione, questa, ontologicamente non comparabile con l'affidamento in house, la cui procedura sconta il diverso e peculiare criterio applicativo contenuto nell'art. 192, comma 2, del Codice dei contratti [ora art. 7 d.lgs. 36/2023], sotto il profilo specifico e caratterizzante della "motivazione rafforzata"*» (Cons. Stato, sent. 22 ottobre 2021, n. 7093, punto 28.2). Il Consiglio di Stato (Cons. Stato, sent. n. 7093/2021), ulteriormente, osserva: «*i criteri ambientali minimi (CAM) afferiscono a livelli di regolazione minimi che, tuttavia, non rispondono a un principio di diritto comunitario, il quale, come è noto, vincola gli Stati membri all'attuazione delle direttive, lasciandoli liberi di scegliere la forma e i mezzi ritenuti più opportuni per raggiungere i risultati prefissati*».

⁶¹ Di questa opinione è L. Salvemini, che, si è espresso in questi termini durante la Conferenza, dal titolo "I Criteri Ambientali Minimi: i CAM alla luce della rinnovata normativa sugli appalti pubblici", tenutasi il 18 maggio 2023, presso il Palazzo dei Congressi, a Roma, in occasione dell'iniziativa "Forum P.A. 2023", aggiungendo che «*i CAM devono essere naturalmente graduati, in base ai principi di adeguatezza e proporzionalità, che sono poi i pilastri dell'azione amministrativa. [...] Non è possibile ipotizzare uno scenario dove sui sottosoglia non ci sia questa obbligatorietà, perché in questo caso violeremmo sia i principi costituzionali che i principi eurounitari*» [La conferenza è visionabile al link <<https://youtu.be/nICfUFJdIFw?feature=shared>>].

⁶² Di questo avviso anche F. DE LEONARDIS, *Lo Stato ecologico. Approccio sistemico, economia, poteri pubblici e mercato*, Giappichelli, Torino, 2023, nota 167

sanzionatorio che accompagna la disciplina, perché spesso, specie per appalti di modesta entità, capita che l'Amministrazione non applichi i criteri ambientali, in quanto eccessivamente gravosi per una azienda di piccole dimensioni, poco strutturata, alla quale la P.A. ricorre per l'affidamento di appalti il cui valore sia minimo e la cui esecuzione possa avvenire attraverso modalità molto semplici e lineari. Dunque, tra il piano teorico e quello pratico, la divergenza può essere grande.

Il secondo dubbio interpretativo riguarda l'obbligatorietà o meno di utilizzo di criteri ambientali premianti. A norma dell'art. 57, comma 2, essi «*sono tenuti in considerazione anche ai fini della stesura dei documenti di gara*». La norma non si esprime in termini di vero e proprio "obbligo" (come invece accade al comma 1), come anche evidenziato dalla giurisprudenza⁶³ e da una parte della dottrina⁶⁴. Altra parte della

di p. 212, nonché A. DEPIETRI, *Il green public procurement tra riforme, mercato ed effettività*, cit., p. 814.

⁶³ Secondo il Consiglio di Stato, la norma che prevede la possibilità di utilizzare criteri ambientali quali criteri di aggiudicazione indica solo un invito a tenerne conto da parte delle stazioni appaltanti: «*la norma tuttavia, nello stabilire che le stesse (in quanto parte integrante, in base al d.m. 25 luglio 2011, dei "criteri ambientali minimi") debbano essere semplicemente "tenute in considerazione", non fissa un rapporto di rigida corrispondenza tra le stesse ed i criteri di valutazione delle offerte tecniche contenuti nella lex specialis. La previsione, del resto, corrisponde a quella del d.m. citato, laddove dispone che "un appalto è "verde" se integra tutti i criteri "di base". Le stazioni appaltanti sono comunque invitate ad utilizzare anche quelli "premiante" quando aggiudica la gara d'appalto all'offerta economicamente più vantaggiosa", fissando una norma atta ad incentivare, senza rendere rigorosamente obbligatorio, l'adattamento della lex specialis ai suddetti criteri di carattere "premiante"*» (così Cons. Stato, sez. III, sent. 17 aprile 2018, n. 2317. Si rinvia, per una nota alla sentenza, a F. CIOTTA, "Better" is not necessarily "Green". La lex specialis non deve essere conforme ai CAM c.d. "premiante", in: "Iusinitinere.it", 24 aprile 2018.

⁶⁴ Condivide la tesi sostenuta dalla giurisprudenza M. PINTI, *L'insostenibile leggerezza dei Criteri ambientali minimi. La difficile integrazione delle istanze ambientali nell'ambito dei contratti pubblici*, in "Rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente", n. 3, 2022, p. 202; nonché O. H. KASSIM, *I criteri di sostenibilità energetica e ambientale negli appalti pubblici. L'emersione dell'istituto degli "appalti verdi" nel panorama europeo e nazionale*, in: "Italiappalti.it", 14 febbraio 2017, p. 22, il quale sostiene che il legislatore abbia riservato al secondo comma dell'art. 34

dottrina ritiene invece che la norma imponga, in realtà, un *obbligo* di utilizzo dei criteri ambientali premianti (ove riferiti a categorie merceologiche oggetto dei decreti ministeriali)⁶⁵. Alcuni riconoscono, in particolare, che la formulazione della norma appaia «*alquanto elastica*» ma che ciò non valga ad escluderne il contenuto obbligatorio, il quale si traduce, se non altro, in un obbligo per l'Amministrazione di motivare la scelta di non ricorrere all'uso dei criteri premianti (seguendo il modello “*comply or explain*”)⁶⁶. A sostegno della tesi dell'obbligatorietà dei criteri premianti, può citarsi il precedente art. 34 d.lgs. n. 50/2016, il quale era formulato nello stesso modo, ma conteneva tre commi anziché solo due; il comma 3 prescriveva l'applicabilità degli «*obblighi*» di cui ai precedenti commi 1 e 2 per gli affidamenti di qualunque importo⁶⁷. Questa disposizione contenuta nel vecchio terzo

(del vecchio Codice) una più mite scelta terminologica, con la conseguenza che essa introduceva già allora una mera facoltà per la stazione appaltante. Tuttavia l'autore aggiunge che «*si può ipotizzare la presenza, quantomeno, di un obbligo di motivazione in ordine all'eventuale scelta di non ricorrere all'utilizzo criteri qualitativi ambientali*».

⁶⁵ A sposare la tesi interpretativa della obbligatorietà nell'utilizzo dei criteri premianti sono diversi giuristi: G. FRANCHINA, *Contratti pubblici e criteri ambientali minimi*, in: “Ambientediritto.it”, n. 2, 2022, pp. 8 e 9; A. MALTONI, *Contratti pubblici e sostenibilità ambientale: da un approccio “mandatory-rigido” ad uno di tipo “funzionale”?*, in: “Ceridap”, n. 3, 2023, p. 67; T. CELLURA, *L'applicazione dei criteri ambientali minimi negli appalti pubblici. Gli acquisti verdi dopo il correttivo al nuovo Codice degli appalti* (d.lgs. n. 56/2017), cit., p. 174. Quest'ultimo autore, nell'interpretare le linee guida dell'ANAC aggiornate (allora) al d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56 con Delibera del Consiglio n. 424 del 2 maggio 2018, asserisce che «*i criteri di valutazione e premianti [...] previsti nei CAM in vigore, [...] devono essere inseriti obbligatoriamente nei documenti di gara*». A parere di chi scrive, non sembrerebbero interpretabili in questo senso le linee guida (vedi nota 412), tuttavia questa affermazione riportata nel volume di T. Cellura evidenzia, se non altro, che l'autore condivide tale interpretazione.

⁶⁶ Cfr. M. VIOLA, “Clausole sociali del bando di gara e degli avvisi e criteri di sostenibilità energetica e ambientale”, in: *Nuovo Codice dei contratti pubblici*, a cura di F. Caringella, Giuffrè, Milano, 2023, pp. 374 e 375.

⁶⁷ A. PERINI, *Appalti verdi: una strategia per lo sviluppo sostenibile*, in: “Le Regioni”, n. 1-2, 2022, p. 167. L'autore affermava, in riferimento all'obbligo in-

comma non è stata trasfusa nell'art. 57 del Codice attualmente vigente, ma la formulazione testuale dei primi due commi è rimasta immutata; dunque, se in precedenza la medesima formulazione era intesa imporre un obbligo, non si vede come adesso possa cambiare di significato. In ogni caso, non può che osservarsi come la scelta terminologica adottata dal legislatore non sia stata particolarmente felice ed è, perciò, evidente che l'espressione "*sono tenuti in considerazione*" lasci spazio a legittimi dubbi interpretativi. Tuttavia, l'utilizzo dell'indicativo presente esprime, se non un obbligo, quantomeno una forte raccomandazione. Si sottolinea che neanche le linee guida dell'ANAC hanno risolto questo dubbio interpretativo⁶⁸.

Continuando nell'analisi della disciplina dei criteri ambientali premianti, deve leggersi il restante contenuto dell'art. 57, comma 2, il quale stabilisce che «*le stazioni appaltanti valorizzano economicamente le procedure di affidamento di appalti e concessioni conformi ai criteri ambientali minimi*». Sull'interpretazione da dare all'espressione "valorizzano economicamente" la dottrina non è concorde e la relazione al Codice del 2023 non fornisce aiuti di sorta, concentrando l'attenzione totalmente sulle clausole sociali⁶⁹. Secondo alcuni⁷⁰, questa espressione servirebbe a spingere le Amministrazioni

trodotta dalla norma, che, «*interpretando diversamente, si avrebbe una eccessiva riduzione della portata applicativa della norma, nonché una svalutazione, più in generale, dell'obbligo del green public procurement*».

⁶⁸ L'ANAC si è limitata a riprodurre il contenuto della norma, parafrasandolo, all'interno delle linee guida. Si veda la determinazione 21 settembre 2016, n. 1005, spec. p. 5.

⁶⁹ Tale scelta desta perplessità. Dello stesso avviso anche A. LUPO, *La dimensione ambientale nella contrattazione pubblica: brevi riflessioni alla luce del nuovo codice dei contratti pubblici*, cit., p. 98, nonché C. CATARISANO, "Art. 108", in: *Codice dei contratti pubblici commentato*, a cura di L. Perfetti, Wolters Kluwer, Milano, 2023, pp. 826 e 827.

⁷⁰ Ad esempio, nel suo contributo sul tema, S. Vernile rileva che la previsione secondo la quale le stazioni appaltanti valorizzano economicamente appalti conformi ai CAM «*parrebbe significare che le stazioni appaltanti, nell'ambito della programmazione degli interventi possano destinare risorse maggiori ai contratti il cui oggetto ricada nell'ambito dei CAM vigenti. Vi è però il rischio che si finisca con l'at-*

verso una programmazione sostenibile; secondo altri⁷¹, essa recepisce i recenti approdi della giurisprudenza amministrativa che ha ritenuto illegittime le procedure di gara nelle quali la stazione appaltante non aveva tenuto conto dei CAM ai fini della quantificazione della base d'asta⁷². Quest'ultima posizione sembra la più condivisibile. Non si condivide, invece, la tesi, sostenuta da qualcuno, in base alla quale l'espressione edulcorerebbe l'obbligatorietà dei CAM⁷³.

4. Il d.lgs. n. 36/2023 tra spinte ecologiche e spinte economiche: un bilancio

In generale, non si ritiene che il legislatore del 2022 abbia colto l'occasione della revisione del Codice dei contratti pubblici per implementare gli strumenti di sostenibilità ambientale negli appalti⁷⁴,

tribuire più valore (o comunque non pienamente effettivo e proporzionato) ai beni e ai servizi più sostenibili dal punto di vista ambientale che al reale fabbisogno» [Così S. VERNILE, “Nuovo” Codice dei contratti pubblici e criteri ambientali minimi per l'economia circolare, cit., p. 989].

⁷¹ Così F. RUSSO, *Commentario al Codice dei contratti pubblici 2023*, cit., p. 186; A. LUPO, *La dimensione ambientale nella contrattazione pubblica: brevi riflessioni alla luce del nuovo codice dei contratti pubblici*, cit., p. 99.

⁷² A tal proposito, si segnala che in un primo periodo, le stazioni appaltanti tendevano a non considerare l'impatto che i costi sostenuti dalle imprese per applicare i criteri ambientali minimi avesse sulla determinazione dell'importo a base d'asta. Il Consiglio di Stato, nel 2019, ha dichiarato illegittima la procedura di gara indetta da una amministrazione per difetto di istruttoria in relazione all'individuazione dell'importo a base di gara proprio perché non erano stati considerati i costi relativi al rispetto dei CAM (Cons. Stato, sez. V, sent. 27 novembre 2019, n. 8088).

⁷³ Così G. CADDEO, *I CAM per le mense scolastiche: uno strumento di attuazione dello sviluppo sostenibile e di educazione alimentare*, cit., p. 26.

⁷⁴ Come, invece, sperato da molti. Si veda, a titolo di esempio, la posizione espressa in relazione alla riforma del Codice da I. A. NICOTRA, C. SAGONE, *Green Public Procurement: a look into the past to meet future challenges*, in: “federalismi.it”, n. 6, 2022, p. 279.

né per sciogliere i dubbi interpretativi sorti in precedenza in relazione alla disciplina degli appalti verdi⁷⁵. Anzi, sebbene preservi gli aspetti essenziali della previgente disciplina, sotto il profilo ambientale sembra aver segnato un «*arretramento del valore della tutela ambientale dinanzi all'interesse alla realizzazione dell'opera pubblica, all'espletamento del servizio, al conseguimento della fornitura e, quindi, al raggiungimento del risultato*»⁷⁶. Peraltro, tutto l'impianto del nuovo Codice risponde ad una forte «domanda di semplificazione»⁷⁷. Queste brevi considerazioni esposte troverebbero conferma in diverse scelte operate dal legislatore in sede di redazione del nuovo Codice, che analizzeremo di seguito per punti.

Si pensi, ad esempio, alla acquisizione della qualifica della stazione appaltante⁷⁸. L'acquisizione della qualifica serve a verificare se la stazione appaltante abbia le effettive capacità di indire gare ed effettuare direttamente acquisti e se possa quindi ottenere il codice identificativo di gara necessario per procedere all'acquisto di beni e servizi al di sopra della soglia di 140.000 euro o all'affidamento di lavori al di sopra della soglia di 500.000 euro (*ex art. 62, commi 1 e*

⁷⁵ Della stessa opinione è anche S. VERNILE, «Nuovo» *Codice dei contratti pubblici e criteri ambientali minimi per l'economia circolare*, cit., p. 989; M. F. TROPEA, *Ambiente e pubblici servizi nell'Europa della rivoluzione verde e della transizione ecologica: le conclusioni della conferenza sul futuro dell'Europa*, in: «Rivista Giuridica dell'Edilizia», n. 3, 2023, p. 173; P. PROVENZANO, «Spigolature in tema di criteri ambientali minimi», in: *Democrazia diritti umani e sviluppo sostenibile. Quali sfide in Italia e Brasile?*, a cura di M. Immondino, N. Gullo, C. Celone, Editoriale scientifica, Napoli, 2024, p. 699.

⁷⁶ Così A. LUPO, *La dimensione ambientale nella contrattazione pubblica: brevi riflessioni alla luce del nuovo codice dei contratti pubblici*, cit., p. 95. Nello stesso senso A. DEPIETRI, *Il green public procurement tra riforme, mercato ed effettività*, cit., p. 822, che parla, più in generale, di un «*arretramento della funzione strategica dei contratti pubblici*».

⁷⁷ Proprio la legge delega in materia di contratti pubblici, l. n. 78/2022, all'art.1, lett. f) imponeva una «*semplificazione delle procedure finalizzate alla realizzazione di investimenti in tecnologie verdi*».

⁷⁸ Si precisa, per chiarezza, che alcune Amministrazioni sono considerate stazioni appaltanti di diritto *ex art. 63, comma 4, Codice dei contratti pubblici*.

2, del Codice)⁷⁹. La verifica della idoneità a far fronte al processo di approvvigionamento avviene sulla base di criteri di qualità, efficienza e professionalizzazione⁸⁰. Nel precedente Codice dei contratti del 2016, tra i requisiti premianti che potevano attribuirsi all'Ente vi era un importante requisito di ordine ambientale, ovvero sia quello della «*applicazione di criteri di sostenibilità ambientale e sociale nell'attività di progettazione e affidamento*» (art. 38, comma 4, lett. b), n. 5). Tale previsione non è più presente nel nuovo Codice⁸¹.

Tutta la nuova disciplina è votata, più in generale, al perseguimento dell' «*efficienza economica*»⁸² e ciò è reso tanto più evidente se si pensa:

⁷⁹ La qualificazione si articola su tre livelli, a norma dell'art. 63, commi 2 e 3, del Codice dei contratti pubblici: «*La qualificazione per la progettazione e l'affidamento si articola in tre fasce di importo: a) qualificazione base o di primo livello, per servizi e forniture fino alla soglia di 750.000 euro e per lavori fino a 1 milione di euro; b) qualificazione intermedia o di secondo livello, per servizi e forniture fino a 5 milioni di euro e per lavori fino alla soglia di cui all'articolo 14; c) qualificazione avanzata o di terzo livello, senza limiti di importo. Ogni stazione appaltante o centrale di committenza può effettuare le procedure corrispondenti al livello di qualificazione posseduto e a quelli inferiori. Per i livelli superiori si applica il comma 6 dell'articolo 62*». Una volta che la stazione appaltante venga iscritta nell'elenco delle stazioni appaltanti tenuto dall'ANAC, essa vi rimane inserita per due anni, decorsi i quali la qualifica è sottoposta a revisione.

⁸⁰ M. NUNZIATA, "Aggregazione, centralizzazione e qualificazione della committenza", in: *Costruire e acquistare. Lezioni sul nuovo Codice dei contratti pubblici*, a cura di M. Macchia, Giappichelli, Torino, 2024, pp. 72 e 73. Sulla precedente disciplina della qualificazione delle stazioni appaltanti contenuta nel Codice dei contratti del 2016, si vedano i contributi di M. MACCHIA, *La qualificazione delle amministrazioni appaltanti*, in: "Giornale di diritto amministrativo", n. 1, 2017, pp. 50-59, nonché C. LAMBERTI, *La qualificazione delle stazioni appaltanti*, in: "Urbanistica e appalti", n. 12, 2016, p. 1293 ss.

⁸¹ V. VARONE, *La qualificazione delle stazioni appaltanti*, in *Il nuovo codice dei contratti pubblici (d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50)*, collana *Officina del diritto. L'amministrativista*, Giuffrè, Milano, 2016, p. 19.

⁸² A. CIOFFI, *Prima lettura del nuovo Codice dei contratti e dei suoi tre principi fondamentali*, in: "Apertacontrada", 16 gennaio 2023, § 2.1, reperibile all'indirizzo web <<https://www.apertacontrada.it/2023/01/16/prima-lettura-del-nuovo-codice-dei-contratti-e-dei-suoi-tre-principi-fondamentali/>>.

- a. all'espunzione della disposizione di cui all'art. 30 del precedente Codice, il quale stabiliva, a certe condizioni, di subordinare il principio di economicità a quello di tutela ambientale⁸³;
- b. all'eliminazione della regola che imponeva di riconoscere al prezzo un peso non superiore a trenta punti su cento nell'utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa⁸⁴;
- c. all'espunzione della disposizione (presente, invece, nel vecchio Codice dei contratti pubblici, all'art. 95, comma 5) che stabiliva un onere di motivazione della scelta del criterio del prezzo più basso nei casi in cui si ammetteva l'uso di tale criterio⁸⁵;
- d. al più generale mancato riferimento esplicito, tra i principi enucleati dal nuovo Codice, ai principi dello sviluppo sostenibile o alla tutela ambientale⁸⁶.

Nello specifico, la scelta di non prevedere i principi di tutela ambientale e dello sviluppo sostenibile tra i principi del Codice è il segnale

⁸³ Art. 30 d.lgs. n. 50/2016: «[...] *Il principio di economicità può essere subordinato, nei limiti in cui è espressamente consentito dalle norme vigenti e dal presente codice, ai criteri, previsti nel bando, ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute, dell'ambiente, del patrimonio culturale e alla promozione dello sviluppo sostenibile, anche dal punto di vista energetico*».

⁸⁴ A. COIANTE, *L'uso strategico dei contratti pubblici e lo sviluppo sostenibile: linee evolutive alla luce del principio del risultato*, in: "Munus", n. 1, 2024, si veda la nota 80 di p. 121.

⁸⁵ C. CATARISANO, *Art. 108*, cit., p. 808.

⁸⁶ Queste considerazioni, che si condividono appieno, sono espresse da A. LUPO, *La dimensione ambientale nella contrattazione pubblica: brevi riflessioni alla luce del nuovo codice dei contratti pubblici*, cit., p. 91. In A. MALTONI, *Contratti pubblici e sostenibilità ambientale: da un approccio "mandatory-rigido" ad uno di tipo "funzionale"?*, cit., p. 65, l'autore segnala come il mancato inserimento della tutela ambientale tra i principi che governano il Codice dei contratti pubblici non sia privo di conseguenze, dal momento che i principi in esso contenuti svolgono una «*funzione di guida di tutte le norme di settore, anche di quelle extra codicistiche*» e sono dunque principi «*di valenza generale*». Peraltro, nel precedente Codice dei contratti pubblici, invece, il principio di tutela ambientale era richiamato anche dall'art. 4, che ne stabiliva l'applicazione anche per i contratti pubblici esclusi dall'ambito applicativo del Codice.

di uno scostamento della disciplina codicistica dal bilanciamento tra interessi operato dal legislatore costituzionale attraverso la modifica degli artt. 9 e 41 Cost., i quali articoli abbracciano ora inequivocabilmente un principio di sostenibilità inteso in senso forte. La medesima forza viene riconosciuta, sul piano nazionale, con specifico riferimento all'azione amministrativa, dall'art. 3-*quater*, comma 2⁸⁷, del Codice dell'ambiente (d.lgs. 152/2006), e, sul piano sovranazionale, con specifico riferimento all'azione politica, dall'art. 11 TFUE⁸⁸. Nello stesso solco si collocano, infatti, anche le politiche nazionale ed europea, tramite, ad esempio, il Piano d'azione nazionale per il Green Public Procurement, il Green Deal, il Next generation EU.

Si constata, dunque, come il nuovo Codice dei contratti pubblici conferisca una prioritaria considerazione al risultato, lasciando maggiormente sullo sfondo il perseguimento degli obiettivi di tutela ambientale, i quali, sebbene non del tutto assenti nella disciplina del Codice, sono minimali e, comunque, secondari al risultato.

È doveroso, tuttavia, interrogarsi sul significato che può assumere il principio del risultato cristallizzato ora nell'art. 1 del Codice, se letto alla luce degli altri principi del nostro ordinamento. Il Codice dei contratti pubblici non è una fonte isolata in mezzo a tante altre, ma si colloca in un ordinamento che promuove il rispetto di determinati valori e principi; per questo motivo, il principio del risultato dovrebbe comunque leggersi, a parere di chi scrive, alla luce di questi. Secondo la recente giurisprudenza del Consiglio di Stato (sent. 27 maggio 2024, n. 4701), il principio del risultato mira a realizzare gli interessi la cui cura sia affidata all'Amministrazione, *«fra i quali quello della tutela ambientale assume un ruolo decisamente primario*

⁸⁷ L'art. 3-*quater* del Codice dell'ambiente, al comma 2, prevede esplicitamente che *«nell'ambito della scelta comparativa di interessi pubblici e privati connotata da discrezionalità, gli interessi alla tutela dell'ambiente e del patrimonio culturale devono essere oggetto di prioritaria considerazione»*.

⁸⁸ Art. 11 TFUE: *«Le esigenze connesse con la tutela dell'ambiente devono essere integrate nella definizione e nell'attuazione delle politiche e azioni dell'Unione, in particolare nella prospettiva di promuovere lo sviluppo sostenibile»*.

alla luce sia della [...] Direttiva 2014/24/UE, che del riformato art. 9 della Costituzione».

Ciò posto, spetta all'Amministrazione il compito di interpretare il principio del risultato in maniera ecologicamente orientata, avendo essa tutti gli strumenti per farlo. In ogni caso, l'inserimento, nel Codice dei contratti pubblici, di disposizioni di principio che valorizzino la tutela ambientale (e di cui possa valersi l'Amministrazione per uscire dal "guscio" della propria burocrazia difensiva⁸⁹) potrebbe portare ad una significativa implementazione della disciplina, fornendo un criterio interpretativo interno e non più esterno al Codice, in grado di arricchire di significato le altre disposizioni codicistiche e, soprattutto, il super-principio del risultato.

⁸⁹ Altrimenti, «*L'integrazione del terzo comma [dell'art. 41 Cost.] con il richiamo espresso ai "fini ambientali" cambierà [...] forse poco o nulla fintanto che il legislatore italiano continua ad essere refrattario a contemperare in modo ragionevole e proporzionale l'ambiente e la salute con l'iniziativa economica privata. Ancora una volta, il caso ILVA, per come si è evoluto [...], ci mostra come sovente il legislatore abbia di fatto consentito all'interesse economico di svilupparsi come "tiranno" rispetto al diritto alla salute e all'ambiente» (Così C. SARTORETTI, *La riforma costituzionale "dell'ambiente": un profilo critico*, in: "Rivista Giuridica dell'Edilizia", n. 2, 2022, p. 119 ss.).*

EDOARDO NICOLA FRAGALE

GLI AFFIDAMENTI SOTTO SOGLIA NEL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

SOMMARIO: 1. SULLE MODALITÀ SEMPLIFICATE DI AFFIDAMENTO: PRINCIPI GENERALI E AMBITO APPLICATIVO; 2. CONTRATTI SOTTO SOGLIA E POTESTÀ DI AUTO-ORGANIZZAZIONE DELLA P.A.; 3. UN QUADRO D'ASSIEME: AMBITO DI APPLICAZIONE, NATURA E SCELTA DELLE MODALITÀ SEMPLIFICATE; 4. LA ROTAZIONE DEGLI AFFIDAMENTI: REGOLE ED ECCEZIONI; 5. GLI AFFIDAMENTI DIRETTI; 6. GLI AFFIDAMENTI DIRETTI SOTTO LA SOGLIA DEI CINQUE MILA EURO; 7. LE PROCEDURE NEGOZiate; 8. NOMINA DELLA COMMISSIONE GIUDICATRICE, RUOLO E POSIZIONE DEL RUP; 9. REQUISITI D'ORDINE GENERALE E SPECIALE E IL LORO SUCCESSIVO CONTROLLO; 10. VERIFICA DI ANOMALIA DELL'OFFERTA; 11. TERMINE DI STIPULAZIONE DEL CONTRATTO ED ESECUZIONE ANTICIPATA; 12. OBBLIGHI DI TRASPARENZA E DIGITALIZZAZIONE; 13. GARANZIE; 14. SOSTENIBILITÀ SOCIALE E AMBIENTALE.

1. Sulle modalità semplificate di affidamento: principi generali e ambito applicativo

Come noto, le direttive unionali in materia di appalti esigono che gli Stati membri individuino regole e procedure assai rigorose, allo scopo di assicurare il rispetto dei principi di concorrenza, non discriminazione, imparzialità, trasparenza e pubblicità. Non tutte le commesse presentano, tuttavia, una sicura rilevanza europea. Per discernere gli affidamenti rilevanti ai fini dell'applicazione delle procedure di affidamento ordinarie da quelli, invece, che non lo sono, gli ordinamenti, europeo e interno, ricorrono, in via principale, a un criterio di natura obiettivo, facente leva sul valore economico degli affidamenti.

Soglie di valore economico, costituenti presunzione di rilevanza europea dell'affidamento, sono fissate dall'art. 14 del nuovo Codice dei contratti pubblici, in relazione alle diverse tipologie di contrat-

to, distinguendo in conformità al diritto unionale¹, tra lavori/concessioni, per i quali la soglia è fissata nella misura di 5.538,00 euro, e beni/servizi, per i quali, invece, occorre ulteriormente tener conto della diversa natura della stazione appalante, distinguendo a seconda che la stessa sia centrale (Ministeri e Consip), per le quali la soglia degli appalti di beni e servizi è di 143.000 euro, o sub-centrale (amministrazioni diverse da quelle centrali), per le quali la soglia è, invece, di 221.000,00 euro.

Gli ordinamenti, europeo e interno, collegano, pertanto, al superamento di queste soglie l'insorgenza di una presunzione assoluta circa la rilevanza europea delle commesse, così da assoggettarle alle più rigorose procedure previste dalle direttive europee e dal Codice degli appalti².

Non vale, tuttavia, sempre il contrario, ben potendo un certo affidamento presentare molteplici profili di rilevanza per il diritto unionale, anche dove di importo inferiore alla soglia economica individuata dalla normativa³. Secondo la giurisprudenza europea, il fatto che le direttive europee non dettino alcuna disciplina particolare in ordine agli affidamenti di ridotto valore economico non significa che gli stessi siano irrilevanti ai fini del corretto funzionamento del mercato interno europeo, né che siffatte commesse siano, in linea di principio, sprovviste di appetibilità per imprese operanti nel territorio di altri Stati membri.

Questo spiega perché il legislatore del Codice, pur individuando una disciplina più semplificata, derogatoria rispetto alle modalità ordinarie di affidamento previste gli affidamenti sopra soglia, avverta, per un verso, la necessità di richiamare anche per i contratti

¹ Cfr. art. 4, direttiva 2014/24/UE, sull'aggiudicazione dei contratti di appalto e art. 8 della direttiva 2014/23/UE, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione.

² Sul punto, anche G. IOANNIDES, "Dei contratti di importo inferiore alle soglie europee", in: *Commentario alla normativa sui contratti pubblici*, a cura di A. Botto-S. Castrovinci Zenna, Torino, Giappichelli, 2024, pp. 501-506.

³ G. IOANNIDES, *ibidem*.

sottosoglia⁴ i principi generali enunciati dal codice⁵, ivi compresi quelli di derivazione europea di parità di trattamento, non discriminazione, pubblicità e trasparenza, tradotti nel linguaggio del codice nel c.d. super principio di accesso al mercato (artt. 2 e 48, co. 1)⁶; per altro verso, consideri non sufficiente per definire l'ambito

⁴ In ossequio alla giurisprudenza europea, la quale ritiene applicabili anche agli appalti sottosoglia i principi europei di trasparenza, non discriminazione, parità di trattamento (Corte di Giustizia UE, 7 dicembre 2000, in C-324/98, punto 60; ord., 3 dicembre 2001, in C-59/00, punto 19), su cui, di recente, anche M. MAGRINI, "Dei contratti di importo inferiore alle soglie europee", in: *Codice dei contratti pubblici commentato*, a cura di L.R. Perfetti, Milano, Wolter Kluwer 2023, pp. 288-337.

⁵ In merito ai quali si rinvia alla già copiosa letteratura, tra cui almeno G. NAPOLITANO, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: i principi generali*, in: "Giorn. dir. amm.", n. 3, 2023, pp. 287-301; M. MACCHIA, "Il ruolo dei principi nel codice dei contratti pubblici", in: *Costruire e acquistare*, a cura di M. Macchia, Torino, Giappichelli, 2024, pp. 1-31; L.R. PERFETTI, *Sul nuovo Codice dei contratti pubblici. In principio*, in: "Urb. e app.", n. 1, 2023, pp. 5-13; M. PROTTO, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, in: "Giur. it.", 2023, pp. 1949-1950; ivi R. CARANTA, *I principi del nuovo codice dei contratti pubblici*, ivi, pp. 1950-1960; M. CAFAGNO, *Funzioni delle gare e principi del nuovo Codice dei contratti pubblici. Dalla giustapposizione al bilanciamento*, in: "Giorn. dir. amm.", n. 1, 2024, pp. 96-106; V. CERULLI IRELLI, *Il principio della conservazione dell'equilibrio contrattuale negli appalti pubblici*, in: "Contratto e impresa", n. 3, 2024, pp. 586-611; S. VACCARI, *Principio del risultato e legalità amministrativa*, in: "Giorn. dir. amm.", n. 5, 2024, pp. 669-680; E. CARLONI, *Verso il paradigma fiduciario? Il principio della fiducia nel nuovo codice dei contratti pubblici e le sue implicazioni*, in: "Dir. pubbl.", n. 1, 2024, pp. 131-162; E. GUARNIERI, *Il principio di risultato nei contratti pubblici: alcune possibili applicazioni, tra continuità e innovazioni*, in: "Dir. amm.", n. 4, 2023, pp. 829-862; AA.VV., *Studi sui principi del Codice dei contratti pubblici*, Napoli, ES, 2023; M.R. SPASIANO, *Principi e discrezionalità nel nuovo codice dei contratti pubblici primi tentativi di parametrizzazione del sindacato*, in: "Federalismi", n. 24, 2023, pp. 222-239.

⁶ Secondo l'art. 3 "Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti favoriscono, secondo le modalità indicate dal codice, l'accesso al mercato degli operatori economici nel rispetto dei principi di concorrenza, di imparzialità, di non discriminazione, di pubblicità e trasparenza, di proporzionalità". Secondo il successivo art. 4, "Le disposizioni del codice si interpretano e si applicano in base ai principi di cui agli articoli 1, 2 e 3" riconosce che i principi europei si applicano". A sua volta, l'art. 48 co. 1, preve-

di applicazione di queste modalità semplificate il rinvio alle soglie di valore previste dal citato art. 14, ritenendo, invece, sempre necessaria la verifica di una seconda condizione, vale a dire l'assenza di un *interesse transfrontaliero certo* (art. 48 co. 2).

In sostanza, con riferimento all'ambito applicativo delle modalità di affidamento semplificate, il codice richiede una verifica in concreto circa il grado di appetibilità transfrontaliera della commessa. Solo dove all'esito di siffatta verifica dovesse emergere l'*assenza* di un interesse europeo certo, la stazione sarebbe legittimata a dare ingresso alle modalità di affidamento semplificate previste dall'art. 50. In caso contrario, l'amministrazione sarebbe chiamata ad applicare le più rigorose procedure di affidamento ordinarie⁷, assolvendo, tra l'altro, anche all'obbligo di pubblicazione degli avvisi e dei bandi di gara, nelle forme e modalità previste per gli affidamenti sopra soglia⁸; una soluzione, questa, non andata esente da critiche, stante il rigore con cui il Codice ha ritenuto di applicare il diritto dell'Unione⁹.

La verifica preliminare contemplata dall'art. 48 del nuovo Codice¹⁰ non costituisce, a dire il vero, una novità assoluta nella regolamenta-

de che “*L'affidamento e l'esecuzione dei contratti aventi per oggetto lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea si svolgono nel rispetto dei principi di cui al Libro I, Parti I e II*”.

⁷ Come diffusamente si riconosce in dottrina, la scelta del Codice di riconnettere alla ricorrenza di un interesse transfrontaliero l'applicazione del regime più gravoso di affidamento appare discutibile, non essendo siffatta soluzione imposta, a rigore, dal diritto unionale, per tutti G. IOANNIDES, “*Dei contratti di importo inferiore alle soglie europee*”, cit.; J. VAVALLI, “*I contratti sottosoglia*”, in: *Costruire e acquistare. Lezioni sul nuovo Codice dei contratti pubblici*, cit., pp. 163-190.

⁸ Così, tra l'altro, l'art. 5, delibera Anac n. 263/2023.

⁹ Diritto unionale che consentirebbe, per gli appalti attinti da un interesse transfrontaliero, anche soluzioni diverse, dalla gara europea, salva – beninteso, l'applicazione dei principi eurounitari di concorrenza, non discriminazione etc. Sul punto sembra esservi ampio consenso,

¹⁰ La disposizione è stata peraltro introdotta per superare i rilievi mossi dalla commissione europea nella lettera di messa in mora del 6 aprile 2022 che ha ritenuto la disciplina emergenziale, di contenuto assai simile a quella accolta nel Codice,

zione degli appalti: se è vero che il vecchio codice del 2016 nulla prevedeva attorno all'appetibilità transfrontaliera degli appalti, è anche vero il nodo trovava esplicita regolamentazione nelle Linee Guida ANAC n. 4, con le quali le stazioni appaltanti venivano espressamente sollecitate ad adottare, in presenza di un interesse transfrontaliero certo, procedure di aggiudicazione adeguate nonché forme di pubblicità atte a garantire l'apertura al mercato; tutto ciò in conformità ad una consolidata giurisprudenza europea.

Sebbene l'attuale regolamentazione assegni valore dirimente alla verifica sulla ricorrenza di un "interesse transfrontaliero certo", da ciò facendo dipendere ai sensi dell'art. 48, co. 2, l'applicazione di modalità semplificate di aggiudicazione previste dal successivo art. 50, il Codice nulla dice attorno al contenuto e al significato del criterio (l'interesse transfrontaliero certo) adoperato.

Mancando nel Codice, e nei suoi allegati, indicazioni più specifiche, non potrà che farsi riferimento alle indicazioni provenienti dalla copiosa giurisprudenza, europea e interna, cui la stazione appaltante dovrà necessariamente guardare allo scopo di trarre orientamenti operativi, circa il modo di intendere il carattere transfrontaliero dell'appalto sotto soglia.

La giurisprudenza ha, in effetti, nel tempo elaborato una serie di indici sintomatici dell'appetibilità transfrontaliera della commessa, assegnando rilievo preminente al parametro dell'"entità dell'importo dell'appalto"; un criterio, questo, da valutarsi non isolatamente, ma in combinazione con indici e criteri ulteriori, quali "il luogo di esecuzione dei lavori", "le caratteristiche tecniche dell'appalto e dei prodotti", l'"esistenza di denunce presentate

violativa dei principi europei di trasparenza, parità di trattamento e non discriminazione, laddove non obbligava la stazione appaltante a valutare se l'appalto presenti un interesse transfrontaliero certo. Su questa vicenda, M. MAGRINI, "Dei contratti di importo inferiore alle soglie europee", *cit.*, pp. 288-337; R. RUSSO, "Contratti d'appalto sotto soglia europea, istituti e clausole comuni", in: *Corso sui contratti pubblici riformati*, a cura di V. Fanti, Esi, Napoli, 2023, pp. 175-207; G. IOANNIDES, "Dei contratti di importo inferiore alle soglie europee", *cit.*, pp. 501-506; J. VAVALLI, "I contratti sottosoglia", *cit.*

da operatori situati in Stati membri diversi da quello dell'amministrazione aggiudicatrice, purché reali e non fittizie"¹¹; la "circostanza che beni o servizi simili siano già resi alla data dell'affidamento a entità stabilite in altri Stati membri"¹².

Il criterio del valore dell'appalto appare, in conclusione, da solo insufficiente a determinare la presenza di un interesse transfrontaliero, dovendosi sempre aver riguardo a una valutazione complessiva *da compiersi caso per caso, allo scopo di apprezzare tutte le circostanze rilevanti, idonee a disvelare la presenza degli altri indici concorrenti sintomatici dell'appetibilità europea della commessa*. Ne consegue che la ricorrenza di un valore prossimo alla soglia di rilevanza europea o, di contro, di un valore assai lontano non potranno di per sé bastare, alternativamente, a radicare o a escludere l'esistenza di un interesse transfrontaliero certo, potendo gli indici "concorrenti" e integrativi indurre la stazione appaltante a una diversa conclusione.

Questo non significa, tuttavia, che l'indice del valore dell'appalto sia marginale, al contrario: solo ponendo gli altri indici in relazione al parametro costituito dal valore dell'appalto sarà possibile, per la stazione appaltante, apprezzarne in concreto l'effettiva rilevanza, nell'ambito di quella valutazione complessiva richiesta dalla giurisprudenza europea e interna¹³.

¹¹ CGUE, 6 ottobre 2016, nella causa C318/15.

¹² CGUE, 19 aprile 2018, nella causa C65/17; per una ricognizione dei diversi indici anche M. MAGRINI, "Dei contratti di importo inferiore alle soglie europee", *cit.*, pp. 288-337; R. RUSSO, *Contratti d'appalto sotto soglia europea*, *cit.*, pp. 175-207; G. IOANNIDES, "Dei contratti di importo inferiore alle soglie europee", *cit.*, pp. 501-506.

¹³ Siffatta rilevanza potrà, per esempio, essere massima, in presenza di valori della commessa vicini alle soglie di rilevanza europea, tali da rendere certo l'interesse transfrontaliero, ove per esempio il luogo di esecuzione sia non molto lontano dal confine, ed essere, di contro, più attenuata, in presenza, invece, di micro-acquisti o di commesse di infimo valore, nei quali la presenza di ostacoli logistici, o di differente natura, potrebbero rendere la commessa stessa poco attraente agli occhi di una impresa operante in altro Stato membro, T.A.R. Lombardia, Brescia, Sez. II, 4 marzo 2024, n. 165; anche A. AVINO, *La disciplina dei contratti di im-*

2. Contratti sotto soglia e potestà di auto-organizzazione della p.a.

L'art. 50 del Codice degli appalti reca una disciplina assai analitica circa le modalità di affidamento degli appalti sottosoglia¹⁴. L'articolato normativo sembra nella sostanza riprendere il contenuto della regolamentazione emergenziale, introdotta dall'art. 1, comma 2, del decreto-legge n. 76 del 2020¹⁵, con la quale condivide la finalità di riduzione delle complessità, all'insegna della semplificazione e dell'accelerazione delle modalità di aggiudicazione¹⁶.

Nel passaggio dalla vecchia alla nuova regolamentazione sono, tuttavia, riemersi alcuni nodi problematici di fondo, già esibiti dal precedente quadro normativo, principalmente riferiti al grado di vincolatività delle modalità di affidamento indicate dall'art. 50.

Vigente la regolamentazione del 2020, considerazioni riferite alla *ratio* di semplificazione della normativa avevano indotto gli interpreti a interrogarsi in merito alla possibilità per le p.a. di ricorrere alle procedure ordinarie, in luogo di quelle semplificate. Il dubbio derivava da ciò, che una interpretazione intesa a riconoscere in capo alla stazione appaltante una sfera di relativa libertà circa la scelta delle modalità di affidamento avrebbe in certo qual modo tradito quell'i-

porto inferiore alle soglie europee alla luce dei pareri del MIT e dei provvedimenti dell'ANAC, in: "Urb. e app.", n. 1, 2024, pp. 581.

¹⁴ In merito alla *ratio* della disciplina emergenziale ripresa dal codice, ANAC, funz. cons. n. 13/2024; TAR Lazio, Sez. I, 19 febbraio 2021, n. 2104; TAR Venezia, Sez. I, 21 luglio 2021 n. 960).

¹⁵ In ordine al carattere di continuità tra le previsioni emergenziali del 2020 e le previsioni racchiuse nel codice dei contratti pubblici, anche Relazione illustrativa al nuovo codice.

¹⁶ In aderenza, del resto, ai criteri direttivi contenuti nell'art. 1, lett. e) della legge delega 21 giugno 2022, n. 78, ove compare espressamente l'obiettivo della semplificazione della disciplina applicabile ai contratti pubblici di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea, nel rispetto dei principi di pubblicità, di trasparenza, di concorrenzialità, di rotazione, di non discriminazione, di proporzionalità, nonché di economicità, di efficacia e di imparzialità dei procedimenti; R. RUSSO, "Contratti d'appalto sotto soglia europea, istituti e clausole comuni", *cit.*, pp. 175-207.

stanza di semplificazione/accelerazione appagata dalla regolazione emergenziale: da qui la preferibilità di una interpretazione diversa, intesa a ravvisare nella legislazione emergenziale l'esistenza di un vero e proprio dovere di ricorso alle procedure semplificate.

Muovendo da considerazioni di sistema, oltre che da una letterale interpretazione del quadro normativo dell'epoca, ANAC e giurisprudenza amministrativa erano, tuttavia, giunte a una diversa conclusione, ritenendo che le stazioni appaltanti conservassero la facoltà di ricorrere alle procedure aperte, ove richiesto dalla natura dell'affidamento o da altre esigenze di tipo obiettivo¹⁷.

Il dubbio circa il grado di libertà delle stazioni appaltanti nel ricorrere, in via alternativa, alle procedure ordinarie, anche in presenza di appalti sotto soglia privi di appetibilità transfrontaliera, si è nuovamente affacciato all'indomani del codice del 2023.

Secondo una prima interpretazione, nella sua formulazione letterale l'art. 50 sembrerebbe aver soppresso ogni residuo margine di discrezionalità dell'amministrazione nella scelta della modalità di affidamento. Convincerebbe di questo la circostanza che l'art. 50 rechi una esplicita autorizzazione a ricorrere alle procedure ordinarie per i *sol*i lavori di importo pari o superiore a 1 milione di euro e fino alle soglie comunitarie (così art. 50, co.1, lett. d). Una autorizzazione di questo tipo difetterebbe, invece, con riferimento a tutte le altre ipotesi di affidamento sottosoglia previste dall'art. 50, co.1, ciò che sarebbe sintomatico della volontà del Codice di vietare il ricorso alle procedure ordinarie, nelle ipotesi diverse da quelle espressamente prese in considerazione¹⁸. Secondo questa prima lettura, la normativa del 2023 avrebbe, allora, edificato vincoli cogenti a carico dell'amministrazione, tanto da vietare l'aggravamento delle modalità di affidamento semplificate volute

¹⁷ TAR Sicilia, Palermo, Sez. III, 14 maggio 2021, n. 1536; TAR Campania, Sez. VII, 19 dicembre 2023, n. 7037.

¹⁸ TAR Campania, Sez. VII, 19 dicembre 2023, n. 7037; ANAC, funz. cons. n. 13/2024.

dalla legge¹⁹. Un divieto, questo, non solo espressamente previsto dall'art. 1, co. 2, della l. n. 241/1990 (cui rinvia l'art. 12, co. 1, lett. a) del codice), ma anche strettamente legato al più ampio *favor* mostrato dal nuovo Codice nei confronti del principio del risultato, e della massima tempestività nell'affidamento (oltreché nell'esecuzione) dell'appalto (art. 1).

Nella prassi applicativa è, tuttavia, gradualmente prevalsa una interpretazione assai diversa, condizionata proprio dal ruolo esercitato, anche in sede di interpretazione/attuazione delle previsioni del Codice, dai principi generali enunciati nella Parte I del Libro I del codice, a partire da quello del risultato solennemente riconosciuto dall'art. 1 del codice. Si è, infatti, osservato che il principio all'esame non si presenti dissociato, neppure all'interno del testo dell'art. 1, dal doveroso ossequio verso i principi di legalità, trasparenza e concorrenza²⁰. D'altra parte, il Codice sembrerebbe conferire identica rilevanza anche al principio dell'accesso al mercato (art. 3), formula sintetica in grado di abbracciare riassuntivamente i diversi principi europei di concorrenza, imparzialità, non discriminazione, pubblicità, trasparenza e proporzionalità. Insomma, anche "l'accesso al mercato", al pari del "risultato", costituirebbe principio generale, idoneo non solo a ispirare le scelte dell'amministrazione²¹, ma anche a improntare di sé l'interpretazione delle disposizioni del codice dei contratti pubblici (così l'art. 4).

Alla stregua di questo più ampio quadro dei principi operanti nel settore degli affidamenti pubblici, la normativa andrebbe pertanto

¹⁹ L. BERTONAZZI, *Introduzione alle modalità semplificate di aggiudicazione degli appalti sottosoglia*, in: "Foro Amministrativo (II)", n. 3, 2024, pp. 483-509.

²⁰ In ordine al rapporto tra principio del risultato e legalità amministrativa, S. VACCARI, *Principio del risultato e legalità amministrativa*, cit., pp. 669-680; sul tema di recente, L. DE LUCIA, *L'amministrazione pubblica tra "illegalità utile" e "inefficienza utile"*, in: "Giustamm", n. 10, 2024.

²¹ Sul bilanciamento tra i differenti principi, come proiezione dell'ampliamento del margine di discrezionalità della stazione appaltante, M. CAFAGNO, *Funzioni delle gare e principi nel nuovo Codice dei contratti pubblici. Dalla giustapposizione al bilanciamento*, cit., pp. 96-106.

interpretata, nel senso che, in assenza di espliciti divieti e deroghe, le stazioni appaltanti conserverebbero intatta la facoltà di ricorrere alle procedure ordinarie, ove ciò fosse considerato opportuno in base alle caratteristiche dell'appalto o altre esigenze, da rappresentare di volta in volta a cura della stazione appaltante²². A favore di siffatta soluzione interpretativa militerebbe anche il principio di auto-organizzazione (art. 7 del codice), che sembrerebbe cospirare, come ben evidenziato dall'ANAC, verso il riconoscimento di un maggiore spazio di libertà dell'amministrazione, anche nella scelta delle modalità di affidamento degli appalti sottosoglia²³.

Insomma, il riconoscimento di un più ampio margine di libertà dell'amministrazione sarebbe coerente con l'impostazione per principi adottata dal nuovo Codice, cui naturalmente consegue un ampliamento e non una riduzione della discrezionalità amministrativa, anche in ordine alle scelte relative alle modalità di affidamento.

3. Un quadro d'insieme: ambito di applicazione, natura e scelta delle modalità semplificate

L'art. 50 del nuovo Codice individua due diverse modalità di aggiudicazione degli appalti sotto soglia, vale a dire l'affidamento diretto e la procedura negoziata senza bando. L'ambito applicativo di questi differenti moduli semplificati è definito dal Codice, tramite ricorso a soglie di valore dell'appalto, a loro volta differenziate, a seconda che l'affidamento concerna la fornitura di beni e servizi ovvero l'esecuzione di lavori.

Partendo dalla fornitura di beni e servizi, l'art. 50 prevede il ricorso: i) all'*affidamento diretto*, in riferimento alle forniture di importo inferiore ad euro 140.000 (art. 50, co. 1 lett. b); ii) alla *proce-*

²² Il dovere di motivazione, imposto ex lege dalla l. 241/1990, sarebbe tanto più importante nelle decisioni, come quella in esame, connotate da un significativo margine di discrezionalità.

²³ Circolare del Ministero delle Infrastrutture e dei trasporti n. 298 del 20 novembre 2023.

dura negoziata senza bando per quelle di importo pari o superiore ad euro 140.000, fino alla soglia di rilevanza europea di cui all'art. 14 (143.000 mila, per le stazioni centrali e 221.000, per le altre) (art. 50, co. 1, lett. e).

Con riferimento, invece, all'esecuzione dei lavori, il legislatore prevede il ricorso: i) all'*affidamento diretto*, per lavori di importo inferiore a 150.000 euro (art. 50, co. 1, lett. a); ii) alla *procedura negoziata senza bando*, previa consultazione di almeno *cinque* operatori economici, ove esistenti, individuati in base a indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, per lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro e inferiore a 1 milione di euro (art. 50, co. 1, lett. c); iii) *procedura negoziata senza bando*, previa consultazione di almeno *dieci* operatori economici, ove esistenti, individuati in base a indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, per lavori di importo pari o superiore a 1 milione di euro e inferiore alla soglia europea (art. 50, co. 1, lett. d).

La natura delle due diverse modalità di aggiudicazione previste dall'esaminato articolato normativo appare molto diversa.

Quanto all'affidamento diretto, il Codice ne offre una puntuale definizione all'interno dell'Allegato I.1, art 3, lett. d), descrivendolo come "*affidamento del contratto senza una procedura di gara, nel quale, anche nel caso di previo interpello di più operatori economici, la scelta è operata discrezionalmente dalla stazione appaltante nel rispetto dei criteri qualitativi e quantitativi di cui all'art. 50 comma 1 lett. a) e b) del codice e dei requisiti generali o speciali previsti dal medesimo codice*".

Di contro, le procedure negoziate – con tali intendendosi le procedure in cui le stazioni appaltanti consultano gli operatori economici da loro scelti e negoziano con uno o più di essi le condizioni del contratto (All. I, 1, art. 3, lett. h) -, sembrano rientrare, invece, nell'ampio *genus* delle procedure ad evidenza pubblica, vale a dire in quelle procedure connotate dalla presenza di una valutazione comparativa delle diverse offerte (All. I, 1, art. 3 lett. c)²⁴.

²⁴ Così, L. BERTONAZZI, *Introduzione alle modalità semplificate di aggiudicazione degli appalti sottosoglia*, cit., pp. 483-509.

Ne consegue che l'affidamento diretto non dà luogo, diversamente dalla procedura negoziata, a una "procedura di gara", non essendo previsto, diversamente dall'altra, un confronto competitivo tra più operatori economici.

Si è osservato nelle pagine precedenti che nelle linee guida/raccomandazioni volte a orientare le prassi operative, l'art. 50 è stato letto in guisa da non precludere alla stazione appaltante la possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie, in omaggio al principio di apertura al mercato. Anche nell'applicazione delle diverse modalità di affidamento previste dall'art. 50 è prevalsa, almeno nella prassi, l'idea che debba riconoscersi, in capo all'amministrazione precedente, un certo spazio di libertà nel decidere se ricorrere alla procedura negoziata in luogo dell'affidamento diretto, con l'unico limite derivante dal dovere di motivare adeguatamente la decisione²⁵. Anche in tal caso, sembra ragionevole affidare il bilanciamento tra opposti principi - quello di accesso al mercato, per un verso, e quelli relativi al risultato/massima celerità nell'affidamento e di non aggravamento -, alla singola amministrazione, la quale potrà, dunque, anche discostarsi dalla modalità di affidamento ritenuta in astratto congrua dal legislatore del Codice, offrendo adeguata motivazione della differente scelta compiuta.

È interessante notare come nell'art. 50, co. 1 si faccia salvezza delle previsioni relative alle contrali di committenza, racchiuse all'interno degli artt. 62 e 63. Leggendo unitariamente le diverse disposizioni, ci si avvede agevolmente che solo le amministrazioni qualificate possono ricorrere, con completezza di strumenti, alle diverse modalità di affidamento previste dall'art. 50. Quelle non qualificate possono, invece, provvedere direttamente e autonomamente, solo con riguardo "all'acquisizione di forniture e servizi di importo non superiore alle soglie previste per gli affidamenti diretti, e all'affidamento di lavori d'importo pari o inferiore a 500.000 euro"; per il resto potendo effettuare ordini "a valere su strumenti di acquisto messi a disposizione

²⁵ Parere MIT n. 2577 del 3 giugno 2024; anche ANAC, *Vademecum* cit., p. 3; A. AVINO, *La disciplina dei contratti di importo inferiore alle soglie europee alla luce dei pareri del MIT e dei provvedimenti dell'ANAC*, cit., pp. 581-599.

dalle centrali di committenza qualificate e dai soggetti aggregatori” (art. 62, co. 1)²⁶.

4. *La rotazione degli affidamenti: regole ed eccezioni*

Ciò premesso attorno alla natura delle differenti modalità di affidamento degli appalti sottosoglia, v'è da aggiungere che nessuna delle due modalità sembra avvicinarsi completamente alle caratteristiche proprie del prototipo di gara europea, difettando non solo la pubblicità della procedura, stante l'assenza di un bando, ma anche il confronto competitivo, quanto meno nell'ambito dell'affidamento diretto.

Sembra, dunque, che le modalità semplificate non siano del tutto sintoniche coi principi di concorrenza, non discriminazione, trasparenza, pubblicità, benché il codice ne invochi apertamente e a più riprese l'applicazione.

Se si pone mente alla disciplina puntuale degli affidamenti sotto soglia sembra, in effetti, che per molti aspetti si realizzi un certo grado di compressione del c.d. principio di apertura al mercato, pure riconosciuto dagli artt. 3 e 48 co. 1. Una compressione giustificata dal *favor* mostrato dal Codice per il diverso principio del risultato (art. 1), e di non aggravamento (art. 12), reclamanti l'adozione di moduli d'azione improntati all'efficienza dell'azione amministrativa, nonché alla massima tempestività dell'affidamento e all'efficacia della spesa²⁷.

Si comprende a questo punto il disposto dell'art. 49 del Codice, a stregua del quale “*gli affidamenti di cui alla presente Parte avvengono nel rispetto del principio di rotazione*”, ciò comportando il divieto di affidamento o aggiudicazione “*di un appalto al contraente uscente nei*

²⁶ L. BIFFARO, “Procedure per l'affidamento”, in: *Commentario alla normativa sui contratti pubblici, cit.*, pp. 518-529.

²⁷ Sulla prevalenza del principio del risultato nella conformazione della disciplina delle modalità semplificate di affidamento sussiste ampio consenso, J. VAVALLI, *I contratti sottosoglia, cit.*, pp. 163-190; C. BARILLA, “I contratti di importo inferiore alle soglie europee”, in: *La nuova disciplina degli appalti pubblici*, a cura di F. Dall'Acqua, A. Meola, A.S. Purcaro, Pisa, Pacini, 2023, pp. 235-257.

casi in cui due consecutivi affidamenti abbiano a oggetto una commessa rientrante nello stesso settore merceologico, oppure nella stessa categoria di opere, oppure nello stesso settore di servizi”.

Nella prospettiva assunta dal Codice, la *ratio* della rotazione sembra da ricollegare non solo, e forse neppure tanto, alla necessità di evitare la formazione di rendite di posizione, che deriverebbero dalle informazioni acquisite durante il pregresso affidamento²⁸; e neppure alla sola necessità, propria delle politiche anticorruzione, di prevenire e/o impedire il consolidamento di relazioni in grado di condizionare impropriamente le dinamiche di gestione delle risorse pubbliche, proprio là questa dinamica non può essere guidata in modo asettico da strumenti pro-concorrenziali (id est: la gara pubblica)²⁹. La *ratio* più profonda sarebbe, invece, proprio da collegare alla necessità di mitigare in qualche modo il sacrificio inferto al principio di apertura al mercato. Attraverso il principio in esame si consentirebbe, infatti, agli operatori economici, altrimenti ignorati, di conservare una *chance* di accesso al mercato delle commesse pubbliche³⁰. L’istituto

²⁸ In giurisprudenza, Cons. st., sez. V, 5 marzo 2019, n. 1524; Cons. st., sez. V, 13 dicembre 2017, n. 5854. In dottrina, J. VAVALLI, “I contratti sottosoglia”, *cit.*, pp. 163-190; in chiave critica, L. BERTONAZZI, *La rotazione degli affidamenti negli appalti sotto soglia*, in: “Foro amm.”, n. 2, 2024, pp. 261-289; anche P. ADDESSO-L. MICONI, *Affidamenti diretti: la rilevanza penale è definitivamente preclusa*, in: “Urb e app.”, 2023, pp. 186-193.

²⁹ Ratio ravvisata, in modo condivisibile, da L. BERTONAZZI, *La rotazione degli affidamenti negli appalti sotto soglia*, *cit.*, pp. 261-289; ivi anche per una critica all’orientamento giurisprudenziale che individua nella rotazione un dispositivo pro-concorrenziale, in quanto volto alla neutralizzazione del vantaggio competitivo legato allo svolgimento della precedente commessa; anche, A. AVINO, *La disciplina dei contratti di importo inferiore alle soglie europee*, *cit.*, pp. 581-599; G.F. MAIELLARO, *Principio di rotazione degli affidamenti*, in: “Commentario alla normativa sui contratti pubblici”, *cit.*, pp. 507-517.

¹n giurisprudenza, tra le molte, T.A.R., Venezia, sez. II, 20 marzo 2019, n. 344.

³⁰ In questi termini, condivisibilmente, T.A.R., Catanzaro, sez. I, 14 maggio 2018, n. 1007, ove si accenna alla necessità di “ostacolare le pratiche di affidamenti senza gara ripetuti nel tempo e di favorire la distribuzione temporale delle opportunità di aggiudicazione tra tutti gli operatori potenzialmente idonei”; in dottrina, C. BARILLA, “I contratti di importo inferiore alle soglie europee”, *cit.*,

permetterebbe allora di assicurare un minimo di imparzialità, trasparenza e non discriminazione, seppure attraverso mezzi diversi dallo strumento della gara (europea).

Sin qui la *ratio* dell'istituto.

Quanto all'ambito applicativo della rotazione, lo stesso appare oramai espressamente, e anche molto opportunamente, circoscritto ai soli appalti sotto la soglia di rilevanza europea³¹. Questa prima limitazione per certi aspetti s'impone, posto che la regola della rotazione, mentre presenta attitudine a realizzare il principio di apertura al mercato delle commesse pubbliche, in contesti nei quali pubblicità e dinamiche competitive sono escluse o affievolite, appare, invece, idonea a compromettere quello stesso principio, in contesti nei quali le dinamiche concorrenziali sono già assicurate dall'adozione del modello di gara europea. In quest'ultimo caso, la rotazione potrebbe, infatti, spingere a tradire il principio dell'accesso al mercato, quante volte la rotazione dovesse comportare l'esclusione dell'offerta migliore, benché proveniente dal precedente affidatario³².

È da aggiungere che nel precedente quadro normativo vigeva una draconiana interpretazione della rotazione. La regola era, infatti, destinata a operare in danno non solo del contraente uscente, ma anche di tutti gli altri operatori invitati nelle precedenti procedure negoziate³³. L'art. 49, co.1, del nuovo Codice sembra, invece, collegare la

pp. 235-257; E. GIARDINA, *Gli affidamenti sotto soglia*, in: "Giorn. dir. amm.", n. 3, 2023, pp. 345.

³¹ È da rammentare che il previgente codice contemplava la regola della rotazione sia nell'art. 36, sugli appalti sotto soglia, sia nell'art. 63, sulle procedure negoziate senza bando sopra soglia.

³² Rileva le disfunzioni della rotazione negli appalti sopra la soglia di rilevanza europea, L. BERTONAZZI, *La rotazione degli affidamenti...*, *cit.*, pp. 261-279; sul tema anche M. MACCHIA, "Dalla programmazione alle procedure di acquisto", *in questo volume, cit.*, pp. 5-23.

³³ Secondo le Linee Guida n. 4 ANAC, la rotazione implicava "il divieto di invito a procedure dirette all'assegnazione di un appalto, nei confronti del contraente uscente e dell'operatore economico invitato e non affidatario nel precedente affidamento", punto 3.6.

rotazione al solo divieto di aggiudicazione o affidamento a favore del *contraente uscente*, nulla prevedendo in merito agli altri operatori invitati in precedenti procedure negoziate³⁴.

In ordine alla natura della rotazione, è stato sostenuto che la stessa si configuri quale vera e propria regola, anziché come mera norma di principio³⁵: all'interno dell'art. 49 del codice si ritroverebbe, infatti, una precisa definizione non solo dell'effetto giuridico prodotto (divieto a carico della stazione appaltante di procedere all'affidamento a vantaggio del medesimo operatore), ma anche della fattispecie, individuata dal legislatore nell'affidamento di commesse rientranti nello stesso settore merceologico. L'antecedente, il cui inveramento produce l'effetto giuridico, sembrerebbe, dunque, chiuso, come usualmente è per le regole, e non aperto, come, invece, nei principi³⁶.

La circostanza che il legislatore abbia configurato la rotazione a stregua di regola non esclude la presenza, nell'ambito dello stesso articolato normativo, di molteplici deroghe o eccezioni.

In primo luogo, la rotazione è destinata a non operare, tutte le volte che le diverse commesse abbiano carattere di non omogeneità, avuto riguardo all'identità del settore merceologico, della categoria di opere o del settore di servizi³⁷. È da rammentare che, secondo la giurisprudenza, l'identità di settore si avrebbe in caso di "(...)identi-

³⁴ Si vedano i chiarimenti ANAC del 24 giugno 2024 nonché il Vademecum informativo per gli affidamenti diretti adottato il 30 luglio 2024 della stessa ANAC; sul punto anche R. Russo, *Contratti d'appalto sotto soglia europea*, cit., p. 181; E. GIARDINO, *Gli affidamenti sotto soglia*, in: "Giorn. dir. amm.", n. 3, 2023, pp. 345-357.

³⁵ L. BERTONAZZI, *La rotazione degli affidamenti*, cit., pp. 261-279.

³⁶ G. PINO, *Principi e argomentazione giuridica*, in: "Ars Interpretandi. Annuario di ermeneutica giuridica", 2009, pp. 131-158, che ravvisa le caratteristiche dei principi nella genericità, vaghezza dell'antecedente, nella presenza di eccezioni implicite. Ma lo stesso autore rammenta che siffatte caratteristiche sono talvolta presenti anche nelle regole, sì che la distinzione tra principi e regole sembra essere più quantitativa che qualitativa.

³⁷ In riferimento al precedente quadro normativo, Cons. st., sez. V, 5 marzo 2019, n. 1524; sul punto anche R. RUSSO, *Contratti d'appalto sotto soglia europea, istituti e clausole comuni*, cit., pp. 175-207.

tà (e continuità), nel corso del tempo, della prestazione principale o comunque - nel caso in cui non sia possibile individuare una chiara prevalenza delle diverse prestazioni dedotte in rapporto (tanto più se aventi contenuto tra loro non omogeneo) - che i successivi affidamenti abbiano comunque ad oggetto, in tutto o parte, queste ultime”³⁸.

Un’ulteriore e implicita deroga sarebbe legata alla facoltà, concessa alla stazione appaltante, di ripartire gli affidamenti in fasce in base al valore economico. Ove venisse adottato in simile modello, il divieto di affidamento troverebbe applicazione solo con riferimento a ciascuna fascia (art. 49, co. 3).

Ulteriori deroghe e/o adattamenti alla regola della rotazione sono poi contemplati nei commi 4, 5 e 6 del citato art. 49³⁹.

Il comma 4 prevede che, in casi motivati con riferimento alla struttura del mercato, alla effettiva assenza di alternative, nonché all’accurata esecuzione del precedente contratto, il contraente uscente possa essere reinvitato o essere individuato quale affidatario diretto⁴⁰. Si tratta di una eccezione alla regola rotazione, già, peraltro, riconosciuta nella giurisprudenza pregressa⁴¹. È importate sottolineare che, secondo la lettura offerta da Anac e dalla relazione al Codice, i presupposti previsti dal comma 4 dovrebbero tutti *contemporaneamente* ricorrere, per legittimare la decisione della p.a. di escludere la rotazione; a questa stregua, i presupposti descritti dalla citata disposizione dovrebbero intendersi come concorrenti e non come alternativi⁴². Si tratta di una lettura, tuttavia, non univoca; una interpretazione più fedele alla lettera della disposizione spingerebbe a intendere i diversi presupposti previsti dall’art. 49, co. 4, come autonomamente suf-

³⁸ Cons. st., sez. V, 5 marzo 2019, n. 1524; sul punto J. VAVALLI, “I contratti sottosoglia”, *cit.*, pp. 163-190 e i chiarimenti ANAC del 24 giugno 2024.

³⁹ S. FATA, *Il regime giuridico dell’affidamento diretto di servizi e forniture ed il principio di rotazione*, in: “Urb. e App.”, n. 5, 2023, pp. 541-545.

⁴⁰ Cons. st., sez. III, 31 maggio 2024, n. 4875.

⁴¹ Cons. st., sez. V, 5 marzo 2019, n. 1524.

⁴² In questi termini i chiarimenti ANAC del 24 giugno 2024, anche menzionando la relazione illustrativa al codice, e il successivo Vademecum del 30 luglio 2024.

ficienti a legittimare l'abbandono della regola della rotazione⁴³. Sul punto si rimane in attesa delle prime prese di posizioni della giurisprudenza. Con maggior grado di sicurezza è possibile, invece, affermare che gravi in capo all'amministrazione l'onere di motivare la propria scelta, esponendo le ragioni giustificative della deroga.

Il comma 5 prevede che, per i contratti affidati con procedure negoziate senza bando, le stazioni appaltanti non applicano il principio di rotazione quando l'indagine di mercato sia stata effettuata senza porre limiti al numero di operatori economici in possesso dei requisiti richiesti da invitare. Si ritiene che il grado di maggiore apertura della procedura renda in tal caso del tutto superflua la previsione di una regola di rotazione⁴⁴.

In ultimo, il comma 6 prevede la possibilità di derogare al principio della rotazione, per gli affidamenti diretti di importo inferiore a 5.000 euro.

Anche in merito all'interpretazione della disposizione all'esame, sono nel tempo emerse diverse letture. Alcuni ritengono che, ai fini della disapplicazione della regola della rotazione, l'amministrazione debba semplicemente giustificare la propria scelta, dando atto della presenza di un micro-acquisto, inferiore rispetto alla soglia (di cinque mila euro) ritenuta rilevante dal legislatore⁴⁵. Secondo altri, invece, ciò non basterebbe, rendendosi sempre necessaria una vera e propria motivazione, che riporti, seppure sinteticamente, le ragioni obiettive idonee a giustificare una deroga, similmente a quanto richiesto dal precedente comma 4. Con riferimento al calcolo della soglia ritenuta rilevante dal codice ai fini della deroga, alcune delle previsioni delle

⁴³ L. BERTONAZZI, *La rotazione degli affidamenti*, cit., pp. 261-279, che riduce al numero di due i presupposti descritti dall'art. 49, co. 2: da un lato si porrebbe "l'assenza di alternative", cui andrebbe ricondotto il presupposto relativo alla "struttura di mercato"; dall'altra si avrebbe l'accurata esecuzione del precedente contratto.

⁴⁴ Così, condivisibilmente, anche G.F. MAIELLARO, *Principio di rotazione degli affidamenti*, cit., pp. 507-517.

⁴⁵ G.F. MAIELLARO, *ibidem*; L. BERTONAZZI, *La rotazione degli affidamenti*, pp. 261-279.

Linee Guida n. 4 manterrebbero inalterate la propria validità, anche al cospetto della nuova disciplina del 2023⁴⁶. Tanto avverrebbe, in particolar modo, per quanto riguarda il divieto di procedere ad “arbitrari frazionamenti delle commesse e delle fasce di importo” nonché per il divieto ulteriore di evitare “strumentali determinazioni del calcolo del valore stimato dell’appalto”.

5. *Gli affidamenti diretti*

È opportuno a questo punto scendere a esaminare un po’ più nel dettaglio le diverse modalità di aggiudicazione, partendo dall’affidamento diretto.

L’intera disciplina appare connotata da un alto grado di semplicità, concentrazione e speditezza. Basti pensare che un’unica determinazione, vale a dire quella a contrarre prevista dall’art. 17, co. 2, è chiamata a individuare non solo l’oggetto e l’importo dell’appalto, ma anche il contraente, unitamente alle ragioni della sua scelta, oltre che i requisiti di carattere generale e quelli inerenti alla capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale dell’affidatario. La stessa determina deve poi contenere anche la nomina del RUP, secondo quanto prevede l’art. 15, co. 3. Queste caratteristiche strutturali dell’affidamento diretto, intese a concentrare in un unico atto determina a contrarre, impegno di spesa e atto di affidamento, palesano con ancora più evidenza l’assenza di una vera e propria *procedura*, conseguenza questa dell’assenza di veri e propri meccanismi a carattere competitivo. Ed infatti, in merito al nodo centrale dell’individuazione del contraente, l’unica condizione posta in capo alla stazione appaltante dall’art. 50, co. 1, lett. a) e b) è che la scelta cada su “*soggetti in possesso di documentate esperienze pregresse idonee all’esecuzione delle prestazioni contrattuali anche individuati tra gli iscritti in elenchi o albi istituiti dalla stazione appaltante*”, senza che sia necessaria neppure “*la consultazione di più operatori economici*”.

⁴⁶ Come rammentato dall’ANAC nei suoi chiarimenti del 24 giugno 2024.

La circostanza che nell'affidamento diretto manchi un confronto concorrenziale tra più offerte non significa, tuttavia, che l'amministrazione possa/debba affidare il contratto, senza ricorrere a forme di procedimentalizzazione della scelta.

In realtà, appare condivisibile l'idea che la procedimentalizzazione dell'affidamento, tramite la consultazione di più operatori economici⁴⁷, costituisca soluzione, forse, da preferire, pur se non imposta dal Codice.

Convince di questo, in primo luogo, la necessità che la stazione appaltante proceda ad aggiudicare l'appalto, esternando "*le ragioni della scelta del contraente*" (art. 17, co. 2). Se è vero che l'onere motivazionale sembra limitato dall'art. 50 alla sola verifica circa la presenza di "*documentate esperienze pregresse idonee all'esecuzione delle prestazioni contrattuali*", è anche vero che l'amministrazione è pur sempre tenuta a procedere secondo principi di economicità. Da qui l'opportunità/necessità che la stazione appaltante e il RUP valutino sempre non solo la rispondenza di quanto offerto all'interesse pubblico⁴⁸, ma anche la congruità dell'offerta, attingendo a parametri inevitabilmente esterni, quali il riferimento ai listini di mercato, alle offerte precedenti per commesse identiche, all'analisi dei prezzi praticati ad altre amministrazioni o *al confronto tra più preventivi forniti da due o più operatori economici*; soluzione questa individuata quale *best practice* dall'ANAC, sotto il vigore del precedente codice⁴⁹. Senza questa necessaria attività conoscitiva, disimpegnabile anche attingendo al sistema di elenchi degli operatori economici, previsto dall'art. 50 e più nel dettaglio regolato dall'Allegato II.1⁵⁰, il RUP non sarebbe posto nelle condizioni di apprezzare, in concreto, la congruità dell'offerta,

⁴⁷ Secondo modalità già previste, sotto il vigore della precedente regolamentazione, dalle Linee Guida ANAC n. 4, punto 4.3.1.

⁴⁸ Come rammenta T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. IV, 17 aprile 2023, n. 949, che rinvia, peraltro, alle Linee Guida ANAC n. 4, punto 4.3.1.

⁴⁹ Sempre Linee Guida ANAC n. 4, punto 4.3.1.

⁵⁰ Su cui, i chiarimenti ANAC del 24 giugno 2024.

ciò che potrebbe dar luogo a forme di responsabilità, quanto meno contabile, del funzionario⁵¹.

Il ricorso a forme di procedimentalizzazione dell'affidamento diretto sembra, altresì, suggerito dai principi europei di apertura al mercato, quante volte almeno permanga un dubbio circa la rilevanza, a una stregua europea, del contratto⁵².

In ogni caso, la procedimentalizzazione dell'affidamento diretto, mediante acquisizione di una pluralità di preventivi, non vale a trasformare l'affidamento in una procedura di gara⁵³, né sembra fornire agli operatori non selezionati la legittimazione a contestare l'affidamento, disposto a favore di terzi⁵⁴.

Se forme di procedimentalizzazione sono, pertanto, opportune anche nell'affidamento diretto, appare evidente che l'unicità della determinazione a contrarre/atto di affidamento, voluta dal Codice (agli artt. 15, co. 3 e art. 17, co. 2), non sia a ben guardare capace di riflettere la reale struttura dell'affidamento diretto. Appare, infatti, condivisibile l'idea, espressa di recente dall'ANAC nel suo vademecum del 30 luglio 2024⁵⁵, che l'affidamento diretto consti di tre differenti fasi.

La prima, di natura preparatoria, è caratterizzata dalla nomina del RUP, chiamato a svolgere le attività preliminari, quali la verifica circa l'esistenza di una deroga all'obbligo di ricorso prioritario al MePA e ai sistemi telematici regionali. Si rammenta in proposito che l'art. 48, co 3, del codice ha riconosciuto la perdurante vigenza degli obblighi di utilizzo degli strumenti di acquisto e di negoziazione previsti dalle

⁵¹ Per una valutazione più ampia dei possibili risvolti penalistici, legati a una non corretta gestione dell'affidamento, v. P. ADESSO-L. MICONI, *Affidamenti diretti: la rilevanza penale è definitivamente preclusa, cit.*, pp. 175-193.

⁵² Si condivide l'idea di J. VAVALLI, "I contratti sottosoglia", *cit.*, pp. 163-190.

⁵³ Cons. st., Sez. IV, 23 aprile 2021 n. 3287.

⁵⁴ Cons. st., Sez. IV, 23 aprile 2021 n. 3287.

⁵⁵ ANAC, Vademecum informativo per gli affidamenti diretti di lavori di importo inferiore a 150.000,00 euro, e di forniture e servizi di importo inferiore a 140.000 euro, 30 luglio 2024.

disposizioni in materia di contenimento della spesa (art. 1, comma 450, L. n. 296/2006).

La fase successiva è quella di selezione informale, caratterizzata dalla richiesta di preventivi o dallo svolgimento di eventuali indagini di mercato.

La terza è quella dell'affidamento vero e proprio, di spettanza anche dello stesso RUP, ove munito dei relativi poteri in base alla qualifica posseduta (di norma dirigenziale) e all'ordinamento interno alla stazione appaltante (art. 7, co. 1, lett g), All.to I.2)⁵⁶. La procedura si completerebbe con pubblicazione di un avviso sui risultati delle procedure di affidamento, sul sito istituzionale nonché sulla Banca dati nazionale dei contratti pubblici dell'ANAC, ai sensi dell'art. 58, co. 9.

6. Gli affidamenti diretti sotto la soglia dei cinque mila euro

Con riguardo agli acquisti di importo inferiore ai cinque mila euro, la normativa prevede non solo l'esenzione dal principio di rotazione (art. 49, co. 6), ma anche l'esenzione dall'obbligo di ricorso al MePA e ai sistemi telematici regionali (art. 1, comma 450, L. n. 296/2006).

Dovrebbero, invece, rimanere fermi anche per i micro-acquisti gli obblighi di pubblicazione e digitalizzazione previsti dall'art. 50⁵⁷.

⁵⁶ In ordine alle complesse problematiche inerenti ai rapporti tra RUP e dirigente responsabile dell'ufficio, M. BOLOGNESI, *Il responsabile unico del progetto nel Codice dei contratti pubblici n. 36/2023*, in: "Urb. e app.", n. 2, 2024, pp. 202-215.

⁵⁷ Che prescindono dalla natura sopra o sotto soglia dell'affidamento, come rammenta in questo volume, anche M. MACCHIA, "Dalla programmazione alle procedure di acquisto", in questo volume, pp. 5-23. È da rammentare che l'ANAC ha prorogato fino al 31 dicembre 2024 la possibilità di utilizzare l'interfaccia web messa a disposizione dalla Piattaforma PCP dell'Autorità per gli affidamenti diretti di importo inferiore a 5.000 euro in caso di impossibilità o difficoltà di ricorso alle piattaforme di approvvigionamento digitale, al fine di consentire

7. *Le procedure negoziate*

Con riferimento alle procedure negoziate, le stesse si caratterizzano per la presenza di un confronto competitivo tra diversi operatori economici.

La presenza di una vera e propria gara è in grado di riflettersi anche sui profili strutturali di questa diversa modalità di affidamento, dando luogo alla presenza di una vera e propria procedura, scandita da momenti e fasi ben distinte.

Detta procedura prende avvio con la decisione a contrarre, volta a individuare gli elementi essenziali del contratto e i criteri di selezione degli operatori economici e delle offerte, e la contestuale nomina del RUP (art. 15, co. 1 e art. 17, co. 1).

Una indicazione un po' più analitica del contenuto dell'atto di avvio è individuato dall'art. 1, co. 2, dell'All.to II.1, il quale richiede che la decisione o determina a contrarre rechi anche l'indicazione dell'interesse pubblico che si intende soddisfare, le caratteristiche delle opere, dei beni o dei servizi oggetto dell'appalto, l'importo massimo stimato dell'affidamento e la relativa copertura contabile, la procedura che si intende seguire con una sintetica indicazione delle ragioni della scelta, i criteri per l'individuazione degli operatori da invitare alla procedura negoziata a seguito dell'indagine di mercato o della consultazione degli elenchi, i criteri per la selezione degli operatori economici e delle offerte nonché le principali condizioni contrattuali.

A questa prima fase segue la consultazione degli operatori economici, "*individuati in base a indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici*" (art. 50, co. 1, lett. c), d) ed e), nel rispetto del criterio di rotazione degli affidamenti (art. 1, co. 1, All.to, II,1).

Indagini di mercato ed elenchi di operatori sono strumenti, tra loro alternativi, utili a individuare gli operatori economici da invitare alla procedura negoziata. La successiva selezione delle offerte avverrà,

l'assolvimento delle funzioni demandate, ivi compresi gli obblighi in materia di trasparenza (da ultimo, comunicato del Presidente del 28 giugno 2024).

invece, in base ai criteri, previamente individuati, dell'offerta economicamente più vantaggiosa (OEPV) o del prezzo più basso, salvo che si tratti di servizi, contratti o affidamenti individuati dall'art. 102, co. 2, per i quali s'impone, invece, l'impiego del criterio OEPV (art. 50, co. 4). L'art. 50 si limita a individuare direttamente alcuni principi o disposizioni generali in merito alla negoziazione, rinviando a un apposito allegato per la disciplina più analitica delle modalità di gestione degli elenchi e delle indagini di mercato (II.1, richiamato dall'art. 50, co. 2)⁵⁸. Per quanto dettagliata, la disciplina racchiusa nell'allegato lascia, comunque, margini per un'ulteriore "personalizzazione" a cura delle singole amministrazioni, le quali potranno così dotarsi di un proprio regolamento (art. 1, All.to II.1).

Partendo dalle *indagini di mercato*, le stesse hanno natura esplorativa, e non sono, pertanto, idonee a ingenerare nel destinatario alcun affidamento circa il successivo invito. Svolte secondo le modalità ritenute più convenienti dalla stazione appaltante, le indagini sono, altresì, differenziate per importo e complessità di affidamento, anche tramite la consultazione dei cataloghi elettronici del mercato elettronico propri o delle altre stazioni appaltanti, nonché di altri fornitori esistenti.

La stazione appaltante dovrà assicurare adeguate forme di pubblicità dell'attività di esplorazione del mercato, scegliendo gli strumenti più idonei in ragione della rilevanza del contratto per il settore merceologico di riferimento e della sua contendibilità. A tal fine, la stazione appaltante è chiamata a pubblicare un avviso sul proprio sito istituzionale nonché sulla Banca dati nazionale dei contratti pubblici dell'ANAC. L'avviso di avvio dell'indagine di mercato deve individuare, ai sensi dell'art. 2, All.to III.1, il valore dell'affidamento, gli elementi essenziali del contratto, i requisiti di idoneità professionale, i requisiti minimi di capacità economica e finanziaria e le capacità

⁵⁸ L'art. 50, co.3, precisa a sua volta che "*l'allegato II.1 è abrogato a decorrere dalla data di entrata in vigore di un corrispondente regolamento adottato ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, previo parere dell'ANAC, che lo sostituisce integralmente anche in qualità di allegato al codice*".

tecniche e professionali richieste ai fini della partecipazione, il numero minimo ed eventualmente massimo di operatori che saranno invitati alla procedura, i criteri di selezione degli operatori economici, le modalità per comunicare con la stazione appaltante.

Nel caso in cui sia previsto un numero massimo di operatori da invitare, l'avviso di avvio dell'indagine di mercato dovrà indicare anche i criteri utilizzati per la scelta degli operatori. Tali criteri dovranno essere oggettivi, coerenti con l'oggetto e la finalità dell'affidamento e con i principi di concorrenza, non discriminazione, proporzionalità e trasparenza. Il sorteggio o altri metodi di estrazione casuale dei nominativi sono consentiti solo in casi eccezionali in cui il ricorso ai criteri di cui al terzo periodo è impossibile o comporta per la stazione appaltante oneri assolutamente incompatibili con il celere svolgimento della procedura; tali circostanze devono essere esplicitate nella determina a contrarre (o in atto equivalente) e nell'avviso di avvio dell'indagine di mercato. L'art. 2 dell'Allegato non fa altro che precisare *in parte qua* il divieto già enunciato direttamente dal codice, all'art. 50, co. 2.

Con riferimento, invece, agli *elenchi di operatori*, costituenti la seconda modalità di individuazione del contraente, gli stessi sono costituiti a seguito di avviso pubblico, pubblicato sul sito istituzionale della stazione appaltante e sulla Banca dati nazionale dei contratti pubblici dell'ANAC. L'avviso indica i requisiti di carattere generale che gli operatori economici devono possedere, la modalità di selezione degli operatori economici da invitare, le categorie e fasce di importo in cui l'amministrazione intende suddividere l'elenco e gli eventuali requisiti minimi richiesti per l'iscrizione, parametrati in ragione di ciascuna categoria o fascia di importo. L'operatore economico potrà richiedere l'iscrizione limitata a una o più fasce di importo, ovvero a singole categorie.

La regolamentazione della costituzione dell'elenco si ispira alla massima semplificazione. L'operatore è, infatti, abilitato ad attestare il possesso dei requisiti mediante dichiarazione sostitutiva. L'allegato prevede un preciso termine (di regola, 30 gg) entro il quale la stazione appaltante è tenuta alla valutazione delle istanze, l'inosservanza del quale equivale ad accoglimento dell'istanza di iscrizione.

La stazione appaltante stabilisce, altresì, le modalità di revisione dell'elenco, con cadenza prefissata o al verificarsi di determinati eventi e, comunque, provvede alla cancellazione degli operatori che abbiano perduto i requisiti richiesti. Gli elenchi, non appena costituiti, sono pubblicati sul sito web della stazione appaltante.

Una volta costituito l'elenco si tratterà di individuare gli operatori da invitare alla procedura negoziata. Di questa fase si occupa l'art. 3, co. 3, là dove prevede che la scelta degli operatori da invitare debba essere effettuata secondo criteri oggettivi, coerenti con l'oggetto e la finalità dell'affidamento e con i principi di concorrenza, non discriminazione, proporzionalità e trasparenza. Anche in tal caso, sono vietati il sorteggio o altri metodi di estrazione casuale dei nominativi, in coerenza col divieto posto in termini generali dall'art. 50, co. 2.

L'ultima fase è quella di aggiudicazione, adottata dallo stesso RUP, ove ne abbia competenza, o dal dirigente dell'ufficio, con pubblicazione sul sito istituzionale nonché sulla Banca dati nazionale dell'avviso sui risultati delle procedure di affidamento, con l'indicazione anche dei soggetti invitati (art. 50, comma 9).

8. Nomina della Commissione giudicatrice, ruolo e posizione del RUP

Sulla scorta del rinvio racchiuso nell'art. 48, co. 4), gli appalti sotto soglia soggiacciono anche alle altre disposizioni del Codice, ove non espressamente derogate.

Tra le altre disposizioni applicabili, campeggiano anche quelle relative alla nomina della Commissione giudicatrice, necessaria, tutte le volte che la stazione appaltante intenda affidare il contratto, adottando il criterio dell'offerta economicamente più vantaggioso (art. 93).

Con riferimento agli appalti sotto soglia, l'adozione di siffatto criterio sarà senz'altro possibile per le procedure negoziate senza bando, previste dall'art. 50, co. 1, lett. c), d), e), ma non per gli affidamenti diretti⁵⁹.

⁵⁹ Sulla possibilità di impiegare il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, in alternativa al criterio del prezzo più basso, nell'ambito delle pro-

La nomina avverrà, a cura della stazione appaltante, su richiesta dello stesso RUP, dopo la scadenza del termine della presentazione delle offerte (art. 6, co. 2, lett. h) All.to I.2, e art. 93, co. 1).

Rispetto alla disciplina sugli appalti sopra soglia, ove è previsto che il RUP sia un mero componente della commissione giudicatrice (art. 93, co. 3), la disciplina degli appalti sotto soglia prevede un rafforzamento della posizione del Responsabile, là dove è contemplata la possibilità che il RUP partecipi alla commissione giudicatrice “anche in qualità di presidente” (art. 51).

Proprio con riguardo alla posizione del RUP, il codice del 2023 è intervenuto contestualmente a eliminare alcune possibili antinomie tra la disciplina degli appalti e quella racchiusa nel Testo Unico degli Enti Locali, fonte anche in passato di diverse incertezze, in merito alle prerogative del RUP, sprovvisto di qualifica dirigenziale.

Il problema sorgeva da questo, che l’art. 107, comma 3, del decreto legislativo n. 267 del 2000, riservava ai soli dirigenti degli uffici l’attribuzione della presidenza delle commissioni di gara. L’art. 226, comma 5, del nuovo codice ha, perciò, disinnescato possibili dubbi interpretativi, aggiungendo al comma 3 dell’art. 107 del TUPi un ulteriore comma, a stregua del quale “la commissione giudicatrice, nel caso di aggiudicazione dei contratti di importo inferiore alle soglie europee con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, può essere presieduta dal responsabile unico del procedimento”.

cedure negoziate, cfr. art. 50, co. 4. Nel senso che non possa applicarsi il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa agli affidamenti diretti puri, v. anche il parere MIT n. 2301 del 24 febbraio 2024, secondo cui l’art. 50, co. 4, d.lgs. 36/2023 “(...)limita l’utilizzo del criterio dell’OEPV alle sole procedure negoziate senza pubblicazione di bando”. Ma a ben vedere, l’inapplicabilità dell’OEPV agli affidamenti diretti deriva più radicalmente, e sul piano sistematico, proprio dall’assenza di un confronto competitivo, ove è richiesta una valutazione sintetica sulla congruità dell’offerta e l’idoneità dell’offerente”.

9. *Requisiti d'ordine generale e speciale e il loro successivo controllo ad opera del RUP*

Sempre sulla scorta del rinvio racchiuso nell'art. 48, co. 4, si applicheranno anche agli appalti sotto soglia le previsioni del codice riferite ai requisiti generali (artt. 95 ss.) e speciali (art. 100, idoneità professionale, capacità economica e finanziaria e capacità tecniche e professionali)⁶⁰. Le stazioni appaltanti saranno naturalmente chiamate a individuare requisiti (speciali) di partecipazione proporzionati e attinenti all'oggetto dell'appalto (art. 100, co. 2).

Stante l'assenza di un bando, i requisiti andranno formalizzati dalla stazione appaltante nell'avviso volto ad avviare l'indagine di mercato (art. 2, co. 3, All. II.1); ovvero nell'avviso di formazione dell'elenco di operatori (art. 3, co. 1, All. II.1); o, ancora, nella richiesta di preventivo, specie nel caso di affidamento diretto, ove il Codice prevede comunque un momento di formalizzazione nella delibera unica di cui all'art. 17, co. 2.

L'art. 52 prevede norme di semplificazione, riferite sia all'attestazione dei requisiti da parte degli operatori economici, sia al controllo successivo, a iniziativa della stazione appaltante.

Quanto al primo profilo, gli operatori economici sono abilitati ad attestare il possesso dei requisiti di partecipazione e di qualificazione richiesti, tramite dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà (art. 52, co. 1). Questa misura di semplificazione è tuttavia praticabile solo dove la modalità di aggiudicazione sia quella dell'affidamento diretto e il contratto da affidare abbia un valore inferiore ai 40 mila euro. Una disposizione assai simile è prevista, peraltro, in relazione alla formazione degli elenchi di operatori economici, ove il singolo aspirante è

⁶⁰ L'art. 3, lett. d) dell'All. I.1 definisce l'«affidamento diretto» come affidamento del contratto senza una procedura di gara, nel quale, anche nel caso di previo interpello di più operatori economici, la scelta è operata discrezionalmente dalla stazione appaltante o dall'ente concedente, nel rispetto dei criteri qualitativi e quantitativi di cui all'articolo 50, comma 1 lettere a) e b), del codice dei requisiti generali o speciali previsti dal medesimo codice.

abilitato ad attestare il possesso dei requisiti mediante dichiarazione sostitutiva (art. 3, co. 2, All. II.1).

Quanto al secondo profilo, in deroga alle disposizioni del codice - le quali prevedono che l'organo competente disponga l'aggiudicazione "*solo dopo aver verificato il possesso dei requisiti in capo all'offerente*" (art. 18, co. 5) -, il citato art. 52, co. 2, abilita la stazione appaltante a verificare le dichiarazioni, anche previo sorteggio di un campione individuato con modalità predeterminate ogni anno. Nella sostanza, ferma restando la possibilità della stazione appaltante di verificare le dichiarazioni prima dell'aggiudicazione, questa ben potrà compiere le verifiche su un numero ristretto di aggiudicatari, con controllo, dunque, condotto a campione e a carattere successivo.

L'art. 52, co. 2, prende posizione anche in merito alle conseguenze della verifica con esito negativo, prevedendo che, ove in conseguenza della verifica, non sia confermato il possesso dei requisiti generali o speciali dichiarati, la stazione appaltante debba procedere alla risoluzione del contratto e all'escussione della eventuale garanzia definitiva.

La stazione appaltante è tenuta, altresì, a darne comunicazione all'ANAC e a procedere alla sospensione dell'operatore economico dalla partecipazione alle procedure di affidamento indette dalla medesima stazione appaltante per un periodo da uno a dodici mesi decorrenti dall'adozione del provvedimento. Quest'ultima previsione sembra rammentare le disposizioni, racchiuse nell'art. 96, co. 15.

L'esclusione dell'operatore economico dalla partecipazione alle procedure indette dalla stazione appaltante per un determinato periodo costituisce una delle innovazioni del codice del 2023. Si tratterebbe, secondo l'ANAC, di una misura a carattere sanzionatorio di tipo interdittivo, aggiuntiva rispetto a quella irrogata, con autonomo procedimento dall'ANAC⁶¹. Il procedimento volto alla sua irrogazione dovrebbe, pertanto, rispettare i principi generali che regolano le sanzioni, vale a dire i principi di tassatività, irretroattività, proporzionalità e del contraddittorio.

⁶¹ Parere Anac n. 235 del 2024, Vademecum ANAC, cit., p. 5.

Sebbene non prevista da alcuna specifica norma, pare scontato che la stazione appaltante debba, altresì, procedere a inoltrare la segnalazione alla procura della Repubblica, nel caso di false dichiarazioni, idonee a integrare il delitto di cui all'art. 483 c.p.

10. *Verifica di anomalia dell'offerta*

La valutazione d'anomalia dell'offerta costituisce un sub-procedimento, regolato dall'art. 110 del codice, da azionare in presenza di un'offerta appaia anormalmente bassa, allo scopo di verificarne la congruità, serietà, sostenibilità e realizzabilità. Il sub-procedimento si svolge in contraddittorio con l'impresa interessata, che potrà, dunque, presentare le proprie giustificazioni. Il provvedimento di esclusione dovrà naturalmente essere adeguatamente motivato.

Anche per le verifiche di anomalia delle offerte, la disciplina degli appalti sotto soglia introduce meccanismi di forte semplificazione. Secondo l'art. 54, nel caso di aggiudicazione con il criterio del prezzo più basso di contratti di appalto di lavori o servizi di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea che non presentano un interesse transfrontaliero certo, le stazioni appaltanti *“prevedono negli atti di gara l'esclusione automatica delle offerte che risultano anomale, qualora il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a cinque”*.

La semplificazione consentita dall'adozione di meccanismi automatici assume senso e ragione, in presenza di un numero cospicuo di offerte (pari o superiore a cinque) e in riferimento ai contratti più complessi (lavori e servizi), in relazione ai quali la verifica di anomalia può risultare più laboriosa: ecco spiegate, dunque, le limitazioni previste dall'art. 54 all'ambito di applicazione del meccanismo automatizzato di verifica di anomalia⁶².

Per gli affidamenti sotto soglia per i quali non siano operanti meccanismi automatici, troverà, invece, applicazione la disciplina ordinaria di cui all'art. 110. L'art. 54 esclude, invece, la possibilità di ri-

⁶² In questi termini, la Relazione illustrativa allegata al Codice degli appalti, p. 81.

correre a forme di esclusione automatica per gli affidamenti diretti di cui all'art. 50, co. 1, lett. a) e b). Per questi affidamenti non troverà applicazione neppure la verifica di anomalia, secondo l'art. 110 del codice, stante l'assenza di un confronto competitivo tra più offerte⁶³.

Affinché la stazione appaltante possa ricorrere, nei casi consentiti, al meccanismo di esclusione automatica, occorre che esso sia espressamente previsto negli atti di gara, con individuazione di uno dei tre metodi matematici indicati nell'allegato II.2 (art. 54, co. 2)⁶⁴.

Sarà in ogni caso consentito alle stazioni appaltanti di valutare la congruità di ogni altra offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa (art. 54, co. 1).

11. *Termine di stipulazione del contratto ed esecuzione anticipata*

In armonia con la *ratio* di semplificazione, il Codice prevede una regolamentazione speciale, derogatoria rispetto a quella ordinaria, anche in ordine ai termini di stipula del contratto.

Una prima deroga è prevista in merito all'esecuzione, contemplandosi la possibilità di una esecuzione *anticipata* del contratto, immediatamente dopo la verifica dei requisiti dell'aggiudicatario (art. 50, co. 6).

Un'altra deroga è contemplata in merito ai tempi di stipula del contratto. Secondo le disposizioni del Codice, la stazione appaltante non può procedere alla stipulazione del contratto: a) prima che siano decorsi trentacinque giorni dall'invio dell'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione (*standstill period*, art. 18 co. 3); b) in caso di notifica di ricorso avverso l'aggiudicazione con contestuale domanda cautelare, fino alla pubblicazione del provvedimento cautelare di primo grado o del di-

⁶³ Su cui pareri MIT n. 2391 e n. 2311 del 26 febbraio 2024.

⁶⁴ La *ratio* di questa elaborata regolazione tecnica è legata all'opportunità di ridurre i rischi di manipolazione della soglia di anomalia, su cui ancora la Relazione illustrativa allegata al Codice degli appalti, p. 82.

spositivo o della sentenza di primo grado, in caso di decisione del merito all'udienza cautelare (art. 18, co. 4).

Entrambe le disposizioni sono, tuttavia, espressamente disapplicate per i contratti di importo inferiore alla soglia europea (cfr. artt. 18, co. 3, lett. d) e 55, co. 2), per i quali sussiste, invece, l'obbligo di procedere alla stipula entro il termine di trenta giorni dall'intervenuta aggiudicazione (così l'art. 55, co. 1).

12. *Obblighi di trasparenza e digitalizzazione*

L'art. 50 contempla ai commi 2, 8 e 9 un serie di obblighi di pubblicazione da assolvere tramite l'invio Banca dati nazionale dei contratti pubblici dell'ANAC e la pubblicazione sul sito istituzionale della stazione appaltante. In particolare, il codice assoggetta a questo obbligo una serie di atti; si tratta, più esattamente, i) dei bandi e degli avvisi di pre-informazione (da non confondere con); ii) dell'avviso sui risultati delle procedure di affidamento, recante l'indicazione anche dei soggetti consultati (comma 2) e, invitati, ove si tratti di procedure negoziate (comma 9). Le disposizioni all'esame vanno coordinate con le previsioni racchiuse nel d.lgs n. 33/2013.

Le diverse disposizioni relative alla pubblicità e alla trasparenza negli affidamenti sotto soglia esibiscono una *ratio* assai simile a quella già esaminata a proposito della rotazione: l'intento è quello di bilanciare, in una logica di anticorruzione, l'ampia discrezionalità di cui dispone l'amministrazione in sede di individuazione dell'affidatario.

Con riferimento alle previsioni sulla digitalizzazione, le stesse hanno acquistato efficacia a decorrere dal 1° gennaio 2024 (art. 225). Si rammenta in proposito che l'art. 25, co. 2, chiama le stazioni appaltanti a utilizzare le piattaforme di approvvigionamento digitale certificate, per svolgere le procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici, secondo le regole tecniche di cui all'art. 26. La disposizione all'esame, in quanto non derogata, si applica non solo

agli appalti sotto soglia⁶⁵, ma anche ai micro-acquisti, di importo inferiore ai cinque mila euro⁶⁶.

13. *Garanzie*

Anche la disciplina delle garanzie segue, negli appalti sotto soglia, un regime specifico.

L'art. 53 prevede che, nelle procedure di affidamento di cui all'art. 50, la stazione appaltante non richieda le garanzie provvisorie di cui all'art. 106. Ove si tratti di procedure negoziate, la stazione appaltante può, invece, esigere le garanzie, tenuto conto della tipologia e specificità della singola procedura, quando ricorrano particolari esigenze, da indicare comunque nella decisione di contrarre oppure nell'avviso di indizione della procedura o in altro atto equivalente.

Dove la garanzia provvisoria sia richiesta, il suo ammontare non può, in ogni caso, superare l'uno per cento dell'importo previsto nell'avviso o nell'invito per il contratto oggetto di affidamento.

La garanzia provvisoria può essere costituita sotto forma di cauzione oppure di fideiussione con le modalità di cui all'articolo 106.

In casi debitamente motivati è facoltà della stazione appaltante non richiedere la garanzia definitiva per l'esecuzione dei contratti di cui alla Parte I del Libro II, oppure per i contratti di pari importo a valere su un accordo quadro. Quando richiesta, la garanzia definitiva è pari al cinque per cento dell'importo contrattuale.

⁶⁵ Secondo ANAC (delibera n. 582 del 13 dicembre 2023), "(...)per tutti gli affidamenti, sopra e sotto soglia, a partire dal primo gennaio 2024 dovranno essere utilizzate le piattaforme di approvvigionamento digitale che hanno compiuto il processo di certificazione delineato dalle Regole tecniche di AGID".

⁶⁶ Anac, *Vademecum*, cit., p. 6.

14. *Sostenibilità sociale e ambientale*

Anche in merito alle disposizioni sulla sostenibilità, sociale e ambientale, dei contratti pubblici, la stella polare per l'interprete non può che essere costituita dalle previsioni generali di cui ai commi 1 e 4 dell'art. 48, e dal rinvio, ivi contenuto, ai principi del Libro I, Parte I e II e, più in generale, alle disposizioni del Codice, ove non espressamente disapplicate.

Poiché sui temi della sostenibilità ambientale e sociale non si ritrova nella disciplina degli appalti sotto soglia alcuna disposizione derogatoria, troverà applicazione anche per gli appalti in esame in primo luogo il principio di applicazione dei contratti collettivi di settore previsto dall'art. 11. Rinviando ad altro contributo per l'approfondimento del tema⁶⁷, possiamo in questa sede limitarci a rammentare che il principio in parola viene riconosciuto dal Codice con talune mitigazioni, derivanti dal riconoscimento, a beneficio dell'operatore economico, della facoltà di indicare, nella propria offerta, un differente ccnl, in grado di assicurare l'equivalenza delle tutele ai lavoratori dipendenti (art. 11, co. 3). Conseguendo dall'applicazione di questi principi l'obbligo per la stazione appaltante di individuare il contratto collettivo applicabile negli "inviti", vale a dire, nell'atto di avvio dell'indagine di mercato ovvero nell'avviso finalizzato a costituire l'elenco dei fornitori o, ancora, nella richiesta di preventivo. Prima di procedere all'affidamento o all'aggiudicazione le stazioni appaltanti saranno, inoltre, chiamate ad acquisire la dichiarazione con la quale l'operatore economico individuato si impegna ad applicare il contratto collettivo indicato. In quest'ultimo caso, la dichiarazione sarà anche verificata con le modalità di cui all'articolo 110⁶⁸.

Del pari, saranno applicabili ai contratti sottosoglia anche le seguenti previsioni: l'art. 41, comma 12, relativo allo scorporo dall'im-

⁶⁷ In particolare, E. CARUSO, "Gli affidamenti pubblici come strumento di sostenibilità sociale: tutela dell'equo trattamento dei lavoratori e garanzia della stabilità occupazionale", in questo volume.

⁶⁸ Sul punto anche il parere MIT n. 2301/2024.

porto assoggettato a ribasso dei costi della manodopera, a loro volta determinati annualmente in apposite tabelle dal Ministero del lavoro, secondo il meccanismo del comma 13⁶⁹; l'art. 57, relativo al dovere di indicazione negli atti di gara o negli inviti relativi agli appalti di lavori e servizi (diversi da quelli aventi natura intellettuale) di specifiche clausole sociali, con le quali sono richieste, come requisiti necessari dell'offerta, misure orientate tra l'altro a garantire le pari opportunità generazionali, di genere e di inclusione lavorativa per le persone con disabilità o svantaggiate, la stabilità occupazionale del personale impiegato, nonché l'applicazione dei contratti collettivi nazionali e territoriali di settore; l'art. 102, relativo alla richiesta rivolta dalla parte della stazione appaltante agli operatori economici di assumere gli impegni a carattere sociale (sulla stabilità occupazionale del personale impiegato; sull'applicazione dei contratti collettivi nazionali e territoriali di settore; sulla garanzia di pari opportunità generazionali, di genere e di inclusione lavorativa per le persone con disabilità o svantaggiate)⁷⁰; l'art. 108, co. 9, relativo all'obbligo per l'operatore economico di indicare nella propria offerta, sotto pena di esclusione, i costi della manodopera, fatta eccezione per le forniture senza posa in opera e i servizi intellettuali⁷¹.

Tra le disposizioni applicabili ai contratti sotto soglia si ritrovano anche quelle relative ai Criteri Ambientali Minimi (CAM), di cui all'art. 57, co. 2. È, pertanto, fatto obbligo alle stazioni appaltanti di individuare, eventualmente anche nelle richieste di preventivo, le specifiche tecniche nonché le clausole contrattuali contenute nei CAM, definiti con decreto del Ministero dell'ambiente.

⁶⁹ Parere Mit n. 2301.

⁷⁰ Parere Mit n. 2301.

⁷¹ Sul punto, il parere MIT 2398/2024; anche TAR Calabria – Catanzaro, sez. I, 17 giugno 2024, n. 958.

GIULIA MILO

L'EQUO COMPENSO NEGLI APPALTI PUBBLICI

SOMMARIO: 1. I SOGGETTI NEI CUI CONFRONTI LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE DEVE GARANTIRE L'APPLICAZIONE DEL PRINCIPIO DELL'EQUO COMPENSO; 2. IL PRINCIPIO DELL'EQUO COMPENSO; 3. ASPETTI PROBLEMATICI; 4. CONCLUSIONI.

1. I soggetti nei cui confronti la pubblica amministrazione deve garantire l'applicazione del principio dell'equo compenso

Nel codice degli appalti la disposizione giuridica in cui vi è un riferimento all'equo compenso è l'art. 8, comma 2, che statuisce:

«2. Le prestazioni d'opera intellettuale non possono essere rese dai professionisti gratuitamente, salvo che in casi eccezionali e previa adeguata motivazione. Salvo i predetti casi eccezionali, la pubblica amministrazione garantisce comunque l'applicazione del principio dell'equo compenso».

Dalla semplice lettura della disposizione si comprende che essa si riferisce alle prestazioni d'opera intellettuale rese dai professionisti e precisa che queste possono essere rese gratuitamente in casi eccezionali e, in tutti gli altri casi, l'amministrazione garantisce, ai professionisti stessi, l'applicazione del principio dell'equo compenso.

Nell'ordinamento giuridico statale italiano le prestazioni d'opera intellettuale trovano un'essenziale disciplina in alcuni articoli del codice civile.

Il contratto d'opera intellettuale è disciplinato dagli artt. 2229 e ss. del codice civile ed è una species del genere lavoro autonomo, che è una species del genere contratto di appalto.

In effetti il codice civile disciplina tre tipologie di contratto:

- a. il contratto di appalto, disciplinato dall'art. 1655 del codice civile, secondo il quale «L'appalto è il contratto col quale una parte assume, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di una opera o di un servizio verso un corrispettivo in danaro.»;
- b. il contratto d'opera, ricorrente ai sensi dall'art. 2222 c.c. «Quando una persona si obbliga a compiere verso un corrispettivo un'opera o un servizio, con lavoro prevalentemente proprio e senza vincolo di subordinazione nei confronti del committente, si applicano le norme di questo capo, salvo che il rapporto abbia una disciplina particolare nel libro IV»;
- c. il contratto d'opera intellettuale, disciplinato dagli artt. 2229 e ss. del codice civile, che è un contratto in cui le prestazioni rese sono caratterizzate dall'essere il frutto, per lo più, di un'attività intellettuale e sono prestazioni che normalmente coinvolgono interessi di terzi e interessi pubblici, ragione per cui, in genere, si tratta di attività protette, nel senso che possono essere esercitate solo da chi è in possesso di determinati requisiti ed è iscritto a determinati albi o elenchi, previo accertamento del possesso di tali requisiti.

La giurisprudenza¹ ha precisato che la distinzione tra contratto d'opera e contratto d'appalto si fonda sul criterio della struttura e dimensione dell'impresa a cui sono commissionate le opere, nel senso che il contratto d'opera è quello che coinvolge la piccola impresa,

¹ Cass., sez. II, 11 febbraio 2022, n. 4527

che svolge la propria attività con la prevalenza del lavoro personale dell'imprenditore (e dei propri familiari) e in cui l'organizzazione non è tale da consentire il perseguimento delle iniziative di impresa, facendo a meno dell'attività esecutiva dell'imprenditore artigiano.

Quindi il contratto d'opera intellettuale è una sorta di contratto di appalto in cui l'appaltatore si obbliga a compiere un'opera o un servizio con lavoro prevalentemente proprio e le prestazioni effettuate sono caratterizzate da un contenuto di natura tecnico-scientifica.

Nell'ordinamento giuridico italiano, l'esercizio di una professione intellettuale non implica lo svolgimento di un'attività imprenditoriale. Un tanto si ricava dall'art. 2238, comma 1, c.c. che stabilisce che le disposizioni del Titolo II in tema di impresa si applicano alle professioni intellettuali solo se l'esercizio della professione costituisce elemento di un'attività organizzata in forma di impresa.

L'art. 2082 c.c. definisce l'imprenditore: «È imprenditore chi esercita professionalmente un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi».

L'art. 2083 c.c. definisce il piccolo imprenditore: «Sono piccoli imprenditori *i* coltivatori diretti del fondo, gli artigiani i piccoli commercianti e coloro che esercitano un'attività professionale organizzata prevalentemente con il lavoro proprio e dei componenti della famiglia».

Il prestatore d'opera intellettuale svolge un'attività economica molto simile a quella dei piccoli imprenditori; si obbliga verso un corrispettivo a compiere un'opera o un servizio con lavoro prevalentemente proprio, senza vincolo di subordinazione ed effettuando attività caratterizzate dalla natura intellettuale, tuttavia, non è soggetto integralmente alla disciplina giuridica dell'impresa.

Naturalmente, salvo specifiche eccezioni, prestazioni di natura intellettuale possono anche essere rese nell'ambito di un rapporto di lavoro subordinato.

A tal proposito la giurisprudenza, nel caso delle professioni intellettuali, che, per loro natura, non sono soggette a ordini specifici o all'esercizio del potere disciplinare, essendo indispensabile riconoscere autonomia professionale al lavoratore che rende prestazioni di na-

tura intellettuale, ha individuato una serie di criteri per comprendere la natura subordinata o meno del rapporto di lavoro².

Specifica eccezione alla possibilità di svolgere un'attività di natura strettamente intellettuale nelle forme del lavoro subordinato è costituita dall'attività forense che, come noto, è del tutto incompatibile con rapporti di lavoro subordinato³.

Sulla base della disciplina legislativa di origine esclusivamente interna nell'ordinamento italiano, pertanto, l'esercizio di una professione intellettuale sulla base di contratti d'opera intellettuale stipulati direttamente dal professionista non costituisce attività imprenditoriale in senso stretto.

La Corte di Giustizia dell'Unione europea invece, nell'ambito del diritto della concorrenza, afferma che la nozione di impresa abbraccia qualsiasi entità che eserciti un'attività economica a prescindere dallo *status* giuridico della detta entità e dalle sue modalità di finanziamento⁴. Risulta poi, da una giurisprudenza anch'essa costante, che costituisce un'attività economica qualsiasi attività consistente nell'offrire beni o servizi su un mercato determinato⁵.

Ne consegue che, secondo il diritto europeo della concorrenza, il professionista intellettuale dovrà considerarsi come esercente un'attività di "impresa"⁶.

² Cassazione civile sez. lav., 10 settembre 2019, n.22634 "la sussistenza o meno della subordinazione deve essere verificata in relazione all'intensità della etero-organizzazione della prestazione, al fine di stabilire se l'organizzazione sia limitata al coordinamento dell'attività del professionista con quello dello studio, oppure ecceda le esigenze di coordinamento per dipendere direttamente e continuativamente dall'interesse dello stesso studio, responsabile nei confronti dei clienti di prestazioni assunte come proprie e non della sola assicurazione di prestazioni altrui (Cass. n. 5389 del 1994; n. 9894 del 2005; n. 3594 del 2011; n. 22634 del 2019)".

³ Art. 18, legge 31 dicembre 2012, n. 247.

⁴ Corte di Giustizia UE, 23 aprile 1991, (causa C-41/90); 16 novembre 1995, (causa C-244/94), 11 dicembre 1997, (causa C-55/96).

⁵ Corte di Giustizia UE, 16 giugno 1987, (causa 118/85) e 18 giugno 1998, (causa c-3596).

⁶ Nella sentenza della Corte di Giustizia 19 febbraio 2002 (causa C-309/99), nota come sentenza *Wouters* si afferma in modo inequivocabile con giurisprudenza

2. *Il principio dell'equo compenso*

L'art. 8, comma 2, del d. lgs. 36/2023 obbliga la Pubblica Amministrazione a garantire l'applicazione, ai liberi professionisti intellettuali, del principio dell'equo compenso.

Per cercare di comprendere in che modo si può definire il contenuto di tale principio è indispensabile ripercorrere rapidamente l'evoluzione della disciplina relativa alla determinazione del compenso nei rapporti di prestazione d'opera intellettuale.

L'art. 2233 c.c. prevede che il compenso, nel contratto d'opera intellettuale, se non è convenuto dalle parti e non può essere determinato secondo le tariffe o gli usi, è determinato dal giudice, sentito il parere dell'associazione professionale a cui il professionista appartiene. In ogni caso, stabilisce il secondo comma del medesimo articolo, la misura del compenso deve essere adeguata all'importanza dell'opera e al decoro della professione.

Le tariffe professionali, almeno per le professioni protette, sono esistite nel nostro ordinamento per lungo tempo e sono state il frutto di un procedimento in cui, a seconda delle diverse discipline specifiche, interveniva sempre l'ordine professionale con un potere di proposta o comunque con un significativo e condizionante intervento partecipativo e le tariffe venivano poi approvate ed emanate da un organo statale, normalmente il Ministero di riferimento.

Le tariffe spesso indicavano dei limiti minimi e massimi inderogabili che vincolavano il professionista nella sua autonomia negoziale e lo esponevano, in caso di violazione, anche a responsabilità di natura deontologica.

Questo assetto normativo è entrato in diretta collisione con i principi affermati dalla Corte di Giustizia, e appena richiamati nel precedente paragrafo, secondo i quali i professionisti intellettuali svolgono

za poi costantemente ribadita che i professionisti che svolgono un'attività economica sono imprese e di conseguenza gli ordini professionali, anche se riconosciuti quali pubbliche autorità dalle normative statali, devono essere qualificati quali associazioni di imprese ai sensi degli articoli del Trattato relativi alla concorrenza.

un'attività economica, offrono beni o servizi su un mercato determinato e pertanto sono soggetti alle regole stabilite dai Trattati dell'Unione Europea⁷ sulla tutela della concorrenza.

Il decreto legge 4 luglio 2006, n. 223 convertito, con modificazioni, in legge 4 agosto 2006, n. 248, cosiddetto decreto Bersani, all'art. 2, ha abrogato, tra l'altro, l'obbligatorietà di tariffe fisse o minime nonché il divieto di pattuire compensi parametrati al raggiungimento degli obiettivi perseguiti.

Il decreto legge 24 gennaio 2012, n. 1, convertito, con modificazioni, in legge 24 marzo 2012, n. 27, all'art. 9, ha abrogato integralmente le tariffe regolamentate nel sistema ordinistico ed ha previsto tuttavia, nel caso di liquidazione del compenso da parte di un organo giurisdizionale, l'adozione di "parametri stabiliti con decreto del Ministro vigilante, da adottare nel termine di centoventi giorni successivi alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto".

Successivamente il decreto legge 16 ottobre 2017, n. 148, convertito con modificazioni dalla legge 4 dicembre 2017, n. 172, all'art. 19 *quaterdecies*, ha introdotto nella legge sull'ordinamento forense⁸ l'articolo 13 *bis* rubricato "*Equo compenso e clausole vessatorie*".

Tale articolo è destinato a disciplinare il compenso degli avvocati nelle convenzioni stipulate con imprese bancarie e assicurative, nonché con imprese di notevoli dimensioni cioè con più di 250 dipendenti oppure un fatturato annuo superiore a 50 milioni di euro.

Nei casi in cui le convenzioni siano unilateralmente predisposte da dette imprese il compenso si considera equo quando risulta proporzionato alla quantità e alla qualità del lavoro svolto, nonché al contenuto e alle caratteristiche della prestazione legale e conforme ai parametri previsti dal regolamento di cui al decreto del ministro della giustizia adottato ai sensi dell'articolo 13, comma 6⁹, della medesima

⁷ Si ratta come noto degli artt. 101 e ss. del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea.

⁸ Legge 31.12.2012, n. 247.

⁹ L'art. 13, comma 6, della legge 31.12.2012, n. 247, statuisce: «I parametri indicati nel decreto emanato dal Ministro della giustizia, su proposta del CNE,

legge sull'ordinamento forense. La pattuizione di un compenso in misura inferiore a tali parametri risulterebbe nulla.

Il medesimo articolo 19 *quaterdecies*, al comma 2, ha esteso tali previsioni a tutti i lavoratori autonomi ai quali si applicano i decreti ministeriali destinati a fissare i parametri per determinare il compenso e, soprattutto, al comma 3, ha stabilito che: «La pubblica amministrazione, in attuazione dei principi di trasparenza, buon andamento ed efficacia delle proprie attività, garantisce il principio dell'equo compenso in relazione alle prestazioni rese dai professionisti in esecuzione di incarichi conferiti dopo la data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto». La Pubblica amministrazione è pertanto tenuta ad applicare il principio dell'equo compenso sulla base della legge 4 dicembre 2017, n. 172, e tale principio pare si possa garantire solo determinando un compenso conforme ai parametri fissati con decreto dai Ministeri competenti.

Successivamente, è stata approvata la legge 21 aprile 2023, n. 49, contenente «Disposizioni in materia di equo compenso delle prestazioni professionali».

ogni due anni, ai sensi dell'articolo 1, comma 3, si applicano quando all'atto dell'incarico o successivamente il compenso non sia stato determinato in forma scritta, in ogni caso di mancata determinazione consensuale, in caso di liquidazione giudiziale dei compensi e nei casi in cui la prestazione professionale è resa nell'interesse di terzi o per prestazioni officiose previste dalla legge».

L'articolo 1, comma 3, della legge 31.12.2012, n. 247, statuisce: «All'attuazione della presente legge si provvede mediante regolamenti adottati con decreto del Ministro della giustizia, ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, entro due anni dalla data della sua entrata in vigore, previo parere del Consiglio nazionale forense (CNF) e, per le sole materie di interesse di questa, della Cassa nazionale di previdenza e assistenza forense. Il CNF esprime i suddetti pareri entro novanta giorni dalla richiesta, sentiti i consigli dell'ordine territoriali e le associazioni forensi che siano costituite da almeno cinque anni e che siano state individuate come maggiormente rappresentative dal CNF. Gli schemi dei regolamenti sono trasmessi alle Camere, ciascuno corredato di relazione tecnica, che evidenzia gli effetti delle disposizioni recate, e dei pareri di cui al primo periodo, ove gli stessi risultino essere stati tempestivamente comunicati, perché su di essi sia espresso, nel termine di sessanta giorni dalla richiesta, il parere delle Commissioni parlamentari competenti».

L'art. 1 di tale legge definisce l'equo compenso come quello conforme ai compensi previsti dai parametri fissati con decreto dai Ministeri competenti. Non solo, ma il sistema dei parametri tariffari assunti con decreto del Ministro delle imprese e del made in Italy, sentite le associazioni professionali viene esteso a tutte le professioni intellettuali anche a quelle non organizzate in ordini o collegi.

La legge poi ribadisce la necessaria applicazione dei parametri (incarnazione dell'equo compenso) alle convenzioni aventi ad oggetto lo svolgimento, di attività professionali in favore di imprese bancarie e assicurative e delle imprese che nell'anno precedente al conferimento dell'incarico hanno occupato alle proprie dipendenze più di cinquanta lavoratori o hanno presentato ricavi annui superiori a 10 milioni di euro, con esclusione delle prestazioni rese in favore di società veicolo di cartolarizzazione e di quelle rese in favore degli agenti della riscossione.

Inoltre, l'art. 2, comma 3, precisa che le disposizioni sull'equo compenso si applicano altresì alle prestazioni rese dai professionisti in favore della Pubblica Amministrazione e delle società disciplinate dal testo unico in materia di società a partecipazione pubblica.

Infine, quest'ultima legge n. 49/2023 ha superato e uniformato le precedenti disposizioni abrogando le disposizioni della legge forense e dell'intero art. 19 *quaterdecies* del decreto legge 16 ottobre 2017, n. 148, convertito con modificazioni dalla legge 4 dicembre 2017, n. 172.

Dall'analisi della disciplina vigente appare pertanto che la Pubblica amministrazione è tenuta ad applicare il principio dell'equo compenso a tutte le prestazioni rese in proprio favore da professionisti fin dalla entrata in vigore della legge n. 172/2017.

3. Aspetti problematici

Dalla breve disamina della disciplina legislativa effettuata nei due precedenti paragrafi emerge che la Pubblica amministrazione, fin dal mese di dicembre 2017, quando stipula contratti di prestazione d'opera intellettuale con soggetti terzi, deve applicare, per fissare i corrispettivi a proprio carico, dei parametri tariffari approvati ogni due

anni dai competenti ministeri con coinvolgimento nella procedura degli ordini professionali o delle associazioni professionali.

In sostanza, i minimi indicati da questi parametri tariffari sono vincolanti per la Pubblica Amministrazione mentre non lo sono per tutti gli altri soggetti dell'ordinamento, tranne per il caso delle convenzioni stipulate con imprese bancarie e assicurative o imprese di significative dimensioni. Il compenso dei professionisti per i singoli incarichi quindi può essere liberamente pattuito dalle parti salvo il caso in cui si tratti di un contratto che vede come parte la pubblica amministrazione o una società pubblica.

L'art. 8, comma 2, del d. lgs. n. 36/2023 statuisce: «Le prestazioni d'opera intellettuale non possono essere rese dai professionisti gratuitamente, salvo che in casi eccezionali e previa adeguata motivazione. Salvo i predetti casi eccezionali, la pubblica amministrazione garantisce comunque l'applicazione del principio dell'equo compenso».

Il primo problema, di ampia e generale portata, riguarda la compatibilità di tale previsione, unitamente alla disciplina generale sull'equo compenso, che sostanzialmente introduce minimi tariffari vincolanti almeno nei confronti di alcuni soggetti, con le regole giuridiche derivanti direttamente dal TFUE sulla tutela della concorrenza.

Oltre al tema generale dell'astratta ammissibilità dei parametri tariffari in relazione alla disciplina a tutela della concorrenza si pongono una serie di più minute questioni applicative.

Partendo dal tema generale si deve evidenziare che l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, con una nota inviata il 24 novembre 2017 ai Presidenti delle Camere e al Presidente del Consiglio, ha evidenziato immediatamente che l'intervento normativo si poneva in contrasto con consolidati principi posti a tutela della concorrenza, invertendo un processo di liberalizzazione delle professioni in atto da oltre un decennio. L'AGCM ha evidenziato che, secondo i consolidati principi antitrust nazionali e comunitari, le tariffe professionali fisse e minime costituiscono una grave restrizione della concorrenza, in quanto impediscono ai professionisti di adottare comportamenti economici indipendenti e, quindi, di utilizzare il più importante strumento concorrenziale, ossia il prezzo della prestazione.

In quest'ottica, l'effettiva presenza di una concorrenza di prezzo nei servizi professionali non può in alcun modo essere collegata ad una dequalificazione della professione, giacché, come più volte ricordato dall'Autorità, è invece la sicurezza offerta dalla protezione di una tariffa fissa o minima a disincentivare l'erogazione di una prestazione adeguata e a garantire ai professionisti già affermati sul mercato di godere di una rendita di posizione determinando la fuoriuscita dal mercato di colleghi più giovani in grado di offrire, all'inizio, un prezzo più basso.

Nello stesso senso indicato dall'Autorità Garante della Concorrenza si è espressa la Giurisprudenza costante della Corte di Giustizia¹⁰, che di recente ha infatti affermato che «È di comune esperienza, e non necessita di una dimostrazione, il fatto che comportamenti collusivi che portano alla fissazione orizzontale dei prezzi determinano effetti negativi concreti sul mercato dando luogo a riduzioni della produzione, aumenti dei prezzi, una cattiva allocazione delle risorse a detrimento, in particolare, dei consumatori».

Tale giurisprudenza fa applicazione dell'art. 101 TFUE, che disciplina i casi in cui le tariffe siano il frutto di accordi tra imprese, decisioni di associazioni di imprese e pratiche concordate; come noto gli ordini professionali in relazione alla disciplina unionale a tutela della concorrenza sono stati qualificati come associazioni tra imprese. Quindi le tariffe professionali, o i parametri inderogabili (che non sono altro che tariffe confezionate in modo diverso), se elaborate e adottate dagli ordini professionali, sono sicuramente nulle e devono essere disapplicate le discipline normative statali che eventualmente ne prevedono la vincolatività.

Una diversa situazione si realizzerebbe ove le tariffe o i parametri fossero elaborati ed adottati da un vero ente pubblico per perseguire davvero interessi generali e non meramente corporativi¹¹.

¹⁰ Da ultimo, Corte di Giustizia UE, 25 gennaio 2024, causa C-438/22, Em akaunt BG EOOD.

¹¹ Nella sentenza della Corte di Giustizia Europea, 3 novembre 2017, (C-427/16 e C-428/16) CHEZ Elektro Bulgaria e FrontEx International si affer-

In ogni caso, anche delle tariffe davvero imputabili allo Stato e frutto di un procedimento in cui sono coinvolti rappresentanti degli utenti e dei consumatori, essendo atti che hanno come oggetto la restrizione della concorrenza, sono da ritenersi nulli, se si pongono in contrasto con l'art. 56 TFUE, che stabilisce che «le restrizioni alla libera prestazione dei servizi all'interno dell'Unione sono vietate nei confronti dei cittadini degli Stati membri stabiliti in uno Stato membro che non sia quello del destinatario della prestazione».

La Corte di Giustizia¹², sul punto, ha affermato che le tariffe possono costituire una restrizione per il professionista straniero in quanto esso viene privato della possibilità di fare concorrenza - chiedendo onorari inferiori a quelli tariffari - ai professionisti stabiliti permanentemente nello Stato membro in cui intende esercitare la propria attività, i quali professionisti dispongono, per tale ragione, di una maggiore facilità di crearsi una clientela rispetto ai professionisti stabiliti all'estero. Inoltre le tariffe limitano la possibilità per i consumatori di uno Stato membro di servirsi di professionisti di altri Stati membri che richiedano tariffe inferiori ai minimi tariffari. Queste deroghe alla libera concorrenza non sono vietate in assoluto, ma possono essere giustificate qualora rispondano a ragioni imperative di interesse pubblico.

Più recentemente la Corte di Giustizia¹³, a proposito di una normativa che istituisce un sistema di tariffe minime e massime per le presta-

ma che la tariffa determinata da una organizzazione di categoria, come gli ordini professionali, potrebbe comunque rivestire natura statale, in particolare quando i membri dell'organizzazione di categoria siano esperti indipendenti dagli operatori economici interessati e siano tenuti dalla legge a fissare le tariffe prendendo in considerazione non solo gli interessi delle imprese o delle associazioni di imprese nel settore che li ha designati, ma anche l'interesse generale e gli interessi delle imprese degli altri settori o degli utenti dei servizi di cui trattasi. Per garantire che i membri di una organizzazione di categoria operino effettivamente nel rispetto dell'interesse generale, i criteri di tale interesse devono essere definiti dalla legge in modo sufficientemente preciso e devono ricorrere un controllo effettivo e il potere decisionale in ultima istanza da parte dello Stato.

¹² Corte di Giustizia UE, 5 dicembre 2006 (procedimenti riuniti C-94/04 e C-202/04).

¹³ Corte di Giustizia UE, 4 luglio 2019 (causa C-377/17).

zioni degli onorari di architetti e ingegneri tedeschi, di cui era dubbia la compatibilità con la libertà di stabilimento garantita dall'articolo 49 TFUE e con la disciplina posta dalla direttiva 2006/123, ha affermato che le tariffe minime e massime sono ammissibili se rispondono ai requisiti di cui all'art. 15, paragrafo 3, della medesima direttiva.

L'art. 15, paragrafo 3, prevede che le tariffe sono ammissibili se risultano essere non discriminatorie, necessarie e proporzionate alla realizzazione di un motivo imperativo di interesse generale. Nel caso di specie, la Repubblica federale di Germania ha sufficientemente dimostrato che, alla luce delle peculiarità del mercato e dei servizi di cui trattasi, può esistere un rischio che i prestatori di progettazione nel settore della costruzione che operano in tale Stato membro svolgano una concorrenza che può tradursi nell'offerta di prestazioni al ribasso, e, attraverso una selezione avversa, persino nell'eliminazione degli operatori che offrono prestazioni di qualità. Tuttavia la Corte ha affermato che una normativa nazionale è idonea a garantire la realizzazione dell'obiettivo perseguito solo se risponde realmente all'intento di raggiungerlo in modo coerente e sistematico e nel caso di specie la normativa tedesca non persegue l'obiettivo consistente nell'assicurare un elevato livello di qualità delle prestazioni di progettazione in modo coerente e sistematico.

Trasponendo tali principi alle vicende relative all'equo compenso la normativa sarebbe ammissibile se non discriminatoria, necessaria e proporzionata alla realizzazione di un motivo imperativo di interesse generale, il tutto alla luce della concreta situazione del mercato.

Ebbene pare davvero difficile sostenere che tutte le professioni intellettuali in Italia siano in una situazione di mercato tale da esigere dei tariffari. Una tale misura dovrebbe seguire un'analisi puntuale e concreta della singola attività professionale.

Pare inoltre evidente che il "motivo imperativo di interesse generale" alla base della disciplina dell'equo compenso non inerisce la tutela degli utenti del servizio ma la tutela dei prestatori del servizio¹⁴ e ci si chiede se un tanto sia ammissibile.

¹⁴ Che la ratio sottesa alla disciplina sull'equo compenso sia quella di tutelare i professionisti nell'ambito dei rapporti d'opera professionale in cui essi si trovino

A favore dell'ammissibilità della disciplina vi è il fatto che essa, in realtà, non ha un'applicazione generalizzata, ma limitata soltanto alla Pubblica amministrazione ed alle convenzioni con le imprese bancarie assicurative e di dimensioni significative.

Oltre al tema generale relativo all'ammissibilità, molto dubbia, dei parametri tariffari si pongono poi dei problemi inerenti la concreta applicazione del principio dell'equo compenso su cui si sta confrontando la giurisprudenza.

Il primo problema posto da tale disposizione inerisce all'ambito di applicazione. L'equo compenso si applica soltanto ai contratti stipulati direttamente dall'Amministrazione con i professionisti intellettuali o si applica anche ai contratti che un eventuale appaltatore privato stipula con i professionisti da lui incaricati nell'ambito di un incarico affidato dalla Pubblica Amministrazione? In effetti l'art. 8 pare essere destinato soltanto ai liberi professionisti che stipulano un contratto d'opera con la Pubblica Amministrazione, non ai liberi professionisti le cui prestazioni sono utilizzate da un appaltatore per fornire all'Amministrazione un servizio.

Tuttavia, vi sono alcune sentenze che ritengono che anche gli appaltatori della Pubblica Amministrazione qualora si avvalgano di prestazioni d'opera intellettuale per adempiere agli obblighi assunti nei confronti della stazione appaltante debbano rispettare il principio dell'equo compenso e quindi i parametri ministeriali¹⁵.

A tal proposito si è posto anche il tema della possibile applicazione del meccanismo dell'eterointegrazione del bando di gara e che in tal modo possa essere disposta l'esclusione di operatori economici che abbiano formulato un ribasso tale da ridurre la quota parte del compenso professionale. La premessa di un tale eventualità sta nel fatto che l'Amministrazione debba applicare il principio dell'equo compenso non solo ai propri contraenti ma anche ai subcontraenti dei propri contraenti, ipotesi qui non condivisa. L'ANAC in un

nella posizione di contraenti deboli, si vedano TAR Veneto, sez. III, 3 aprile 2024, n. 632 e TAR Lazio, sez. V ter, 30 aprile 2024, n. 8580.

¹⁵ Si veda per tutte TAR Lazio, 30/04/2024, n. 8580.

parere di precontenzioso¹⁶ si è opposta a una tale eventualità, poiché le condizioni di partecipazione alle procedure di affidamento di contratti pubblici devono essere tutte indicate nel bando di gara, la cui eterointegrazione con obblighi imposti da norme di legge deve ritenersi ammessa in casi eccezionali, poiché l'enucleazione di cause di esclusione non conosciute o conoscibili dai concorrenti contrasta con i principi europei di certezza giuridica e di massima concorrenza.

In numerose sentenze ci si pone il problema dell'applicabilità alle procedure ad evidenza pubblica che hanno una natura pro-concorrenziale la disciplina dell'equo compenso che si basa invece su rigidi tariffari.

In qualche occasione la giurisprudenza ha cercato delle soluzioni di compromesso sostenendo che i criteri si applicano come minimi inderogabili ma non integralmente essendo ammissibile un ribasso non sul compenso ma su altre voci come quelle relative alle spese generali¹⁷.

4. Conclusioni

Alla luce della normativa analizzata, non pare dubbio che la disciplina dell'equo compenso debba applicarsi a tutti i contratti stipulati tra Amministrazione e professionista intellettuale. È da escludere invece che la disciplina si estenda pure ai sub-contratti stipulati dagli appaltatori della Pubblica Amministrazione. Conseguenza da ciò la necessità per l'Amministrazione di tener conto della normativa sull'equo compenso, nella predisposizione delle procedure volte a selezionare il contraente.

Il vero problema riguarda la compatibilità di fondo di tale disciplina con le libertà economiche, l'autonomia privata e il principio di tutela della concorrenza.

¹⁶ ANAC, Parere di Precontenzioso n. 101 del 28 febbraio 2024. In senso contrario invece si veda TAR Veneto, Venezia, sez. II, 3 aprile 2024 n. 632.

¹⁷ T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, 24 ottobre 2024, n. 632; Tar Campania, Salerno, Sez. II, 16.07.2024, n. 1494.

Il singolo operatore può esercitare la propria attività come lavoratore subordinato, salvo qualche, probabilmente anacronistica, eccezione come la professione forense, oppure può scegliere di stipulare contratti di prestazione d'opera intellettuale senza vincolo di subordinazione. In questo secondo caso, egli sceglie di esercitare un'attività economica e diviene quindi, in forza della normativa europea, titolare di un'impresa. Sono due situazioni del tutto diverse poiché in un caso il prestatore d'opera si assume il rischio dell'attività economica; nell'altro no. Non pare rispettoso del principio di uguaglianza disciplinare con istituti analoghi, imperniati sulla tutela del lavoratore, situazioni del tutto diverse.

L'iniziativa economica privata può essere indirizzata e coordinata a fini sociali ma tutelare gli interessi dell'imprenditore è un fine sociale?

Ed è ammissibile che a conformare l'attività economica privata a fini sociali provvedano organizzazioni in cui sono rappresentati solo gli interessi degli imprenditori della categoria?