


Punto di partenza: le necessità emerse

CONSULTAZIONI SVOLTE NEL CORSO DELL'AIR

1. Descrizione delle consultazioni svolte e delle relative modalità di realizzazione



Il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti ha avviato, tra agosto e settembre 2018, tramite il proprio sito internet istituzionale una consultazione pubblica. Si segnala che i «temi di riflessione» sottoposti a consultazione costituivano altrettanti punti di emersione di criticità più urgenti rilevate durante la costante opera di monitoraggio effettuata dal Ministero nei primi due anni di vigenza del Codice, ovvero segnalate nel tempo al Ministero da un'ampia platea di stakeholders, tra cui associazioni di categoria, fondazioni di studio e ricerca, liberi professionisti, altre Amministrazioni pubbliche.

4. Principali risultati emersi dalle consultazioni

I temi predefiniti che hanno destato il maggior interesse, con richieste di profonda modifica degli istituti, sono stati:

- a) il subappalto (art. 105);
- b) i criteri di aggiudicazione (art. 95 commi 4 e 5);
- c) la disciplina dell'anomalia (art. 97 commi 2 e 3);
- d) i dati oggetto di pubblicazione e i termini di decorrenza anche ai fini dell'impugnativa (art. 29 commi 1 e 2);
- e) la nomina e i requisiti del RUP (art. 31 comma 1);
- f) i motivi di esclusione (art. 80);
- g) gli incentivi per le funzioni tecniche (art. 113).

Inoltre, soprattutto le pubbliche amministrazioni hanno chiesto profonde modifiche degli istituti di cui alle lettere a), d), e), f), g). Esse hanno anche proposto la riforma della

Una netta presa di posizione con richiesta di abrogazione, sia pur con contributi numericamente meno ampi dei precedenti, ha riguardato:

- a) la soft law e le linee guida ANAC (art. 213), con il rilievo del sostanziale fallimento dell'esperienza che ha determinato incertezza e instabilità del quadro normativo;

- IL TESTO DEL DDL E I PROFILI QUIVI D'INTERESSE

a) perseguimento di obiettivi di stretta aderenza alle direttive europee, mediante l'introduzione o il mantenimento di livelli di regolazione corrispondenti a quelli minimi richiesti dalle direttive stesse, al fine di assicurare l'apertura alla concorrenza e al confronto competitivo fra gli operatori dei mercati dei lavori, dei servizi e delle forniture, tenendo conto delle specificità dei contratti nel settore dei beni culturali, anche con riferimento alla fase esecutiva, nonché di assicurare la riduzione e la razionalizzazione delle norme in materia di contratti pubblici, con ridefinizione del regime della disciplina secondaria, ove necessario;

SOPPRESSIONE DELLA SOFT LAW E DELLE LINEE GUIDA ANAC E RITORNO AD UNA NORMATIVA COMPIUTA E PUNTUALE ANCHE A LIVELLO DI DETTAGLIO (CIOE' DI REGOLAMENTO DI ATTUAZIONE).

LA SOFT LAW HA PORTATO ALLA «CREAZIONE» DI UNA SORTA DI QUARTO POTERE DELLO STATO, DI FATTO ASSEGNANDO ALL'ANAC UN RUOLO OLTREMODO RILEVANTE (PER NON DIRE STRABORDANTE), VISTO E CONSIDERATO CHE IL PIU' DELLE VOLTE IL PORTATO LETTERALE DELLE LINEE GUIDA NON VINCOLANTI E' STATO INTESO DALLE STAZIONI APPALTANTI NON COME STRUMENTO DI ORIENTAMENTO QUANTO E PIUTTOSTO COME REGOLA COGENTE DI COMPORTAMENTO, DI FATTO CREANDO ANCHE UNA EVIDENTE FRATTURA TRA IL PENSIERO DEL G.A. E QUELLO DELL'ANAC; **DA QUIVI LA NECESSITA' DI TORNARE AD UN SISTEMA COMPIUTO QUALE AD ESEMPIO ERA QUELLO DEL D. LGS. 163/2006 + D.P..R. 207/2010**

L'ESIGENZA DI UNA REGOLAMENTAZIONE PUNTUALE E' OGGI PARTICOLARMENTE SENTITA PER LA FASE DELL'ESECUZIONE CONTRATTUALE, VISTO CHE L'ATTENZIONE «LEGISLATIVA» E' PROPRIAMENTE RIFERITA ALLA FASE DELLA SELEZIONE – PER EVITARE I BEN NOTI FENOMENI CORRUTTIVI E/O TURBATIVI - LADDOVE E' (RECTE DOVREBBE ESSERE) ALTRETTANTO IMPORTANTE DISCIPLINARE PUNTUALMENTE LA FASE DELL'ESECUZIONE PERCHE' LA BUONA RIUSCITA DELL'APPALTO DIPENDENTE ANCHE E SOPRATTUTTO DALLE FORME DI CONTROLLO.

QUESTO PERCHE' OGGI LE POCHE NORME CHE SI RINVENGONO NELL'ORDINAMENTO SONO QUELLE DEL D.M. INFRASTRUTTURE E TRASPORTI 49/2018

Regolamento recante: «Approvazione delle linee guida sulle modalità di svolgimento delle funzioni del direttore dei lavori e del direttore dell'esecuzione».

CHE PER GLI ASPETTI CHE DANNO LUOGO A CONTRASTI/CONTROVERSIE SI LIMITANO AD UN «REMAND» ALLA CD. LEX SPECIALIS, ALLORQUANDO IL PIU' DELLE VOLTE I CAPITOLATI SPECIALI REDATTI SONO ASSOLUTAMENTE SILENTI, CON CONSEGUENTE NASCITA DELLE CONTROVERSIE (LADDOVE E' NOTORIO CHE L'APPALTATORE E' PIU' «ATTREZZATO» ANCHE IN TERMINI DI COMPETENZA RISPETTO AD UN R.U.P./D.L./D.E.C.)

Art. 9.

Contestazioni e riserve

1. Il direttore dei lavori, per la gestione delle contestazioni su aspetti tecnici e delle riserve, si attiene alla relativa disciplina prevista dalla stazione appaltante e riportata nel capitolato d'appalto.

Art. 21.

Contestazioni e riserve

1. Il direttore dell'esecuzione, per la gestione delle contestazioni su aspetti tecnici e delle riserve, si attiene alla relativa disciplina prevista dalla stazione appaltante e riportata nel capitolato d'appalto.

TEMPI CERTI PER L'AVVIO DEGLI APPALTI – DALLA SOTTOSCRIZIONE DEL CONTRATTO ALL'ESECUZIONE CONTRATTUALE

f) riduzione e certezza dei tempi relativi alle procedure di gara, alla stipula dei contratti e all'esecuzione degli appalti, anche attraverso la digitalizzazione e l'informatizzazione delle procedure, il superamento dell'Albo nazionale dei componenti delle commissioni giudicatrici, il rafforzamento della specializzazione professionale dei commissari all'interno di ciascuna amministrazione e la riduzione degli oneri documentali ed economici a carico dei soggetti partecipanti, nonché di quelli relativi al pagamento dei corrispettivi e degli acconti dovuti in favore degli operatori economici, in relazione all'adozione dello stato di avanzamento dei lavori;

IL PROBLEMA DEL TEMPO E' STRETTAMENTE CORRELATO A QUELLO DEL CD. «**STAND STILL**» CHE SI DISTINGUE IN,:

- «**SOSTANZIALE**» OGGI PREVISTO DALL'ART. 32 COMMA 9 DEL D. LGS. 50/2016 («*9. Il contratto non può comunque essere stipulato prima di trentacinque giorni dall'invio dell'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione*») E DIRETTA CONSEGUENZA DI QUANTO PREVISTO DALL'ART. 1, COMMA 5 DELLA DIRETTIVA 2007/66/CE (CD. DIRETTIVA RICORSI)

5. Gli Stati membri possono esigere che il soggetto interessato proponga in primo luogo un ricorso presso l'amministrazione aggiudicatrice. In questo caso gli Stati membri provvedono affinché la proposizione del suddetto ricorso comporti la sospensione immediata della possibilità di concludere il contratto.

Gli Stati membri decidono i mezzi di comunicazione appropriati, fra cui il fax o mezzi elettronici, da utilizzare per la proposizione del ricorso di cui al primo comma.

La sospensione di cui al primo comma cessa non prima dello scadere di un termine di almeno dieci giorni civili a decorrere dal giorno successivo alla data in cui l'amministrazione aggiudicatrice ha inviato una risposta, se la spedizione è avvenuta per fax o per via elettronica, oppure, se la spedizione è avvenuta con altri mezzi di comunicazione, di almeno quindici giorni civili a decorrere dal giorno successivo alla data in cui l'amministrazione aggiudicatrice ha inviato una risposta o di almeno dieci giorni civili a decorrere dal giorno successivo alla data di ricezione della risposta.

- «**PROCESSUALE**» OGGI PREVISTO DALL'ART. 32 COMMA 11 DEL D. LGS. 50/2016 («*11. Se è proposto ricorso avverso l'aggiudicazione con contestuale domanda cautelare, il contratto non può essere stipulato, dal momento della notificazione dell'istanza cautelare alla stazione appaltante e per i successivi venti giorni, a condizione che entro tale termine intervenga almeno il provvedimento cautelare di primo grado o la pubblicazione del dispositivo della sentenza di primo grado in caso di decisione del merito all'udienza cautelare ovvero fino alla pronuncia di detti provvedimenti se successiva*») E DIRETTA CONSEGUENZA DI

PREVISTO DALL'ART. 2, COMMA 3 DELLA MEDESIMA DIRETTIVA 2007/66/CE (CD. DIRETTIVA RICORSI)

3. Qualora un organo di prima istanza, che è indipendente dall'amministrazione aggiudicatrice, riceva un ricorso relativo ad una decisione di aggiudicazione di un appalto, gli Stati membri assicurano che l'amministrazione aggiudicatrice non possa stipulare il contratto prima che l'organo di ricorso abbia preso una decisione sulla domanda di provvedimenti cautelari o sul merito del ricorso. La sospensione cessa non prima dello scadere del termine sospensivo di cui all'articolo 2 *bis*, paragrafo 2, e all'articolo 2 *quinquies*, paragrafi 4 e 5.

PREMESSO CHE QUANTO RIPORTATO ALLA LETT. U) DEL DDL 2330

u) estensione e rafforzamento dei metodi di risoluzione delle controversie alternativi al rimedio giurisdizionale, anche in materia di esecuzione del contratto.

ANDRA' NECESSARIAMENTE ARMONIZZATO CON QUANTO EMERGENTE DAGLI OBBLIGHI EUROUNITARI E, IN SPECIE, DALL'ULTIMO CAPOVERSO DEL COMMA 1 DELL'ART. 1 DELLA DIRETTIVA RICORSI

1. La presente direttiva si applica agli appalti di cui alla direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi ⁽¹⁰⁾, a meno che tali appalti siano esclusi a norma degli articoli da 10 a 18 di tale direttiva.

Gli appalti di cui alla presente direttiva comprendono gli appalti pubblici, gli accordi quadro, le concessioni di lavori pubblici e i sistemi dinamici di acquisizione.

Gli Stati membri adottano i provvedimenti necessari per garantire che, per quanto riguarda gli appalti disciplinati dalla direttiva 2004/18/CE, le decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici possano essere oggetto di un ricorso efficace e, in particolare, quanto più rapido possibile, secondo le condizioni previste negli articoli da 2 a 2 *septies* della presente direttiva, sulla base del fatto che hanno violato il diritto comunitario in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici o le norme nazionali che lo recepiscono.

LA PROBLEMATICHE DEI TEMPI CERTI E' ACCRESCIUTA ALLA LUCE DELLA DECISIONE DELL'ADUNANZA PLENARIA N. 12/2020 OVVERO

32. Sulla base delle considerazioni che precedono, l'Adunanza Plenaria ritiene di affermare i seguenti principi di diritto:

- “a) il termine per l'impugnazione dell'aggiudicazione decorre dalla pubblicazione generalizzata degli atti di gara, tra cui devono comprendersi anche i verbali di gara, ivi comprese le operazioni tutte e le valutazioni operate dalle commissioni di gara delle offerte presentate, in coerenza con la previsione contenuta nell'art. 29 del d.lgs. n. 50 del 2016;*
- b) le informazioni previste, d'ufficio o a richiesta, dall'art. 76 del d.lgs. n. 50 del 2016, nella parte in cui consentono di avere ulteriori elementi per apprezzare i vizi già individuati ovvero per accertarne altri, consentono la proposizione non solo dei motivi aggiunti, ma anche di un ricorso principale;*
- c) la proposizione dell'istanza di accesso agli atti di gara comporta la 'dilazione temporale' quando i motivi di ricorso conseguano alla conoscenza dei documenti che completano l'offerta dell'aggiudicatario ovvero delle giustificazioni rese nell'ambito del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta;*
- d) la pubblicazione degli atti di gara, con i relativi eventuali allegati, ex art. 29 del decreto legislativo n. 50 del 2016, è idonea a far decorrere il termine di impugnazione;*
- e) sono idonee a far decorrere il termine per l'impugnazione dell'atto di aggiudicazione le forme di comunicazione e di pubblicità individuate nel bando di gara ed accettate dai partecipanti alla gara, purché gli atti siano comunicati o pubblicati unitamente ai relativi allegati”.*

SOPRATTUTTO SE SI CONSIDERA IL MAL COSTUME DELLE STAZIONI APPALTANTI DI NON CONSENTIRE L'ACCESSO AI DOCUMENTI DI GARA DEI CONCORRENTI AGGIUDICATARI APPIATTENDOSI ALLE RAGIONI DI SEGRETEZZA PAVENTATE DA QUESTI ULTIMI.

ALLORA OCCORRE REINTRODURRE UNA PREVISIONE SIMILE A QUELLA DEL PREVIGENTE ART. 79 COMMA 5-QUATER DEL D. LGS. 163/2006 «5-quater. Fermi i divieti e differimenti dell'accesso previsti dall'articolo 13, **l'accesso agli atti del procedimento in cui sono adottati i provvedimenti oggetto di comunicazione ai sensi del presente articolo è consentito entro dieci giorni dall'invio della comunicazione dei provvedimenti medesimi mediante visione ed estrazione di copia. Non occorre istanza scritta di accesso e provvedimento di ammissione, salvi i provvedimenti di esclusione o differimento dell'accesso adottati ai sensi dell'articolo 13.** Le comunicazioni di cui al comma 5 indicano se ci sono atti per i quali l'accesso è vietato o differito, e indicano l'ufficio presso cui l'accesso può essere esercitato, e i relativi orari, garantendo che l'accesso sia consentito durante tutto l'orario in cui l'ufficio è aperto al pubblico o il relativo personale presta servizio.

VALE A DIRE AMMETTENDO L'ACCESSO SENZA PREVIA RICHIESTA ED ONORANDO IL CONCORRENTE CHE NON INTENDE ACCONSENTIRE ALL'OSTENSIONE DI PROPORRE RICORSO ENTRO UN TERMINE RISTRETTO (ALL'INTERNO DELLO STAND STILL), DA TRATTARSI CON RITO ACCELERATO CAMERALE.

Audizione DDL 2230 26 ottobre 2021

L'INVERSIONE DELL'ONERE IMPUGNATORIO DAREBBE L'ABBRIVIO ALLA «FINE» SIA DEL CONTENZIOSO IN MATERIA DI ACCESSO (ARTICOLO 116 CPA) SIA DELLA PROPOSIZIONE DI RICORSI CD. AL BUIO, PERCHE' LE DEDUZIONI STRUMENTALI SAREBBERO ESPOSTE ALL'APPREZZAMENTO NON DEL R.U.P. MA DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO T.A.R. CAGLIARI ORDINANZA N. 689 DEL 07/10/2021

Inoltre la stessa ricorrente, ai sensi dell'art. 116 c.p.a., chiede che, previo annullamento dei relativi atti di diniego parziale pronunciati dalla stazione appaltante nel corso del procedimento, sia accertato il proprio diritto ad avere accesso integrale agli atti di gara, con particolare riferimento all'offerta tecnica presentata dal RTI controinteressato, che la stazione appaltante le ha, invece, consegnato limitatamente a n. 8 (alcune delle quali parzialmente oscurate) delle n. 26 pagine di cui la stessa offerta tecnica si componeva, in tal senso recependo la dichiarazione del RTI controinteressato, che aveva espresso il proprio consenso all'accesso alle ulteriori parti della propria offerta, opponendo ragioni di segretezza commerciale (cfr. doc. 16 di parte ricorrente).

Si sono costituiti in giudizio l'Azienda Ospedaliero Universitaria di Sassari e la Italy Emergenza Cooperativa Sociale, entrambe opponendosi all'accoglimento del ricorso.

Alla camera di consiglio del 6 ottobre 2022 la trattazione dell'istanza cautelare è stata rinviata alla fase del merito, per la quale è stata indicata la pubblica udienza del 19 gennaio 2022, mentre la causa è stata trattenuta a decisione limitatamente alla domanda di accesso ai documenti.

Il Collegio ritiene che tale domanda meriti accoglimento, per le ragioni di seguito esposte:

- la disciplina di riferimento sull'accesso agli atti delle procedure di gara è contenuta nell'art. 53 del Codice dei contratti pubblici, il quale -dopo avere sottratto all'accesso le "informazioni fornite nell'ambito dell'offerta o a giustificazione della medesima che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali" (comma 5)- introduce un'eccezione espressa a tale regola, stabilendo che "In relazione all'ipotesi di cui al comma 5, lettera a), è consentito l'accesso al concorrente ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto" (comma 6);

- tale dettato normativo esprime, dunque, la regola di fondo che, nelle gare pubbliche, l'accesso agli atti di gara è consentito -persino in prevalenza su comprovate esigenze di riservatezza commerciale del concorrente controinteressato all'ostensione della propria offerta- tutte le volte in cui la piena conoscenza di quest'ultima sia funzionale al pieno esercizio del diritto di difesa da parte del richiedente (cfr., ex multis, Adunanza Plenaria, 2 aprile 2020, n.10, par. 27.6, Consiglio di Stato, Sez. V, 1 luglio 2020, n. 4220; T.A.R. Milano, Sez. IV, 12 maggio 2020, n. 796; T.A.R. Palermo, Sez. II, 10 settembre 2018, n.1916);

- tale condizione si riscontra nel caso ora in esame, avendo parte ricorrente impugnato gli esiti di gara e formulato censure volte a ottenere l'esclusione del RTI controinteressato, in tal modo evidenziando il proprio concreto interesse a conoscere gli atti di gara per intero, così da poter articolare pienamente le proprie difese e, se del caso, proporre motivi aggiunti;

- per contro il dissenso all'accesso espresso dallo stesso R.T.I. controinteressato, accampando esigenze di segretezza commerciale (vedi doc. 16 prodotto dalla ricorrente), così come il conseguente atto di diniego parziale pronunciato dalla stazione appaltante (vedi doc. 1 prodotto dalla ricorrente), risultano del tutto generici e, come tali, inidonei a supportare la relativa decisione (cfr. T.A.R. Napoli, Sez. VI, 4 maggio 2021, n. 2971, secondo cui "Sussiste un preciso onere in capo all'interessato di dimostrare l'effettiva sussistenza di un segreto industriale e commerciale da salvaguardare, che si affianca all'onere della Stazione appaltante di valutare in modo motivato le argomentazioni presentate, al fine di verificare l'effettiva operatività del regime di segretezza da opporre al richiedente l'accesso agli atti della gara. Del resto,, la decisione di partecipare, alla gara implica in nuce e ab initio la volontà di consentire il pieno disvelamento della domanda di partecipazione, delle caratteristiche dell'offerta formulata e financo di quelli che, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, costituiscono segreti tecnici o commerciali (in quest'ultimo caso, beninteso, allorquando ciò si renda necessario per l'esperimento di un'azione giurisdizionale avverso gli atti della procedura, a mente dell'art. 53, comma 5, lett. a, e comma 6, d.lgs. n. 50/2016)".

Deve, pertanto, disporsi la consegna alle ricorrenti in visione e copia, entro venti giorni dalla comunicazione della presente ordinanza e da parte dell'Azienda Ospedaliera Universitaria di Sassari, di tutti gli atti di gara senza alcun omissis, con particolare riferimento all'offerta tecnica formulata in gara dal RTI Italy Emergenza Cooperativa Sociale - Nuova Cagliari Società Cooperativa Sociale.

- NECESSITA' DI RIVEDERE LA DISCIPLINA DEL SUBAPPALTO COME DA ULTIMO MODIFICATA DALL'ART. 49 DEL D.L. 47/2021 (CONV. IN L 108/2021) PERCHE' ERRATA E/O ILLOGICA

Nuovo comma 1

1. *I soggetti affidatari dei contratti di cui al presente codice eseguono in proprio le opere o i lavori, i servizi, le forniture compresi nel contratto. A pena di nullità, fatto salvo quanto previsto dall'articolo 106, comma 1, lettera d), il contratto non può essere ceduto, non può essere affidata a terzi l'integrale esecuzione delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto, nonché la prevalente esecuzione delle lavorazioni relative al complesso delle categorie prevalenti e dei contratti ad alta intensità di manodopera. E' ammesso il subappalto secondo le disposizioni del presente articolo.*

Si è al cospetto di una petizione di principio che condiziona l'applicazione dei commi successivi.

PRIMO PROFILO DA SCRUTINARE

- SE IL DIVIETO DELL'AFFIDAMENTO A TERZI DELLA INTEGRALE ESECUZIONE DELLE PRESTAZIONI O LAVORAZIONI OGGETTO DEL CONTRATTO PUO' ESSERE CONDIVISIBILE, MENO CONDIVISIBILE APPARE QUANTO SOSTENUTO DALL'ANAC NELLA SEDUTA DEL 06/10/2021 OVVERO «Nel periodo definitivo, a partire dal 1° novembre 2021, *si affermerà il regime della subappaltabilità integrale* delle opere fatte salve le opere da eseguire a cura dell'aggiudicatario, in ragione delle specifiche caratteristiche dell'appalto. Si assisterà, quindi, all'abbattimento di ogni limite quantitativo generale e predeterminato al subappalto.»;

- BEN PIU' PROBLEMATICHE E' L'INTERPRETAZIONE DELLA PERIFRASI “*la prevalente esecuzione delle lavorazioni relative al complesso delle categorie prevalenti*”. Questo perché con riferimento agli appalti di lavori:

a. il termine “PREVALENTE” è INDETERMINATO e in ogni caso rinvia ad un concetto quantitativo che a partire dal 01/11/2021 sarà espunto dall'ordinamento (30, 50, 60%);

b. il termine “PREVALENTE” è INCOMPRESIBILE se rapportato al “*complesso delle categorie prevalenti*”, **non fosse altro perché l'ordinamento conosce solo di una categoria prevalente** (vedesi **previgente art. 108 del DPR 207/2010**)

Art. 108. Condizione per la partecipazione alle gare

1. Nei bandi di gara per l'appalto di opere o lavori pubblici è richiesta la qualificazione nella categoria di opere generali che rappresenta la categoria prevalente, e che identifica la categoria dei lavori da appaltare. Nei bandi di gara per l'appalto di opere o lavori nei quali assume carattere prevalente una lavorazione specializzata, la gara è esperita con espressa richiesta della qualificazione nella relativa categoria specializzata. Si intende per categoria prevalente quella di importo più elevato fra le categorie costituenti l'intervento. Nei bandi sono altresì richieste le eventuali ulteriori qualificazioni per le lavorazioni di cui all'articolo 109, commi 1 e 2. (ora all'art. 12, comma 2, legge n. 80 del 2014)

2. Nel bando di gara è indicato l'importo complessivo dell'opera o del lavoro oggetto dell'appalto, la relativa categoria generale o specializzata considerata prevalente nonché le ulteriori categorie generali e specializzate di cui si compone l'opera o il lavoro, con i relativi importi che sono scorporabili e che a scelta del concorrente, sono subappaltabili o affidabili a cottimo, con i limiti di cui all'articolo 109.

3. Le ulteriori categorie generali e specializzate di cui al comma 2 sono quelle che, a scelta del progettista in sede di redazione del progetto a base di gara, sono o di importo singolarmente superiore al dieci per cento dell'importo complessivo dell'opera o lavoro, ovvero di importo superiore a 150.000 euro” ed attuale comma 2 dell'art. 12 della L 80/2014 “2. In tema di affidamento di contratti pubblici di lavori, si applicano altresì le seguenti disposizioni:

a) l'affidatario, in possesso della qualificazione nella categoria di opere generali ovvero nella categoria di opere specializzate indicate nel bando di gara o nell'avviso di gara o nella lettera di invito come categoria prevalente può, fatto salvo quanto previsto alla lettera b), eseguire direttamente tutte le lavorazioni di cui si compone l'opera o il lavoro, anche se non è in possesso delle relative qualificazioni, oppure subappaltare dette lavorazioni specializzate esclusivamente ad imprese in possesso delle relative qualificazioni;

Va da sé che si è al cospetto di una previsione che con riferimento a quanto rappresentato sopra alla lettera:

- a) non è chiaro se demandi alla stazione appaltante il potere di stabilire il quantum della definizione di prevalente, ma così facendo finisce per reintrodurre surrettiziamente un limite quantitativo definitivamente espunto dall'ordinamento
- b) è impossibile.

- APPARENTEMENTE MENO PROBLEMATICO E' IL DIVIETO RIFERITO ALLA “prevalente esecuzione ... dei contratti ad alta intensità di manodopera”.

Questo perché se è pacifico che ai sensi dell'art. 50 del codice i contratti de quibus sono solo quelli relativi caratterizzati da un costo della manodopera pari al almeno il 50% dell'importo contrattuale e se dovrebbe essere altresì pacifico che il concetto di PREVALENZA va riferito all'intero importo contrattuale, pare EVIDENTE CHE IL LEGISLATORE SI E' DIMENTICATO CHE PER GLI APPALTI DI SERVIZI E FORNITURE ESISTE LA CD. PRESTAZIONE PRINCIPALE (art. 48 comma 2 “2. Nel caso di forniture o servizi, per raggruppamento di tipo verticale si intende un raggruppamento di operatori economici in cui il mandatario esegue le prestazioni di servizi o di forniture indicati come principali anche in termini economici, i mandanti quelle indicate come secondarie; per raggruppamento orizzontale quello in cui gli operatori economici eseguono il medesimo tipo di prestazione; le stazioni appaltanti indicano nel bando di gara la prestazione principale e quelle secondarie.”).

DA QUIVI NON PARE INVERO LOGICA LA PREVISIONE DI IMPORRE UN DISTINGUO TRA LAVORI E SERVIZI/FORNITURE, VISTO CHE LA LOGICA SOTTESA ALLA CATEGORIA PREVALENTE E ALLA PRESTAZIONE PRINCIPALE E' LA MEDESIMA OVVERO IL DISTINGUO CARATTERIZZANTE LA POSSIBILITA' DI COSTITUIRE UN RTI VERTICALE (ART. 48 COMMA 1 E 2)

SECONDO PROFILO DA SCRUTINARE

ATTIENE ALLE GARANZIE PRESTAZIONALI CHE DEVONO CARATTERIZZARE LA FASE DELL'ESECUZIONE DEL SUBAPPALTO E CHE SONO STATE INTRODOTTE ATTRAVERSO LA SOSTITUZIONE DELL'INTERO PRIMO PERIODO DEL COMMA 14

14. Il subappaltatore, per le prestazioni affidate in subappalto, deve garantire gli stessi standard qualitativi e prestazionali previsti nel contratto di appalto e riconoscere ai lavoratori un trattamento economico e normativo non inferiore a quello che avrebbe garantito il contraente principale, inclusa l'applicazione dei medesimi contratti collettivi nazionali di lavoro, qualora le attività oggetto di subappalto coincidano con quelle caratterizzanti l'oggetto dell'appalto ovvero riguardino le lavorazioni relative alle categorie prevalenti e siano incluse nell'oggetto sociale del contraente principale. L'affidatario corrisponde i costi della sicurezza e della manodopera, relativi alle prestazioni affidate in subappalto, alle imprese subappaltatrici senza alcun ribasso; la stazione appaltante, sentito il direttore dei lavori, il coordinatore della sicurezza in fase di esecuzione, ovvero il direttore dell'esecuzione, provvede alla verifica dell'effettiva applicazione della presente disposizione. L'affidatario è solidalmente responsabile con il subappaltatore degli adempimenti, da parte di questo ultimo, degli obblighi di sicurezza previsti dalla normativa vigente.

LA PORTATA DELLA NOVELLA E' ILLOGICA PERCHE' L'INDIVIDUAZIONE QUALE CONDICIO SINE QUA NON CHE LE ATTIVITA' DEDOTTE IN SUBAPPALTO:

- *“COINCIDANO CON QUELLE CARATTERIZZANTI L'OGGETTO DELL'APPALTO”* assurge ad affermazione tautologia che collide con la granitica elaborazione pretoria che nel distinguere tra subappalto e subcontratti ovvero contratti continuativi di collaborazione chiarisce che *“Come affermato dalla sentenza del Consiglio di Stato n. 1603/2020 “il discrimen tra subappalto in senso proprio e mero subaffidamento va tracciato considerando il carattere accessorio o meno delle prestazioni affidate al sub-contraente, in quanto la disciplina di cui all'art. 105 del Codice non si applica unicamente alle prestazioni meramente strumentali e solo funzionalmente collegate con quelle oggetto del contratto (ma ad esso estranee), come tali qualificabili ai sensi del comma 2 del menzionato art. 105 (cfr. Tar Pescara, sez. I, nn. 43/2018 e 199/2018)”*.

- *«RIGUARDINO LE LAVORAZIONI RELATIVE ALLE CATEGORIE PREVALENTI»* da un lato reitera l'errore del comma 1 nonché individua un discrimen illogico, posto che NON E' ASSOLUTAMENTE DETTO CHE LA PRESTAZIONE PRINCIPALE PER I SERVIZI E LE FORNITURE NON CONNOTI L'APPALTO

IL TUTTO CON L'AGGIUNTA CHE IL RIFERIMENTO PER ENTRAMBE LE CONDICIO *“SIANO INCLUSE NELL'OGGETTO SOCIALE DEL CONTRAENTE PRINCIPALE”* è un controsenso logico giuridico, posto che per giurisprudenza pacifica il solo oggetto sociale non assurge a requisito di idoneità professionale quanto lo è l'attività prevalente emergente dal certificato camerale *“ATTRAVERSO LA CERTIFICAZIONE CAMERALE, DEVE ACCERTARSI IL CONCRETO ED EFFETTIVO SVOLGIMENTO, DA PARTE DELLA CONCORRENTE, DI UNA DETERMINATA ATTIVITÀ, ADEGUATA E DIRETTAMENTE RIFERIBILE AL SERVIZIO DA SVOLGERE; IL CHE ESCLUDE LA POSSIBILITÀ DI PRENDERE IN CONSIDERAZIONE, AI FINI CHE RILEVANO NELLA FATTISPECIE, IL CONTENUTO DELL'OGGETTO SOCIALE, il quale - ancorché segni il campo delle attività che un'impresa può astrattamente svolgere, sul piano della capacità di agire dei suoi legali rappresentanti - non equivale, però, ad attestare il concreto esercizio di una determinata attività”* (Cons. di Stato, Sez. III, sent. n. 2507 del 25/03/2021)

IN COERENZA DEI RICHIAMATI PRESUPPOSTI, ARRIVANDO AL DUNQUE DEL CONTENUTO PRESTAZIONALE, L'IMPOSIZIONE CHE *“Il subappaltatore, per le prestazioni affidate in subappalto, deve garantire gli stessi standard qualitativi e prestazionali previsti nel contratto di appalto e riconoscere ai lavoratori un trattamento economico e normativo non inferiore a quello che avrebbe garantito il contraente principale, inclusa l'applicazione dei medesimi contratti collettivi nazionali di lavoro, ...”* DENOTA TUTTA LA SUA FRAGILITA'

Questo perché

- il rispetto *“degli stessi standard qualitativi e prestazionali previsti nel contratto”* è affermazione senza senso PERCHÈ SEMPRE E COMUNQUE LE ATTIVITÀ DEDOTTE IN SUBAPPALTO DEVONO GARANTIRE GLI STANDARD RICHIESTI ALL'APPALTATORE e ciò anche nelle ipotesi in cui si versi in tema di sub appalto necessario ovvero non si tratti di prestazioni caratterizzanti ovvero relativo alle categorie scorporabili;
- l'applicazione ai dipendenti del subappaltatore del *“trattamento economico e normativo non inferiore a quello che avrebbe garantito il contraente principale, inclusa l'applicazione del medesimo CCNL”* equivale a:
 1. DISAPPLICARE la decisione della Corte di Giustizia del 27/11/2019 che stabilisce che il pagamento al subappaltatore non deve rispettare alcun delta differenziale (invero il delta differenziale del 20% è stato eliminato ma viene di fatto surrettiziamente introdotto);
 2. VIOLARE il disposto del comma 4 dell'art. 30 del codice (*“Al personale impiegato nei lavori, servizi e forniture oggetto di appalti pubblici e concessioni è applicato il contratto collettivo nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni di lavoro stipulato dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e quelli il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto o della concessione svolta dall'impresa anche in maniera prevalente.”*) in ordine alla libertà contrattuale garantita dall'art. 41 della costituzione e dalla pacifica elaborazione pretoria e non si coordina con il comma 9 del 105 (*«- "l'applicazione di un determinato contratto collettivo non può essere imposta dalla lex specialis alle imprese concorrenti quale requisito di partecipazione né la mancata applicazione di questo può essere a priori sanzionata dalla stazione appaltante con l'esclusione, sicché deve negarsi in radice che l'applicazione di un determinato contratto collettivo anziché di un altro possa determinare, in sé, l'inammissibilità dell'offerta" (cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 2 marzo 2017, n. 975; 9 dicembre 2015, n. 5597); non rientra nella discrezionalità dell'amministrazione appaltante quella di imporre o di esigere un determinato contratto collettivo nazionale di lavoro, tanto più qualora una o più tipologie di contratti collettivi possano anche solo astrattamente adattarsi alle prestazioni oggetto del servizio da affidare (Consiglio di Stato sez. V, 23 luglio 2018, n.4443; Consiglio di Stato, Sez. V, 5 ottobre 2016, n. 4109);»*, (Cons. di Stato, Sez. V, sent. n. 6786 del 03/11/2020).
 3. VIETARE il subappalto ad esempio tra società di persone e/o di capitali e cooperative vista l'impossibilità di queste ultime di applicare i CCNL dei primi e viceversa, in contrasto con l'art. 3 della Costituzione, con i principi sulla mutuabilità e financo con il disposto dell'art. 2069 del codice civile (*“Il contratto collettivo deve contenere l'indicazione della categoria d'imprenditori e di prestatori di lavoro, ovvero delle imprese o dell'impresa, a cui si riferisce, e del territorio dove ha efficacia. In mancanza di tali indicazioni il contratto collettivo è obbligatorio per tutti gli imprenditori e i prestatori di lavoro rappresentati dalle associazioni stipulanti”*).

PREVISIONI OPERATIVE DAL 01/11/2021

LA PRIMA CRITICITA' riguarda l'abrogazione dei limiti quantitativi al subappalto, che però viene compensata dalle previsioni di restrizioni ulteriori – id est aggiuntive – rispetto a quelle già menzionate nella novella del comma 1.

Questo perché all'interno del terzo periodo del comma 2 («*Le stazioni appaltanti, nel rispetto dei principi di cui all'articolo 30, previa adeguata motivazione nella determina a contrarre, eventualmente avvalendosi del parere delle Prefetture competenti, indicano nei documenti di gara le prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto da eseguire a cura dell'aggiudicatario in ragione delle specifiche caratteristiche dell'appalto, ivi comprese quelle di cui all'articolo 89, comma 11, dell'esigenza, tenuto conto della natura o della complessità delle prestazioni o delle lavorazioni da effettuare, di rafforzare il controllo delle attività di cantiere e più in generale dei luoghi di lavoro e di garantire una più intensa tutela delle condizioni di lavoro e della salute e sicurezza dei lavoratori ovvero di prevenire il rischio di infiltrazioni criminali, a meno che i subappaltatori siano iscritti nell'elenco dei fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori di cui al comma 52 del medesimo articolo 1 della legge 6 novembre 2012, n. 190, ovvero nell'anagrafe antimafia degli esecutori istituita dall'articolo 30 del decreto-legge 17 ottobre 2016, n. 189, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 dicembre 2016, n. 229*») la perifrasi «*dell'esigenza, tenuto conto della natura o della complessità delle prestazioni o delle lavorazioni da effettuare, di rafforzare il controllo delle attività di cantiere e più in generale dei luoghi di lavoro e di garantire una più intensa tutela delle condizioni di lavoro e della salute e sicurezza dei lavoratori*» è la summa di un insieme di previsioni tautologiche e prive di senso compiuto se rapportate ai compiti DELLA D.L. – D.E.C. PREVISTI DAL DM 49/2018, non essendo revocabile in dubbio che IL CONTROLLO DEL CANTIERE, DELLE CONDIZIONI DI LAVORO, DELLA SICUREZZA SONO GIÀ PUNTUALMENTE PRESIDATE DALLA VIGENTE NORMATIVA E VISTO CHE NON E' AMMESSO CHE IL SUBAPPALTATORE POSSA ESEGUIRE L'APPALTO SENZA RISPETTARE LE CONDIZIONI IMPOSTE ALL'APPALTATORE

LA SECONDA CRITICITA' è riferita alla novella del comma 8 «*Il contraente principale e il subappaltatore sono responsabili in solido nei confronti della stazione appaltante in relazione alle prestazioni oggetto del contratto di subappalto] (primo periodo così sostituito dal 1° novembre 2021, ai sensi dell'art. 49, comma 2, lettera c), del decreto-legge n. 77 del 2021). L'aggiudicatario è responsabile in solido con il subappaltatore in relazione agli obblighi retributivi e contributivi, ai sensi dell'articolo 29 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276. Nelle ipotesi di cui al comma 13, lettere a) e c), l'appaltatore è liberato dalla responsabilità solidale di cui al primo periodo.*».

Questo perché se PRIMA ERA PACIFICO CHE IL SUBAPPALTO FOSSE UN CONTRATTO DERIVATO DAL CONTRATTO PRINCIPALE D'APPALTO, RISPETTO AL QUALE NON ESISTEVA UN RAPPORTO DIRETTO TRA P.A. E SUBAPPALTATORE, OGGI CON LA PREVISIONE DELLA RESPONSABILITÀ SOLIDALE SI APRE UN SERIO PROBLEMA INTERPRETATIVO

vedesi ad esempio Cons. di Stato, Sez. V, sent. n. 1330 del 21/02/2020 «*Pertanto, come bene rilevato dal primo giudice, anche l'azienda dell'ausiliaria, intesa come complesso di beni organizzati per l'esercizio dell'impresa, ben può essere messa a disposizione dell'impresa avvalente nei limiti in cui ciò è necessario e sufficiente a garantire il rispetto degli obblighi assunti con il contratto di avvalimento, fermo restando che esecutrice dell'appalto (alla quale viene difatti rilasciato il certificato di esecuzione) è soltanto l'impresa avvalente che rimane la controparte contrattuale della stazione appaltante e non già l'ausiliaria, la quale si limita a mettere a disposizione le risorse e i mezzi che sostanziano i requisiti di cui l'ausiliata è carente per l'esecuzione del contratto ed è perciò anch'essa solidalmente responsabile nei confronti dell'amministrazione aggiudicatrice (Cons. di Stato, III, 12 novembre 2014, n. 5573). Di conseguenza, deve escludersi che nella fattispecie in esame sia configurabile un subappalto: in quest'ultimo, infatti, l'impresa sub-appaltatrice, a differenza di quella ausiliaria, assume in proprio il rischio economico-imprenditoriale dell'esecuzione delle prestazioni sub-appaltate, secondo lo schema tipico del contratto derivato dal contratto principale (cfr. Cons. di Stato, V, 16 marzo 2018, n. 1698), laddove nell'avvalimento soggetto esecutore e responsabile nei confronti della stazione appaltante per l'esecuzione delle prestazioni è sempre l'impresa ausiliata, sia pure con la garanzia della responsabilità solidale dell'ausiliaria.*».