



SEMINARIO SUL CORRETTIVO AL CODICE APPALTI

D.lgs. 31 dicembre 2024, n. 209

Venerdì, 21 marzo 2025

Avv. Jacopo Nardelli

Considerazioni preliminari e problemi di costituzionalità / 1

- Lo scorso 31 dicembre 2024 è entrato in vigore il D.lgs. n. 209/2024 recante “*Disposizioni integrative e correttive al codice dei contratti pubblici*” (“**Decreto Correttivo**”), approvato quasi due anni fa con il d. lgs. 31 marzo 2023, n. 36” (il “**Codice dei Contratti Pubblici**”), che si pone l’obiettivo di razionalizzare e perfezionare l’impianto normativo del Codice dei Contratti Pubblici.
- Il Decreto Correttivo “*rinvia la sua base legale nell’articolo 1, comma 4, della legge 21 giugno 2022, n. 78, il quale – contestualmente al conferimento della delega ad adottare, nel rispetto dei principi e criteri direttivi individuati, 'uno o più decreti legislativi recanti la disciplina dei contratti pubblici' – ha abilitato il Governo ad apportarvi, entro il biennio successivo dalla entrata in vigore della normativa delegata, 'con la stessa procedura' e nel rispetto dei medesimi principi e criteri direttivi, 'le correzioni e le integrazioni' che la pratica [avesse reso] necessarie ed opportune”* (Cons. Stato, comm. spec., 2 dicembre 2024, parere n. 1463/2024).

Considerazioni preliminari e problemi di costituzionalità / 2

- Per redazione dello schema del Codice dei Contratti Pubblici, il Governo si era avvalso della facoltà *"di affidare al Consiglio di Stato, in sede consultiva, l'elaborazione dello schema normativo. Di tale facoltà, per contro, il Governo non ha inteso avvalersi ai fini della predisposizione dello schema"* del Decreto Correttivo.
- Il Consiglio di Stato sottolinea che, visto che la legge di delega parlava di **"stessa procedura"**, sarebbe stata necessaria una **"una simmetria formale effettiva, cioè in concreto: sicché la scansione formale dell'intervento correttivo ed integrativo avrebbe verisimilmente dovuto mimare, di fatto, la stessa seguita (rendendo coerente, in via definitiva, la relativa opzione) nella predisposizione del 'Codice', anche con riguardo al ruolo del Consiglio di Stato. Si tratta, del resto, di una alternativa non priva di rilievo, avuto riguardo alla attitudine essenzialmente tecnica della redazione rimessa al Consiglio di Stato, in ogni caso, poi, ri-devoluta al successivo vaglio politico, a fronte di quella eminentemente e direttamente politica esercitata dal Governo"**.
- *"In definitiva, si ritiene non inopportuno segnalare il rischio, potenzialmente rilevante ai fini di un eventuale sindacato di legittimità formale, in ordine al rispetto della legge di delegazione, e relativo alla circostanza che la redazione del Codice, e la sua integrazione e correzione, siano state, in concreto, operate, in parte, seguendo procedure sostanzialmente diverse"*.

Finanza di progetto / 1

- Tra le tante novità introdotte con il Decreto Correttivo, di particolare rilievo è certamente la revisione della procedura di affidamento delle concessioni in *project financing* ad iniziativa privata delineata nei commi 3 - 15 dell'art. 193 del Codice dei Contratti Pubblici (la "**Proposta del Promotore**").
- Il nuovo art. 193, comma 1, conferma che tramite finanza di progetto possano essere affidate anche concessioni di servizi, oltre che di lavori.
- Sono chiaramente definite due (alternative) procedure di finanza di progetto:
 - quella ad iniziativa privata, nelle ipotesi di cui ai commi 3-15 dell'art. 193, anche per proposte non incluse nella programmazione del partenariato pubblico privato (il "**PPP**") di cui all'art. 175, comma 1, del Codice dei Contratti Pubblici; e
 - quella ad iniziativa pubblica, da parte dell'ente concedente che può sollecitare i privati a farsi promotori per gli interventi inclusi nella programmazione del PPP, nelle ipotesi di cui ai commi 16-17 dell'art. 193 (la "**Proposta ad Iniziativa Pubblica**").
- Una prima novità introdotta dal Decreto Correttivo riguarda l'introduzione di una fase preliminare di "manifestazione di interesse".

Finanza di progetto / 2

- È stata recepita e normata una prassi inizialmente diffusa tra gli operatori economici, al fine di garantire un accesso equo e trasparente alle informazioni e dati necessari per la predisposizione della Proposta del Promotore.
- Il comma 2 dell'art. 193 del Codice dei Contratti Pubblici, dispone che:
 - i. ai fini della presentazione della Proposta del Promotore, un operatore economico può presentare all'ente concedente una **preliminare manifestazione di interesse**, corredata dalla richiesta di informazioni e dati necessari per la predisposizione della proposta; e
 - ii. l'ente concedente comunica all'operatore economico la sussistenza di un interesse pubblico all'elaborazione della proposta.
- Al verificarsi dell'ipotesi *sub* (ii), l'ente concedente trasmette all'operatore economico i dati e le informazioni richiesti e ne dà adeguata comunicazione nella sezione “*Amministrazione trasparente*” del proprio sito istituzionale.

Finanza di progetto / 3

- Il Decreto Correttivo conferma la **struttura bifasica**:
 - i. una prima fase di presentazione della Proposta del Promotore che, all'esito di una valutazione comparativa della stessa con eventuali ulteriori proposte presentate da soggetti terzi proponenti (i "**Proponenti**"), si conclude con l'individuazione del progetto da mettere a gara quale progetto di pubblico interesse da parte dell'ente concedente ("**Fase 1**");
 - ii. una seconda fase di messa a gara del progetto individuato all'esito della valutazione comparativa di cui al punto (i), e approvato dall'ente concedente ("**Fase 2**")
- **Art. 193, comma 4**: durante la Fase 1 l'ente concedente, in seguito ad una preliminare verifica sulla sussistenza di un interesse pubblico rispetto alla Proposta del Promotore e sulla coerenza con il programma di PPP, dà **notizia della presentazione della Proposta del Promotore** nella sezione "*Amministrazione Trasparente*" del proprio sito istituzionale.
- Contestualmente l'ente concedente assegna un termine, commisurato alla complessità del progetto e comunque non inferiore a 60 giorni, entro il quale **altri Proponenti possono presentare proposte concorrenti** relative al medesimo intervento.

Finanza di progetto / 4

- **Fase 1/A - Art. 193, comma 5:** entro 45 giorni (decorrenti dalla scadenza del precedente termine non inferiore a 60 giorni), l'ente concedente "individua **in forma comparativa**, sulla base di **criteri che tengano conto della fattibilità delle proposte e della corrispondenza dei progetti e dei relativi piani economici e finanziari ai fabbisogni dell'ente concedente**", una o più proposte, presentate dal Promotore e dai Proponenti, da sottoporre alla procedura di valutazione comparativa di fattibilità, nelle forme prevista dal successivo comma 6.
- **Fase 1/B - L'art. 193, comma 6,** dispone che l'ente concedente (i) comunichi ai soggetti interessati (i.e., Promotore e/o Proponente/i) la proposta o le proposte individuate ai sensi del precedente comma 5, (ii) pubblichi la/e proposta/e sul sito istituzionale; e (iii) invita il Promotore e il/i Proponente/i ad apportare eventuali modifiche.
- Nel caso in cui il Promotore e/o il Proponente/i non dovessero apportare le modifiche richieste dall'ente concedente entro il termine dallo stesso indicato, le rispettive proposte sono respinte con provvedimento motivato.
- **Durata del procedimento** previsto dall'art. 193, comma 6: 60 giorni (che possono aumentare fino a 90 giorni per comprovate esigenze istruttorie)
- **Esito finale:** sarà posto a base di gara un solo progetto di fattibilità selezionato dall'ente concedente. Potrà trattarsi, a seconda dei casi, del progetto di fattibilità originariamente presentato dal Promotore ovvero di quello di uno dei Proponenti.

i. .

Finanza di progetto / 5

- Se l'ente concedente è un **Comune**, a quale organo comunale compete decidere sulla dichiarazione di fattibilità del progetto?
- La giurisprudenza non è univoca, nell'ambito della stessa quinta sezione di Consiglio di Stato:
 - **Giunta comunale** – Cons. Stato, sez. V, sent. 22 marzo 2024, n. 2805:
 - *"Le **funzioni attribuite al Consiglio comunale costituiscono delle ipotesi tassative**, come si desume dal tenore letterale dell'art. 42 del TUEL, il quale affida all'organo consiliare la competenza ad approvare unicamente gli atti fondamentali elencati dal secondo comma, **tra i quali non figura la dichiarazione di fattibilità delle proposte di project financing o di partenariato pubblico privato**. Il Consiglio comunale è certamente competente, invece, per l'inserimento dell'intervento nella programmazione finanziaria e nei programmi delle opere pubbliche, che peraltro non deve necessariamente precedere la presentazione della proposta, dal momento che – secondo quanto previsto dall'art. 183, comma 15, primo periodo, del d.lgs. n. 50 del 2016 – gli operatori economici «possono presentare alle amministrazioni aggiudicatrici proposte relative alla realizzazione in concessione di lavori pubblici o di lavori di pubblica utilità [...] anche se presenti negli strumenti di programmazione approvati dall'amministrazione [...] sulla base della normativa vigente»; il che implica che i privati possono presentare proposte anche se gli interventi non sono inseriti nella programmazione dell'ente (si veda anche il nono periodo del comma 15 cit.: «Il progetto di fattibilità eventualmente modificato, qualora non sia già presente [...] è inserito in tale strumenti di programmazione»).*
 - *In altri termini, **il Consiglio comunale è competente solo ai fini dell'inserimento dell'intervento nella programmazione dell'ente (...), non nella fase di esame e valutazione della fattibilità della proposta**".*

Finanza di progetto / 6

- **Consiglio comunale – Cons. Stato, sez. V, sent. 27 ottobre 2023, n. 9298:**
 - *"Il modello procedimentale in esame consta di tre fasi: la prima, inerente alla presentazione della proposta di finanza di progetto, in cui si esprime la valutazione dell'interesse pubblico, di competenza dell'organo di governo; la seconda, ove avviene l'inserimento dell'opera dichiarata di pubblico interesse nella programmazione triennale, con sottoposizione ad approvazione del progetto preliminare, sempre a cura dell'organo di governo; l'ultima, che prevede l'indizione di una gara sul progetto approvato, rimessa alla competenza della dirigenza. Con riferimento all'individuazione dell'organo di governo competente per le prime due fasi, va condivisa la prospettazione (...) ritenuta corretta dal giudice di prime cure, dell'individuazione dello stesso nel **consiglio comunale**; infatti, **ai sensi della normativa del T.U.E.L. è l'assemblea ad essere competente sulla programmazione triennale e sull'elenco annuale delle opere pubbliche, anche in merito all'adozione di pareri, trattandosi, in linea di principio, comunque di un'attività generale e di indirizzo**".*
 - *"La competenza del consiglio va inoltre riconosciuta anche riguardo al potere di approvazione del progetto preliminare su cui si fonda la proposta di finanza di progetto, essendo così stabilito dall'art. 19 del citato d.p.r. n. 327/2001 rispetto a varianti allo strumento urbanistico, disposizione applicabile al caso sub judice per effetto del rinvio ad essa operato dagli artt. 153, comma 9 e 97 del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163. (Consiglio di Stato sez. IV 22 settembre 2014 n. 4762; Consiglio di Stato sez. IV 19 giugno 2014 n. 3116); né, giova rimarcarlo, rileva la circostanza addotta da parte appellante secondo cui nell'ipotesi di specie non occorresse alcuna variante allo strumento urbanistico, posto che era stata proprio la delibera giuntale a procedere all'approvazione del progetto in variante e a disporre l'inserimento nel programma triennale delle opere pubbliche".*

Finanza di progetto / 7

- Se si impugna il provvedimento con cui l'ente concedente approva la dichiarazione di fattibilità del progetto, qual è il **rito applicabile**?
- Nella vigenza del d.lgs. n. 50/2016, la giurisprudenza era abbastanza consolidata nel ritenere che si applicasse il rito **ordinario** e quindi il ricorso dovesse essere notificato entro il termine di **60 giorni**.
 - "Il Collegio ritiene, in primo luogo, che la procedura che qui viene in rilievo - pur essendo stata caratterizzata, nel primo segmento della fase preliminare, dal confronto comparativo tra le proposte di PPP pervenute - nulla ha a che fare con le 'procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture', l'impugnazione dei cui provvedimenti è soggetta, sotto il profilo processuale, al rito abbreviato di cui all'art. 119 e ss. del c.p.a.".
 - L'oggetto della specifica procedura svolta non è, infatti, "l'affidamento di lavori, servizi o forniture o incarichi di progettazione mediante appalto; l'affidamento di lavori o servizi mediante concessione (...)", secondo la definizione che delle procedure di affidamento dà l'art. 3, comma 1, lett. rrr), del decreto citato, ovvero non viene ancora in rilievo né l'appalto pubblico (...), né la concessione di lavori (...) o la concessione di servizi" (così T.A.R. Friuli Venezia Giulia – Trieste, sez. I, sent 2 gennaio 2023, n. 1, ma nel medesimo senso v. anche la già citata Cons. Stato, sent. n. 9298/2023).
- Nella vigenza del nuovo Codice dei Contratti Pubblici, si registrano posizioni diverse, a favore dell'applicazione del **rito speciale in materia di appalti** (art. 120 c.p.a).
 - **T.A.R. Calabria – Catanzaro, sez. I, sent. 10 febbraio 2025, n. 311**: "Il codice di nuovo conio ha disciplinato la finanza di progetto agli artt. 193, 194 e 195 collocati all'interno della Parte II dedicata ai 'contratti di concessione', posto che tale strumento altro non è se non una peculiare modalità di finanziamento delle concessioni" e **"rientra, a prescindere dalla fase in cui si trova la procedura, nel novero delle concessioni di servizi, sottoposte al rito speciale di cui all'art. 120 c.p.a."**.

Finanza di progetto / 8

- Si apre poi la **Fase 2**.
- L'ente concedente pone a base di gara il progetto di fattibilità del Promotore o del Proponente selezionato all'esito della valutazione comparativa, riconoscendo il diritto di prelazione all'operatore che ha proposto il progetto selezionato (*i.e.*, Promotore ovvero uno dei Proponenti).
- Il criterio di aggiudicazione è l'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del **miglior rapporto tra qualità e prezzo**.
- L'art. 182, comma 5 del Codice dei Contratti Pubblici prevede che il bando di gara possa (ma non debba) richiedere che le offerte siano corredate da manifestazioni di interesse dell'istituto finanziatore a finanziare il progetto.
- I concorrenti, compreso il Promotore e i Proponenti, in possesso dei requisiti previsti dal bando presentano un'**offerta** che contenga:
 - il piano economico-finanziario asseverato;
 - la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione;
 - le varianti migliorative al piano di fattibilità tecnico-economico e le eventuali modifiche alla convenzione posti a base di gara, secondo gli indicatori previsti dal bando; e
 - la garanzia provvisoria di cui all'art. 106 del Codice dei Contratti Pubblici.

Finanza di progetto / 9

- E il **diritto di prelazione**?
- Il progetto di fattibilità (i) selezionato all'esito della valutazione comparativa, (ii) approvato e (iii) posto a base di gara possa essere, alternativamente, quello del Promotore ovvero quello di uno dei Proponenti.
- Il bando di gara prevedrà che il diritto di prelazione possa essere esercitato a seconda dei casi, rispettivamente, dal Promotore ovvero dal Proponente. In particolare, la facoltà di esercitare il diritto di **prelazione è attribuita al soggetto (non aggiudicatario) il cui progetto di Fattibilità, selezionato all'esito della valutazione comparativa, sia stato previamente approvato e posto a base della successiva gara.**
- Pertanto, laddove il Promotore o il Proponente non dovesse risultare aggiudicatario, potrà esercitare, entro quindici giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione, il diritto di prelazione e divenire aggiudicatario dichiarando di impegnarsi ad adempiere alle obbligazioni contrattuali alle medesime condizioni offerte dal concorrente risultato aggiudicatario.
- In caso di esercizio della prelazione, l'originario aggiudicatario ha diritto al pagamento, a carico del Promotore o del Proponente, dell'importo delle spese documentate ed effettivamente sostenute per la predisposizione dell'offerta di cui alla Fase 2 (nei limiti del **2,5 per cento del valore dell'investimento**).

Finanza di progetto / 10

- La disciplina del diritto di prelazione introdotta dal Decreto Correttivo risponde ai **dubbi di compatibilità comunitaria sollevati dal Consiglio di Stato** (Cons. Stato, sez. V, ord. 25 novembre 2024, 9449)?
- *"La disciplina italiana della prelazione contenuta nell'art. 183 comma 15 del d. lgs. 50/2016:*
 - *garantisce l'aggiudicazione al promotore, anche se l'offerta migliore è stata presentata da altro candidato;*
 - *per tale motivo non premia necessariamente il soggetto che ha presentato l'offerta preferibile per l'amministrazione, che, altrimenti, non si renderebbe necessario esercitare la prelazione;*
 - *non delimita l'ambito di applicazione dell'istituto, richiedendo che l'oggetto del contratto in gara abbia caratteristiche volte a circoscrivere l'utilizzo dell'istituto, che non siano limitate alla tipologia di finanziamento e alla rispondenza all'interesse pubblico;*
 - *non presuppone il carattere innovativo della proposta, in termini di caratteristica intrinseca dell'oggetto della proposta o di novità dello stesso rispetto alla precedente attività svolta dall'amministrazione;*
 - *non richiede una **trasparenza iniziale** in ordine alla posizione privilegiata del promotore (anche se, nel caso di specie, è stata assicurata dal Comune), posto che la prelazione è resa nota con l'avvio della gara successiva alla presentazione della proposta, mentre la posizione privilegiata trova causa in una condotta precedente a detta comunicazione;*
 - *difetta di **garanzie e moduli procedurali in caso vi siano più promotori che presentano una proposta** (circostanza che non ricorre nel caso di specie ma che è indicativa della disciplina dell'istituto)".*

Finanza di progetto / 11

- Disciplina transitoria:

- L'art. 70, comma 4 del Decreto Correttivo, introducendo l'art. 225-*bis* nel Codice dei Contratti Pubblici, disciplina transitoriamente la finanza di progetto, stabilendo **che la normativa previgente continua ad applicarsi ai “*procedimenti di finanza di progetto in corso*” alla data di entrata in vigore del Decreto Correttivo.**
- Per “**procedimenti in corso**” si intendono le procedure formalmente avviate mediante, alternativamente:
 - la presentazione di una proposta di fattibilità da parte di un operatore economico, nel caso della Proposta del Promotore; o
 - la pubblicazione di un avviso di sollecitazione da parte dell'ente concedente, nel caso della Proposta ad Iniziativa Pubblica (in entrambe i casi la proposta o la pubblicazione dell'avviso devono risultare precedenti al 31 dicembre 2024).

Tutele lavoristiche / 1

- **Testo originale dell'art. 11, comma 2**, del Codice dei Contratti Pubblici:
 - **Comma 1**: Al personale impiegato nei lavori, servizi e forniture oggetto di appalti pubblici e concessioni è applicato il contratto collettivo nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni di lavoro, stipulato dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e quello il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto o della concessione svolta dall'impresa anche in maniera prevalente.
 - **Comma 2: Nei bandi e negli inviti le stazioni appaltanti e gli enti concedenti indicano il contratto collettivo applicabile al personale dipendente impiegato nell'appalto o nella concessione, in conformità al comma 1.**
 - **Comma 3: Gli operatori economici possono indicare nella propria offerta il differente contratto collettivo da essi applicato**, purché garantisca ai dipendenti le stesse tutele di quello indicato dalla stazione appaltante o dall'ente concedente.
 - **Comma 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**.
- Il problema che si è posto fin da subito è stato quello di **capire quando sussistesse l'equivalenza tra i C.C.N.L.**

Tutele lavoristiche / 2

- **T.A.R. Lombardia – Brescia, sez. II, sent. 1 ottobre 2024, n. 773**

- **Fatto / 1:**

- A.S.S.T. Mantova ha indetto una procedura di gara negoziata ai sensi dell'art. 50 del d.lgs. n. 36/2023 per l'affidamento dei *"lavori relativi all'adeguamento VCCC (ventilazione e condizionamento) e impianti gas medicinali della sala cardiocirurgica blocco B (piano secondo)"*;
- Paragrafo 9 del disciplinare - *"l'aggiudicatario è tenuto ad applicare ai propri lavoratori e a quelli in subappalto il CCNL Edilizia Artigianato, il CCNL Metalmeccanici, il CCNL Settore Elettrico, il CCNL Frigoristi, oppure un altro contratto che garantisca le stesse tutele economiche e normative"*;
- Partecipano alla gara Beta S.r.l. e Gamma S.r.l.;
- L'offerta di Beta S.r.l. è *"risultata anomala rispetto allo sconto di riferimento del 15%, fissato nel paragrafo 17 del disciplinare di gara"*;
- Offerta di Beta S.r.l. - 2 operai specializzati del III livello del CCNL Edilizia Industria; 2 operai qualificati del II livello del CCNL Edilizia Industria; 3 impiantisti del III livello del CCNL Terziario Confcommercio; 2 impiantisti del IV livello del CCNL Terziario Confcommercio.

Tutele lavoristiche / 3

- **T.A.R. Lombardia – Brescia, sez. II, sent. 1 ottobre 2024, n. 773**

- **Fatto / 2:**

- Durante la verifica di congruità Beta S.r.l. ha reso *"la dichiarazione di equivalenza ai sensi dell'art. 11 comma 4 del Dlgs. n. 36/2023 tra le tutele del CCNL Terziario Confcommercio e quelle dei CCNL indicati nel disciplinare di gara"*;
- Il RUP ha chiesto il parere del consulente del lavoro che ha respinto la tesi dell'equivalenza - *"La dimostrazione deriverebbe dal confronto tra il costo orario medio dei profili professionali del CCNL Terziario Confcommercio e il costo orario medio dei corrispondenti profili degli altri CCNL, utilizzando i dati raccolti dal Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali"*;
- Recependo le conclusioni del RUP la A.S.S.T. Mantova con decreto n. 27 di data 3 gennaio 2024 ha escluso l'offerta di Beta S.r.l. e ha disposto l'aggiudicazione a favore di Gamma S.r.l.;
- Beta S.r.l. ha proposto ricorso al T.A.R. Brescia - il T.A.R. ha concesso una misura cautelare propulsiva invitando la A.S.S.T. Mantova a esprimersi nuovamente sulla sostenibilità dell'offerta, con particolare riferimento all'equivalenza del CCNL (T.A.R. Lombardia – Brescia, sez. II, ord. 12 marzo 2024 n. 89);
- Il RUP ha chiesto nuova valutazione al consulente del lavoro che ha confermato il parere negativo circa la sostenibilità della stessa in quanto *"mancherebbe l'equivalenza del CCNL Terziario Confcommercio"*;
- A.S.S.T. Mantova conferma esclusione di Beta S.r.l. e l'aggiudicazione a Gamma S.r.l.;
- Beta S.r.l. propone ricorso per motivi aggiunti, ribadendo gli argomenti del ricorso introduttivo sull'equivalenza dei CCNL e sulle economie contenute nell'offerta.

Tutele lavoristiche / 4

- **T.A.R. Lombardia – Brescia, sez. II, sent. 1 ottobre 2024, n. 773**

- **Decisione del T.A.R. / 1:**

- *"In base all'art. 11 commi 3 e 4 del Dlgs. n. 36/2023, il ribasso inserito nell'offerta non può essere ottenuto in danno dei lavoratori (...) La suddetta norma determina certamente una limitazione della libertà di organizzazione aziendale, ma non può essere interpretata in senso eccessivamente restrittivo, in quanto occorre evitare di introdurre freni non necessari alla concorrenza e al principio di massima partecipazione".*
- *Un'impresa può "mantenere il proprio CCNL anche in una gara che in base alle ripartizioni della contrattazione collettiva si collocherebbe in un altro settore economico, **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**".*
- *"**L'equivalenza dei CCNL non richiede la parità di retribuzione**", in quanto tale condizione sarebbe equivalente all'imposizione di un CCNL unico con effetti anticoncorrenziali.*
- *"A una parte dei lavoratori impiegati dalla ricorrente si applica il CCNL Edilizia Industria e ai restanti il CCNL Terziario Confcommercio. La stazione appaltante avrebbe quindi dovuto svolgere delle valutazioni separate per ciascuno di questi contratti, e successivamente formare un giudizio di sintesi, tenendo conto sia del trattamento giuridico sia del trattamento economico. Questo non è stato fatto né inizialmente né in seguito all'ordinanza del TAR".*

Tutele lavoristiche / 5

- **T.A.R. Lombardia – Brescia, sez. II, sent. 1 ottobre 2024, n. 773**

- **Decisione del T.A.R. / 2:**

- Sotto il **profilo giuridico**, *"è garantito il pagamento del lavoro supplementare e del lavoro straordinario; è previsto il recupero delle festività soppresse; il periodo di prova è articolato in modo simile in relazione alle categorie e ai livelli di inquadramento; la disciplina del preavviso per il caso di licenziamento è similmente articolata in relazione alla durata del rapporto; nel CCNL Terziario Confcommercio il periodo di comporto è inferiore alla media, essendo pari a soli 180 giorni per anno, ma è analogo al comporto breve per i lavoratori fino a tre anni di anzianità del CCNL Metalmeccanici; la retribuzione nel periodo di malattia è disciplinata in modo diverso nei vari CCNL, ma vi è omogeneità di impostazioni tra il CCNL Edilizia Industria e il CCNL Edilizia Artigianato; è previsto un monte ore di permessi retribuiti, anche se inferiore alla media per il CCNL Terziario Confcommercio; sono previsti strumenti di previdenza integrativa e di sanità integrativa"*.
- Sotto il **profilo economico**, *"il costo per il III e IV livello del CCNL Terziario Confcommercio è inferiore al costo dei corrispondenti livelli del CCNL Edilizia Artigianato e del CCNL Metalmeccanici". Inoltre, "il suddetto costo è notevolmente inferiore al CCNL Settore Elettrico, ma superiore al CCNL Frigoristi (questi ultimi due contratti hanno rispettivamente i trattamenti economici migliori e peggiori tra i CCNL indicati nel disciplinare di gara). Non vi sono invece sostanziali differenze tra le retribuzioni del II e III livello del CCNL Edilizia Industria e del CCNL Edilizia Artigianato. Entrambi questi contratti sono economicamente di poco inferiori al CCNL Metalmeccanici, di molto inferiori al CCNL Settore Elettrico, ma ampiamente superiori al CCNL Frigoristi"*.
- *"Non sembrano derivare elementi che facciano presumere un uso strumentale della contrattazione collettiva"*.
- *"L'esclusione dell'offerta della ricorrente appare quindi ingiustificata"*.

Tutele lavoristiche / 6

- **Nuovo testo dell'art. 11, comma 2**, del Codice dei Contratti Pubblici:

- **Comma 1:** Al personale impiegato nei lavori, servizi e forniture oggetto di appalti pubblici e concessioni è applicato il contratto collettivo nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni di lavoro, stipulato dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e quello il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto o della concessione svolta dall'impresa anche in maniera prevalente.
- **Comma 2:** Nei documenti iniziali di gara e nella decisione di contrarre di cui all'articolo 17, comma 2 le stazioni appaltanti e gli enti concedenti indicano il contratto collettivo applicabile al personale dipendente impiegato nell'attività oggetto dell'appalto o della concessione svolta dall'impresa anche in maniera prevalente, **in conformità al comma 1 e all'allegato I.01.**
- **Comma 2-bis:** In presenza di prestazioni scorporabili, secondarie, accessorie o sussidiarie, qualora le relative attività siano differenti da quelle prevalenti oggetto dell'appalto o della concessione e si riferiscano, per una soglia pari o superiore al 30 per cento, alla medesima categoria omogenea di attività, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti indicano altresì nei documenti di cui al comma 2 il contratto collettivo nazionale e territoriale di lavoro 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, applicabile al personale impiegato in tali prestazioni.
- **Comma 3.** Nei casi di cui ai commi 2 e 2-bis, gli operatori economici possono indicare nella propria offerta il differente contratto collettivo da essi applicato, purché garantisca ai dipendenti le stesse tutele di quello indicato dalla stazione appaltante o dall'ente concedente.
- **Comma 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 in conformità all'allegato I.01.**

Tutele lavoristiche / 7

- **Principali contenuti dell'Allegato I.01:**

- **Identificazione del contratto collettivo applicabile** (art. 2):

- **Stretta connessione** dell'ambito di applicazione del contratto collettivo **rispetto alle prestazioni oggetto dell'appalto** o della concessione, da eseguire anche in maniera prevalente;
- **Maggiore rappresentatività comparativa** sul piano nazionale delle associazioni dei datori e prestatori di lavoro.

- **Presunzione di equivalenza** (art. 3):

1. *"Ai fini della dichiarazione di equivalenza e della relativa verifica, si considerano equivalenti le tutele garantite da contratti collettivi nazionali e territoriali di lavoro, sottoscritti congiuntamente dalle medesime organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative con organizzazioni datoriali diverse da quelle firmatarie del contratto collettivo di lavoro indicato dalla stazione appaltante, attinenti al medesimo sottosettore a condizione che ai lavoratori dell'operatore economico sia applicato il contratto collettivo di lavoro corrispondente alla dimensione o alla natura giuridica dell'impresa".*
2. *"Per gli appalti relativi al settore dell'edilizia, si considerano equivalenti, nei limiti di quanto previsto dal comma 1, i contratti collettivi nazionali di lavoro classificati mediante codice unico alfanumerico CNEL/INPES F012, F015, F018".*

Tutele lavoristiche / 8

- **Principali contenuti dell'Allegato I.01:**

- **Come ci si deve comportare se non opera la presunzione di equivalenza e l'operazione economico ha indicato un contratto collettivo diverso? (art. 4):**

- **Si devono confrontare:**

- **le tutele economiche** (comma 2); e
 - **le tutele normative** (comma 3, che menziona disciplina sul lavoro supplementare, lavoro a tempo parziale, lavoro straordinario, durata del periodo di prova, di quello di preavviso e di quello di comporto in caso di malattia e infortunio, disciplina dei casi di malattia e infortunio e in tema di maternità, monte ore dei permessi retribuiti, ecc.).

- **È prevista un'ulteriore clausola di equivalenza:** *"Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti possono ritenere sussistente l'equivalente delle tutele **quando il valore economico complessivo delle componenti fisse della retribuzione globale annua** di cui al comma 2 **risulta almeno pari** a quello del contratto collettivo di lavoro indicato nel bando di gara o nell'invito **e quando gli scostamenti rispetto ai parametri di cui al comma 3 sono marginali**" (comma 4).*

- **Prevista l'adozione di linee guida** sulle modalità di attestazione dell'equivalenza, da approvare con decreto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, di concerto con il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti.

Tutele lavoristiche / 9

- **T.A.R. Lombardia – Milano, sez. IV, sent. 30 gennaio 2025, n. 296:**
 - *"Il legislatore è recentemente intervenuto mediante l'art. 2, comma 1, lett. d), D.Lgs. 31 dicembre 2024, n. 209, che – a far data dal 31.12.2024 - ha così modificato il comma 4 dell'art. 11 D.Lgs. 36/2023: «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, in conformità all'allegato I.01.6».*
 - *In particolare, l'art. 3 del predetto Allegato introduce una espressa presunzione di equivalenza, l'art. 4 precisa i criteri da tenere in considerazione ai fini della verifica di equivalenza nell'ipotesi in cui l'anzidetta presunzione non possa trovare applicazione (art. 4 Allegato I.01.6 al D.Lgs. 36/2023) e, infine, l'art. 5 (rubricato 'Verifica della dichiarazione di equivalenza') stabilisce che «1. Per consentire alle stazioni appaltanti ed enti concedenti di verificare la congruità dell'offerta ai sensi dell'articolo 110, gli operatori economici trasmettono la dichiarazione di equivalenza di cui all'articolo 11, comma 4, in sede di presentazione dell'offerta. 2. Prima di procedere all'affidamento o all'aggiudicazione, la stazione appaltante o l'ente concedente verifica la dichiarazione di equivalenza presentata dall'operatore economico individuato».*
 - **Le disposizioni da ultimo richiamate (...) confermano (e precisano) quanto già previsto dal previgente art. 11, comma 4, D.Lgs. 36/2023, ossia come la determinazione di affidamento/aggiudicazione debba necessariamente essere preceduta dalla verifica della dichiarazione di equivalenza, la quale assume, pertanto, carattere obbligatorio**.

Subappalto

- **Novità introdotte dal Decreto Correttivo:**

- **Art. 119, comma 2:** *"I contratti di subappalto sono stipulati, **in misura non inferiore al 20 per cento delle prestazioni subappaltabili, con piccole e medie imprese**, come definite dall'articolo 1, comma 1, lettera o) dell'allegato I.1. Gli operatori economici possono indicare nella propria offerta una diversa soglia di affidamento delle prestazioni che si intende subappaltare alle piccole e medie imprese per ragioni legate all'oggetto o alle caratteristiche delle prestazioni o al mercato di riferimento".*
- **Art. 119, comma 2-bis:** *"Nei contratti di subappalto o nei subcontratti comunicati alla stazione appaltante ai sensi del comma 2 è **obbligatorio l'inserimento di clausole di revisione prezzi** riferite alle prestazioni o lavorazioni oggetto del subappalto o del subcontratto e determinate in coerenza con quanto previsto dagli articoli 8 e 14 dell'allegato II.2-bis, che si attivano al verificarsi delle particolari condizioni di natura oggettiva di cui all'articolo 60, comma 2".*
- **Art. 119, comma 12:** *obbligo per il subappaltatore di applicare lo stesso contratto collettivo o contratto che assicuri tutele equivalenti a quello applicato dall'appaltatore.*
- **Art. 119, comma 17:** *in caso di subappalto a cascata, "si applicano a quest'ultimo le disposizioni previste dal presente articolo e da altri articoli del codice in tema di subappalto".*

Altri interventi ispirati al *favor participationis*

- **Requisiti speciali:**

- Fino alla data di entrata in vigore del regolamento di cui all'articolo 226-*bis*, comma 1, lettera b), per le procedure di aggiudicazione di appalti di servizi e forniture, le stazioni appaltanti possono richiedere agli operatori economici quale requisito di capacità economica e finanziaria un **fatturato globale non superiore al doppio del valore stimato dell'appalto, maturato nei migliori tre anni degli ultimi cinque anni precedenti a quello di indizione della procedura**. In caso di procedure di aggiudicazione suddivise in pluralità di lotti, salvo diversa motivata scelta della stazione appaltante, il fatturato è richiesto per ciascun lotto. Le stazioni appaltanti possono, altresì, richiedere agli operatori economici quale **requisito di capacità tecnica e professionale** di aver eseguito **negli ultimi dieci anni** dalla data di indizione della procedura di gara contratti analoghi a quello in affidamento anche a favore di soggetti privati (art. 100, comma 11).

- **Avvalimento premiale:**

- **In caso di avvalimento premiale, il divieto per l'ausiliaria di partecipazione alla gara anche in forma autonoma non è più assoluto.** L'ausiliaria può comunque partecipare se dimostra *"in concreto e con adeguato supporto documentale, in sede di presentazione della propria domanda, che non sussistono collegamenti tali da ricondurre (...) ad uno stesso centro decisionale"* l'ausiliaria e l'ausiliata (art. 104, comma 12).