

*LAVORI PUBBLICI – aggiornamento:
PNRR e art. 47 d.l. n. 77/2021 —
CCNL applicabile - Subappalto*

12 LUGLIO 2024
AVV. ALBERTO GAZ

L'art. 47 d.l. 77/2021

L'art. 47 d.l. 31.5.2021, n. 77 (rubricato **«Pari opportunità e inclusione lavorativa nei contratti pubblici, nel PNRR e nel PNC»**) introduce, nel settore dei contratti pubblici PNRR e PNC, specifiche misure a tutela delle pari opportunità -sia generazionali che di genere- e per la promozione dell'inclusione lavorativa delle persone disabili.

Nel «Dossier» di accompagnamento al cd. decreto semplificazioni (*«Governance del Piano nazionale di ripresa e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure»*) si sottolinea che l'art. 47 *«prevede l'adempimento di specifici obblighi, anche assunzionali, nonché l'eventuale assegnazione di un punteggio aggiuntivo all'offerente o al candidato che rispetti determinati requisiti, nell'ambito delle procedure di gara relative agli investimenti pubblici finanziati, in tutto o in parte, con le risorse previste dal Dispositivo di ripresa e resilienza (di cui ai regolamenti (UE) 2021/240 e 2021/241) e dal Piano nazionale per gli investimenti complementari (di cui al D.L. 59/2021), finalizzato ad integrare gli interventi del PNRR con risorse nazionali»* (www.camera.it).

Ambito di applicazione:

Le previsioni dell'art. 47 riguardano solo ed esclusivamente gli appalti (e alle concessioni) finanziati dal PNRR o dal PNC, sia sopra che sotto soglia ivi compresi gli affidamenti diretti (MIT parere n. 1791 del 10.1.2023).

Concernendo le «*procedure afferenti agli investimenti pubblici finanziati in tutto o in parte*» dal PNR nonché dal PNC (art. 47, c. 1), si tratta di norme di carattere speciale, la cui applicazione non può essere estesa agli appalti ordinari: «*il Tribunale ritiene che la clausola di cui trattasi ... sia nulla e debba essere quindi disapplicata (Cons. St., A.P., 22 ottobre 2020, n. 22), perché contrastante con il principio di tassatività delle cause di esclusione (art. 83, comma 8, del Codice dei contratti pubblici)... la clausola recepisce una previsione di legge (l'art. 47, comma 4 del d.l. 77 del 2021, conv. in l. 108 del 2021) non applicabile alla procedura di cui trattasi... non essendo la procedura relativa ad interventi finanziati con fondi del PNRR e del PNC ma a "programmi cofinanziati dai fondi strutturali dell'Unione europea", non poteva ad essa applicarsi l'art. 47 del d.l. 77 del 2021 e, con esso, la disposizione (comma 4) che impone le prescritte quote di occupazione giovanile e femminile*» (Tar Friuli-Venezia Giulia, Sez. I, 14.3.2023, n. 82).

Va fin da subito ricordato che il comma 9 affida a delle «Linee Guida» del Consiglio dei Ministri la definizione di modalità e criteri applicativi delle misure previste dall'art. 47, l'indicazione delle misure premiali e la redazione dei modelli di clausole da inserire nei bandi.

Le L.G. sono state adottate con il D.P.C.M. 7.12.2021 («Linee guida sull'applicazione dell'art. 47 d.l. 77 del 2021») i cui contenuti (fermo restando la soggezione del decreto alla legge e dunque all'art. 47 decreto semplificazioni) costituiscono un importante strumento di lettura ed interpretazione degli obblighi e, più in generale, delle previsioni contenute nell'art. 47 (oltre ai pareri del MIT).

Struttura:

➤ comma 2: o.e. (offerenti) con > 100 dipendenti devono produrre in sede di offerta -a pena di esclusione- copia dell'ultimo rapporto sulla situazione del personale maschile e femminile ex art. 46 «Codice pari opportunità» (d.lgs. n. 198/2006) trasmesso alle r.s.a. e al/alla cons. reg. di parità (norma ripresa dall'art. 94, c. 5, lett. c, d.lgs. 36/2023);

N.B. secondo il MIT tale obbligo vale anche per l'«impresa ausiliaria» e il «subappaltatore» [cfr. art. 89, c. 3 d.lgs. 50/2016 sulla verifica dei criteri di selezione e requisiti (oggi art. 104, c. 6, d.lgs. 36/23) e art. 105, c. 7, sulla dichiarazione del subappaltatore dei motivi di esclusione (oggi art. 119, c. 5, d.lgs. 36/23)], oltre che per le «consorziate esecutrici» (parere n. 1366 del 15.6.2022).

- comma 3: o.e. (**aggiudicatari**) ≠ dal c. 2 e con > 15 dipendenti, entro 6 mesi dalla conclusione del contratto, devono consegnare alla s.a. (con trasmissione alle r.s.a. e cons.reg. pari opportunità) una relazione sulla situazione del personale maschile e femminile avente contenuto analogo a quello del rapporto biennale. La violazione comporta penali contrattuali ai sensi del comma 6;
- comma 3 *bis*: o.e. (**aggiudicatari**) ≠ dal c. 2 e con > 15 dipendenti, entro 6 mesi dalla conclusione del contratto, devono consegnare alla s.a. (con trasmissione alle r.s.a. e cons.reg. pari opportunità) la certificazione ex art. 17 l. n. 68/99 e una relazione sull'adempimento degli obblighi previsti dalla normativa sull'inserimento lavorativo dei disabili. La violazione comporta penali contrattuali ai sensi del comma 6.

N.B.

- secondo il MIT (parere n. 1659 del 26.11.2022 e n. 1203 del 22.2.2022) la dicitura «*entro sei mesi dalla conclusione del contratto*» significa che gli adempimenti in parola dovranno essere adempiuti calcolando il predetto termine «*dalla stipula del contratto di appalto*», in quanto l'art. 1326 c.c. rubricato «*conclusione del contratto*», stabilisce che un contratto può dirsi concluso nel momento in cui fatto la proposta ha conoscenza dell'accettazione altra parte.
- per la certificazione di cui al c. 3 *bis* è sufficiente un'autocertificazione che la s.a. verificherà (MIT parere n. 1203 del 22.2.2022; le LG 7.12.21 parlano di «dichiarazione»)

Quanto al tema delle persone con disabilità, le L.G. (par. 3) ricordano che -in via generale- restano naturalmente fermi gli obblighi di cui all'art 17 della l. 68/1999 in base al quale «*Le imprese, sia pubbliche sia private, qualora partecipino a bandi per appalti pubblici o intrattengano rapporti convenzionali o di concessione con pubbliche amministrazioni, sono tenute a presentare preventivamente alle stesse la dichiarazione del legale rappresentante che attesti di essere in regola con le norme che disciplinano il diritto al lavoro dei disabili, pena l'esclusione*»

- comma 4: obbligo per le s.a. di inserire nella *lex specialis* quali requisiti necessari:
 - assolvimento obblighi sull'inserimento lavorativo dei disabili (l. 68/99);
 - assunzione dell'obbligo di assicurare -in caso di aggiudicazione del contratto- una quota delle nuove assunzioni per l'esecuzione del contratto $\geq 30\%$ sia all'occupazione giovanile (< 36 anni) che femminile;

N.B.

- gli obblighi assunzionali non valgono per il progettista indicato nell'ambito di un appalto integrato, in quanto l'art. 47 -che «deve... essere suscettivo di stretta interpretazione»- parla di «operatori economici» e non già di «prestatori d'opera». Anche il paragrafo 5 del DPCM 7.12.2021 («linee guida sull'applicazione dell'art. 47 d.l. 77 del 2021») precisa che «la disposizione introduce un obbligo rivolto al contraente principale» (Cons. St., Sez. V, 26.1.2024, n. 850);

N.B.

- fermo restando l'obbligo dichiarativo in sede di gara, quello alle assunzioni di giovani e donne sorgerà solo nel caso in cui si renda necessario assumere nuovo personale da utilizzare in fase esecutiva: non c'è, in altri, termini un obbligo di assunzione di donne/giovani (MIT parere n. 1133 del 12.1.2022);
- non è attivabile il soccorso istruttorio: posto che la dichiarazione costituisce «requisito necessario dell'offerta» il soccorso istruttorio non può trovare applicazione per espresso divieto di legge ex art. 83, c. 9, d.lgs.50/2016 (oggi art. 100, d.lgs. 36/2023). Inoltre «consentire sic et simpliciter il ricorso al soccorso istruttorio anche in simili casi (volontà di sottrarsi all'obbligo delle quote rosa e giovanili) vorrebbe dire svuotare di significato la relativa disposizione di cui all'art. 47, comma 4, e dunque minare la positività e l'effettività del relativo obbligo dichiarativo» (Cons. St., Sez. V, 20.3.2024 n. 2688; ANAC, delibera 20.7.2022, n. 45).

N.B.

- per soddisfare gli obblighi assunzionali è necessario il perfezionamento di contratti di lavoro subordinati disciplinati dal d.lgs. 81/2008 e dai CC sottoscritti da dalle organizzazioni comparativamente più rappresentative a livello nazionale. Non sono quindi idonee altre forme quali ad esempio contratti di collaborazione, *etc.* (MIT, parere n. 1361 del 14.6.2022);
- la quota del 30% costituisce un «duplice» obbligo, nel senso che -nel caso di nuove assunzioni- dovrà essere rispettata sia sul versante del «genere» che dell'«età». *«Le linee guida chiariscono che i target che si intendono seguire con i fondi di PNRR e PNC sono due, come sopra ricordato, ovvero l'incremento dell'occupazione giovanile e l'incremento dell'occupazione femminile. Ne consegue che non basta che l'operatore economico garantisca l'incremento nell'una o nell'altra categoria, ma è necessario che garantisca l'incremento occupazionale per entrambe le categorie»* (MIT parere n. 1740 del 25.1.2023).

- come ricordano le Linee Guida (par. 5), se la quota del 30% equivale a 10 nuovi assunti, il duplice obbligo di legge potrà dirsi assolto se (ad esempio):
 - ❖ saranno assunte 10 donne con età < 36 anni;
 - ❖ saranno assunte 10 donne (di cui 5 con età < 36 anni) e 5 uomini con età < 36 anni;
 - ❖ saranno assunte 10 donne (con età > 36 anni) e 10 uomini con età < 36 anni.

- quanto al tema delle assunzioni le LG precisano altresì che:
 - ❖ per «*assunzioni necessarie per l'esecuzione del contratto o per la realizzazione di attività ad esso connesse o strumentali*» debbono intendersi, in senso complessivo, «*tutte le assunzioni funzionali a garantire l'esecuzione del contratto*». Preciso che l'obbligo è rivolto al contraente principale lo stesso può essere assolto anche tramite il subappaltatore (*i.e.*, le sue assunzioni) essendo «*irrilevante la concreta ripartizione delle stesse assunzioni tra appaltatore e subappaltatore*», fermo restando «*che assunzioni da questi effettuate rileveranno per determinare la base di calcolo della quota del 30%*»

➤ ... sempre il comma 4: : obbligo per le s.a. di inserire nella *lex specialis*, quali requisiti premiali dell'offerta, criteri finalizzati a promuovere l'imprenditoria giovanile, l'inclusione lavorativa dei disabili, la parità di genere e l'assunzione di giovani.

N.B.

■ l'inserimento dei criteri premiali è obbligatorio solo nel caso in cui venga utilizzato il criterio di aggiudicazione dell'o.e.v. (MIT, parere n. 1172 del 9.2.2022 e n. 1231 del 14.3.2022).

➤ comma 5: esemplificazione di alcune tipologie di clausole premiali, prevedendo che possono essere assegnati punteggi aggiuntivi all'offerente che, ad esempio, si impegna ad assumere oltre alla soglia minima percentuale prevista come requisito di partecipazione, persone con disabilità, giovani, donne per l'esecuzione del contratto o per la realizzazione delle attività ad esso connesse/strumentali; oppure che si impegna a utilizzare specifici strumenti di conciliazione delle esigenze di cura virgola di vita di lavoro per i propri dipendenti, ecc.;

N.B.

■ Il riconoscimento delle misure premiali previste dall'art. 47, c. 5, d.lgs. 77/2021 non presuppone il possesso della certificazione di parità di genere di cui all'art 46-*bis* del «Codice delle pari opportunità (Tar Campania, Salerno, Sez. I, 7.5.2024, n. 994).

➤ comma 6: prevede, nel caso di violazione degli obblighi di cui ai commi 3, 3 *bis* e 4, l'applicazione di penali commisurate alla gravità della violazione e proporzionali all'importo del contratto. La mancata produzione della «Relazione di genere» determina altresì le preclusioni alla partecipazione per 12 mesi, sia in forma singola che in RTI, ad ulteriori procedure di affidamento PNRR/PNC.

Le L.G. individuano come possibili parametri quelli di cui all'art. 50 d.l. 77/2021 (tra lo 0,6 ‰ e l'1 ‰ giornaliero dell'ammontare netto contrattuale e comunque complessivamente ≤ 20% ammontare netto contrattuale) più pesanti di quelli ordinari (art. 113 *bis* d.lgs. 50/2016 e 126 d.lgs. 36/2023)

➤ comma 7: le s.a. possono, previa adeguata motivazione (se l'oggetto del contratto, la tipologia o natura del progetto o altri elementi puntuali rendano l'inserimento impossibile o fonte di inefficienze):

- escludere i requisiti di partecipazione del comma 4;
- ridurre la quota di assunzioni;

N.B.

■ le Linee Guida (par. 6) richiamano espressamente i tassi di occupazione ISTAT, precisando che in merito alla quota di genere delle nuove assunzioni, le stazioni appaltanti possono motivare il ricorso alla deroga *«specificando che nel settore in questione il tasso di occupazione femminile rilevato dall'ISTAT si discosta significativamente dalla media nazionale complessiva nei settori osservati» e che può costituire adeguata e specifica motivazione della deroga in questione l'individuazione di un target differenziato rispetto alla quota del 30 per cento in relazione al differente tasso di occupazione femminile nel settore Ateco di riferimento, target che comunque garantisca una applicazione orientata all'aumento del tasso di occupazione»* (MIT parere n. 1480 del 26.8.22).

Il CCNL applicabile

Art. 11 d.lgs. 36/2023: «Principio di applicazione dei contratti collettivi nazionali di settore. Inadempienze contributive e ritardo nei pagamenti»

comma 1: al personale impiegato nell'esecuzione dell'appalto va applicato il CCNL in vigore per il settore e per la zona in cui devono essere eseguite le prestazioni oggetto di affidamento;

comma 2: la s.a. deve indicare nel bando o nell'invito il CCNL applicabile ai sensi del comma 1;

comma 3: gli o.e. possono comunque indicare nella loro offerta il diverso CCNL da essi applicato, purché garantisca le medesime tutele rispetto a quello individuato dalla s.a.;

comma 4: prima dell'aggiudicazione, l'o.e. è tenuto a presentare un'ulteriore dichiarazione con la quale si impegna ad applicare il CCNL indicato dalla s.a. per l'intera durata dell'appalto ovvero la dichiarazione di equivalenza le tutele

comma 5: per le medesime tutele normative ed economiche devono essere assicurate anche i lavoratori in subappalto

L'articolo 11 intende rafforzare le garanzie e le tutele per il personale impiegato nell'esecuzione dell'appalto, con previsioni più specifiche e vincolanti in ordine al CCNL che troverà applicazione nel contratto.

Senza comprimere ingiustificatamente la libertà imprenditoriale dell'o.e. e senza estendere *ex lege* l'efficacia di un determinato CCNL, si prevedono specifiche condizioni contrattuali per l'o.e. che intenda conseguire l'appalto avvalendosi di un CCNL differente da quello indicato dalla s.a.

In questa prospettiva, un ruolo fondamentale rivestono le scelte (e dunque l'individuazione del CCNL) operate dalla s.a. Nella «Relazione illustrativa» al bando tipo n. 1, A.N.A.C. fornisce indicazioni volte ad agevolare l'individuazione del CCNL applicabile (cfr. par. 7).

Il punto di riferimento è costituito dalle «prestazioni» che vengono richieste all'appaltatore, posto che il CCNL deve essere -in base all'art 11- «*strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto*».

Nella «Relazione illustrativa», A.N.A.C. si sofferma, in particolare, sul tema dell'utilizzo –da parte dell'ò.e.- di un CCNL diverso da quello indicato negli atti di gara.

La condizione imprescindibile è che il differente CCNL garantisca «*le stesse tutele*» rispetto a quello «di partenza».

La s.a. e, ancor prima l'ò.e., devono quindi verificare l'esistenza di tutele equiparabili tra i due C.C.N.L.

L'A.N.A.C. indica come possibile strumento di supporto quanto indicato dall'Ispettorato Nazionale del Lavoro con la circolare n. 2 del 28.7.2020.

Nella circolare si sottolinea come il giudizio di «equivalenza» debba avere ad oggetto sia le tutele economiche, che quelle normative.

Quanto all'**equivalenza economica** dei CCNL, andranno presi in considerazione:

- retribuzione tabellare annuale;
- indennità di contingenza;
- elemento distinto dalla retribuzione;
- eventuali mensilità aggiuntive;
- ulteriori indennità previste;

Quanto all'equivalenza normativa dei CCNL, andranno presi in considerazione:

- la disciplina concernente il lavoro supplementare e le clausole elastiche nel *part time*;
- la disciplina del lavoro straordinario;
- la durata periodo di prova;
- la durata e per il preavviso;
- la durata del periodo di comporta in caso di malattia/infortunio;
- malattia e infortunio;
- previdenza integrativa;
- sanità integrativa;
- ecc.

Secondo l'A.N.A.C. si può ritenere sussistente l'equivalenza «*in caso di scostamenti marginali in un numero limitato di parametri*» che si arrivano addirittura a limitare «*a soli due parametri*».

La complessità delle questioni sottese al giudizio di equivalenza tra CCNL esclude di poter fondare una valutazione negativa (*i.e.* di non equiparabilità) sulla base di un mero dato quantitativo (1 piuttosto che 2 parametri non coincidenti), rendendosi invece necessaria una motivazione specifica e puntuale, come è tipico della fase di verifica della anomalia in cui potrebbe emergere la problematica in oggetto.

Quanto contenuto nella Relazione illustrativa dell'A.N.A.C. (e nella ivi richiamata circolare n. 2 del 28.7.2020 dell'Ispettorato Nazionale del Lavoro) può costituire un'utile supporto motivazionale che dovrà comunque essere opportunamente integrato facendo riferimento alla specificità del caso concreto.

Per meglio comprendere alcuni profili connessi all'applicazione dell'art. 11, è utile attingere ad alcune pronunce del Giudice amministrativo, oltre che alle indicazioni del MIT.

- nel caso di differenti lavorazioni oggetto di affidamento, possono astrattamente trovare applicazione più CCNL, senza che vi sia un giudizio di prevalenza «quantitativa» di uno sull'altro: in caso di «appalto di fornitura con installazione» la s.a. dovrà indicare il CCNL per la fornitura oltre che per l'installazione, anche se la prestazione principale è la fornitura e anche se il costo della manodopera riguarda la sola installazione (MIT parere n. 2389 del 26.2.2024);
- nel caso in cui l'o.e., in sede di dichiarazione di equivalenza (art. 11, c. 4), non confermi il diverso CCNL dichiarato in sede di gara, ma richiami quello previsto nella *lex specialis* potrebbe incorrere una modifica non consentita dell'offerta, in violazione dell'art. 101, c. 3, d.lgs. 36/2023 (MIT, parere n. 2518 del 21.6.2024)

Il Consiglio di Stato (Sez. V, 18.12.2023, n. 10886), pur nella vigenza del d.lgs. 50/2016, ha stabilito alcuni importanti principi in tema di CCNL applicabile.

L'appalto (di lavori) riguardava la realizzazione di una rete di acquedotti. La ricorrente (poi appellante) -seconda classificata- contestava, in particolare, l'estraneità del «CCNL metalmeccanici» applicato dalla aggiudicataria rispetto all'oggetto dell'appalto (la s.a. non aveva indicato uno specifico CCNL). Il Consiglio di Stato respinge l'appello precisando che:

□ *«È consolidato in giurisprudenza il principio secondo cui l'applicazione di un determinato contratto collettivo non può essere imposta dalla lex specialis di gara alle imprese concorrenti quale requisito di partecipazione né l'applicazione di un determinato contratto collettivo anziché di un altro può essere a priori sanzionata dalla stazione appaltante con l'esclusione, determinando, in sé, l'inammissibilità dell'offerta (cfr. Cons. Stato, III, V, 15 marzo 2021, n. 2168; Cons. Stato, III, 2 marzo 2017, n. 975; 9 dicembre 2015, n. 5597)... non rientra nella discrezionalità dell'amministrazione appaltante quella di esigere dagli operatori economici, ai fini della partecipazione alla gara, 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)»*

- ❑ la libertà negoziale dell'o.e. di indicare un diverso CCNL *«non è però assoluta, ma incontra il limite logico, prima ancora che giuridico, della necessaria coerenza tra il contratto che si intende applicare e l'oggetto dell'appalto»* per cui il CCNL applicato deve essere *«pertinente all'oggetto dell'appalto»*;
- ❑ *«correttamente la sentenza appellata ha ritenuto recessivo il dato meramente quantitativo delle lavorazioni riconducibili al settore dell'edilizia. Trattasi, infatti, di dato ex se inidoneo ad imporre agli operatori economici l'applicazione di un determinato CCNL in luogo di un altro, alla luce del condivisibile rilievo per cui, considerato il quadro complessivo delle lavorazioni dedotte in contratto, nel caso in esame sono plurime le tipologie contrattuali (i.e. CCNL Edilizia o CCNL Metalmeccanici) che possono astrattamente adattarsi alle prestazioni oggetto dell'appalto da affidare»*;

Sul tema dell'equivalenza delle tutele dei CCNL vanno segnalate due pronunce.

Nel primo caso (Tar Lombardia, Sez. Brescia, ord. n. 89 del 12.3.2024), in un appalto di lavori, un o.e. aveva reso la dichiarazione di equivalenza delle tutele ex art. 11, c. 4, d.lgs. 36/2023. Il RUP, anche sulla base di un parere reso da un consulente del lavoro, ha ritenuto insussistente l'equivalenza, escludendo il concorrente.

Il Tar accoglie, seppur in sede cautelare, il ricorso dell'o.e. escluso:

➤ l'art. 11 del nuovo codice «*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. Si ritiene pertanto che un'impresa possa 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), il trattamento dei lavoratori impiegati in tale gara non sia deteriore rispetto a quello dei CCNL individuati dalla stazione appaltante, e vi sia corrispondenza tra le mansioni del CCNL applicato e le lavorazioni oggetto dell'appalto»;*

- «occorre precisare ulteriormente che non è necessaria la parità di retribuzione, in quanto tale condizione sarebbe equivalente all'imposizione di un CCNL unico. Gli stessi CCNL indicati nel disciplinare di gara contengono significative differenze di retribuzione, una volta raffrontati i livelli di inquadramento»;
- «nello specifico, 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. In base allo schema comparativo del consulente del lavoro dott. N.N. prodotto dalla ricorrente, i suddetti contratti garantiscono tutele normative confrontabili con quelle dei CCNL indicati nel disciplinare di gara»

Nella seconda fattispecie (Tar Lombardia, Sez. I, 28.11.20.2023, 2830) si trattava di un appalto di servizi di assistenza museale. La ricorrente era stata esclusa per l'incompatibilità del CCNL «Vigilanza Privata e Servizi Fiduciari» rispetto all'appalto e per l'inadeguatezza del trattamento complessivo e della retribuzione per il livello contrattuale proposto come livello base per il contratto in questione, con riferimento alla parte più qualificata del personale museale.

Il Tar, confermando l'esclusione, ha precisato che:

➤ la s.a. ha un *«potere di sindacato diretto del CCNL di lavoro proposto al fine di accertare, con atto motivato, che il livello stipendiale proposto sia conforme all'art. 36 Cost. in quanto norma costituzionale di applicazione immediata e diretta»*;

- non è «irragionevole la scelta della stazione appaltante di ritenere che il CCNL di lavoro in questione, che si caratterizza per il fatto di essere ormai obsoleto e disapplicato in sede giudiziale, fornisca un assetto retributivo, per la parte più qualificata del personale impegnato nel servizio, che lo rende oggettivamente inconciliabile con la lex specialis, così realizzando non soltanto un pregiudizio all'interesse pubblico della stazione appaltante, ma anche una forma di "dumping" ad un tempo lesiva del leale gioco concorrenziale e dei diritti sociali»;
- la s.a. ha motivatamente valutato come «non conformi alla elevata qualificazione tecnica del personale richiesto dall'appalto l'attribuzione di una retribuzione che al Livello D del CCNL Servizi Fiduciari viene equiparata (secondo l'indicazione tratta dalle memorie della ricorrente) a quella prevista per lavoratori con mansioni più generiche»

Il subappalto

Alcune considerazioni sull'art. 119 d.lgs. 36/2023.

Il comma 2, I parte, definisce il subappalto: «è il contratto con il quale l'appaltatore affida a terzi l'esecuzione di parte delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto con organizzazione di mezzi e rischi a carico del subappaltatore» (richiama l'art. 1655 c.c. «L'appalto e il contratto con il quale una parte assume, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di un'opera o di un servizio»)

Il comma 2, II parte, definisce i contratti «assimilati» al subappalto: «Costituisce, comunque, subappalto di lavori qualsiasi contratto stipulato dall'appaltatore con terzi avente ad oggetto attività ovunque espletate che richiedono l'impiego di manodopera, quali le forniture con posa in opera e i noli a caldo, se singolarmente di importo superiore al 2 per cento dell'importo delle prestazioni affidate o di importo superiore a 100.000 euro e qualora l'incidenza del costo della manodopera e del personale sia superiore al 50 per cento dell'importo del contratto da affidare».

Accanto al subappalto «classico» (come sopra definito), il codice colloca dunque (accomunandoli nella disciplina) anche altri sub contratti che, in base ad importi ed incidenza della manodopera, si posizionano sopra determinate soglie.

Sono assimilati al sub appalto i contratti:

- di importo superiore al 2% delle prestazioni oggetto dell'affidamento principale;
- comunque di importo superiore a € 100.000,00;

a condizione che

il costo della manodopera incida per più del 50% nell'importo del sub contratto da affidare.

Il codice esemplifica due tipologie di contratti «assimilati» ovvero «forniture con posa in opera» e «noli a caldo»

«Il subappalto di lavorazioni pubbliche, quale che ne sia l'importo, è soggetto ad autorizzazione» (Cons. St., Sez. V, 21.11.2007, n. 5906; cfr. Tar Campania, Sez. VIII, 12.2.2010, n. 884).

I requisiti relativi all'importo delle prestazioni (2%/ € 100.000) e all'incidenza la manodopera «non sono richiesti per aversi subappalto ma costituiscono ulteriori ipotesi in cui v'è subappalto, come emerge chiaramente dall'utilizzo della locuzione 'costituisce, comunque, subappalto'», ragion per cui non assume rilevanza «l'affermata mancanza di tutti i requisiti indicati dall'art. 105, in quanto è sufficiente dimostrare, ai sensi del primo inciso dello stesso art 105, che, come nella specie, è stata affidata a terzi l'esecuzione di parte delle prestazioni oggetto del contratto di appalto (smaltimento/recupero finale dei rifiuti, nell'ambito dell'appalto avente ad oggetto 'servizio di nolo cassoni, prelievo, trasporto, smaltimento/recupero presso terzi di sabbie derivanti dagli impianti di trattamento delle acque reflue urbane', ndr)» (Cons. St., Sez. IV, 11.12.2023, n. 10675)

Attenzione!

L'indagine sull'importo del sub contratto (2% ovvero € 100.000,00) e sull'incidenza della manodopera va fatta solo per quei contratti che non siano subappalti!

Se un contratto è un «subappalto» in senso stretto -vale a dire sfocia, ad esempio, nella realizzazione di un bene dotato di sua autonomia «*con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio*» (art. 1655 c.c.)- non occorre sindacare l'incidenza della manodopera in quanto è subappalto!

Come tale è soggetto ad autorizzazione della s.a., che fa sorgere la responsabilità solidale del subappaltatore, ecc.

Non basta di certo il *nomen juris* a qualificare un determinato contratto come subappalto piuttosto che sub affidamento, ecc., essendo invece necessaria una concreta analisi delle caratteristiche del contratto.

Anche a fronte di una 'apparente' «fornitura con posa in opera», non ci si può limitare a valutare il 'peso della manodopera' (per escluderla dai contratti assimilati se < 50%).

«...la sussistenza o meno di un subappalto non è unicamente legata all'importo del subcontratto o all'incidenza del valore dello stesso sul contratto complessivo (>2%), bensì anche alla "natura" delle prestazioni affidate...» (A.N.A.C. delib. n. 39 del 23.3.2011)

Ad es. a fronte di un «contratto di fornitura e posa in opera di impalcati in acciaio per la realizzazione di un viadotto» l'A.N.A.C. sostiene l'irrilevanza del fatto che la manodopera sia inferiore al 50% (delib. n. 14 del 10.4.2013).

«Nell'ammontare della categoria OG1 è prevista la fornitura e posa in opera di un ascensore di valore > 2% importo contrattuale e percentuale di manodopera < 50%. Tale attività (fornitura e posa in opera), affidata dall'Appaltatore a Ditta specializzata, è da intendersi come subappalto oppure come subaffidamento, dal punto di vista dell'iter autorizzativo da parte della Stazione Appaltante?».

A giudizio del Ministero dei Trasporti: *«... nei contratti come quello citato, solitamente la fornitura è di importo superiore alla manodopera ed infatti, generalmente, tali contratti sono trattati come subaffidamenti diversi dal subappalto. Poiché tali subcontratti debbono essere comunicati alla stazione appaltante, si consiglia, però, di effettuare verifiche circa le modalità con le quali le parti (appaltatore e fornitore) hanno inteso regolare i loro rapporti: nel caso in cui la amministrazione verificasse che vi è trasferimento di **rischio di impresa** in capo all'installatore dell'ascensore, il contratto dovrebbe essere considerato un subappalto (indipendentemente dalla percentuale di incidenza della manodopera) e, di conseguenza, la amministrazione dovrebbe invitare l'appaltatore ad inoltrare richiesta di autorizzazione al medesimo»* (MIT quesito del 25.10.2016).

Nel caso del sub contratto avente ad oggetto «*scavo ed il movimento terra, nonché la fornitura di terra vegetale, necessari per la costruzione di un villaggio universitario*» e stata ritenuta «*prevalente l'attività lavorativa (non sussidiaria e strumentale rispetto al nolo mezzi)*» concludendo quindi per l'esistenza di un subappalto (Cass. Civ., Sez. II, 5.1.2017, n. 139; Cass. Civ., Sez. I, 6.4.2018).

«*La ontologica differenza tra nolo e subappalto non può per vero essere trascurata, in quanto il primo, come sopra evidenziato, costituisce esplicazione dell'autonomia contrattuale dell'impresa al fine di acquisire la disponibilità di un macchinario, del quale il soggetto appaltatore sia sprovvisto, senza però deferire l'affidamento della prestazione all'assetto organizzativo di una impresa estranea all'originario rapporto contrattuale*» (A.N.A.C. parere n. 38 dell'8.3.2012).

La responsabilità solidale:

Ai sensi del comma 6:

L'appaltatore principale e il subappaltatore sono responsabili in solido (cfr. art. 1292 c.c.) nei confronti della s.a. per le prestazioni oggetto del contratto di subappalto.

L'appaltatore principale è liberato dalla responsabilità solidale nel caso di pagamento diretto del subappaltatore:

- che sia microimpresa o piccola impresa (c. 11, lettera a)
- su richiesta del subcontraente e se la natura del contratto lo consente (c. 11, lettera c)

Manca dunque l'effetto liberatorio laddove il pagamento diretto dipenda dall'inadempimento dell'appaltatore stesso (comma 11, lett. b) che rimane quindi soggetto a responsabilità solidale.

Nel caso di sfornamento dei termini contrattuali per l'esecuzione di prestazioni affidate in subappalto, laddove sia previsto il pagamento diretto del subappaltatore (e purché si rientri nelle lettere a) e c) del comma 11) *«la penale andrà applicata solo al subappaltatore ... mediante decurtazione da operarsi sull'importo dovuto al subappaltatore ai sensi dell'art. 126 d.lgs. 36/2023»* (MIT parere n. 2355 del 26.2.2024)

L'introduzione della responsabilità solidale ad opera del cd. decreto semplificazioni *bis* (d.l. n. 77/2021) rappresenta un cambiamento molto rilevante, perché fino a quel momento non c'era alcun rapporto giuridico tra s.a. e subappaltatore, essendo l'appaltatore -in ogni caso- responsabile in via esclusiva nei confronti della s.a. di eventuali, difformità, inadempimenti, etc.: *«nei rapporti tra pubblica amministrazione e appaltatore, il subappalto autorizzato non influisce in alcun modo sugli obblighi e diritti che sorgono dall'appalto e, nei rapporti tra pubblica amministrazione e subappaltatore, l'autorizzazione significa solo che esso è consentito, non comportando la comparsa di un nuovo soggetto nel rapporto originario, né il nascere di un rapporto giuridico tra la stessa pubblica amministrazione e il subappaltatore (Cass., 24 luglio 2000, n. 9684)»* (ex plurimis, Cass. Civ., Sez. I, 9.9.2004, n. 18196)

Sulle conseguenze penali e civili della violazione delle norme sul subappalto

«l'eccezione di nullità del contratto di subappalto di cui è causa per difetto dell'autorizzazione da parte della stazione appaltante, e fondata e meritevole di accoglimento in quanto posto in essere in violazione di una norma imperativa... In mancanza di una tale preventiva autorizzazione, il contratto di subappalto di opera pubblica, o di parte di essa, in quanto, come già detto, contrastante con norma imperativa, è nullo ai sensi dell'art. 1418 c.c. Né la circostanza che sia stata data esecuzione ad un contratto nullo equivale o comunque può far ritenere che l'autorizzazione sia stata concessa. L'autorizzazione, infatti, quale tipico atto amministrativo, andava emessa in forma scritta previa informativa all'Amministrazione e verifica dei presupposti di legge non essendo consentita la sua sostituzione da comportamenti concludenti quali l'aver dato esecuzione al negozio tenendo conto del subappalto nei relativi pagamenti» (Trib. Bari, Sez. IV, 2.3.2017, n. 1124).

«In mancanza di una specifica autorizzazione, infatti, il contratto di subappalto è in contrasto con una norma imperativa e tale contrasto determina la nullità del contratto» (Cass. Civ., Sez. II, 15.1.2014, n. 713)

Attenzione perché la nullità ha conseguenze radicali!

«la giurisprudenza di merito che si è occupata della materia ha negato al subappaltatore tanto il corrispettivo contrattuale quanto l'azione di cui all'art. 2041 c.c. (così, Tribunale Nola, 22 marzo 2005, Trib. Napoli 21 giugno 1985, in Giust. Civ. 1985, I. 2329; Trib. Napoli 8 giugno 2001, in Giur. merito 2004, 2364 e Trib. Nocera Inferiore 5 novembre 1997). La conclusione ha trovato una, sia pure indiretta, conferma anche nella giurisprudenza di legittimità. Ed invero, la Suprema Corte con la sentenza ti. 11131 del 16 luglio 2003, in conseguenza della nullità del contratto di subappalto, ha negato all'appaltatore la possibilità di richiedere alla pubblica amministrazione committente il compenso per i lavori che erano stati affidati in subappalto, osservando che, diversamente opinando, si vanificherebbero le esigenze alla cui tutela è stata preposta la nullità in esame, stante la rilevanza penale della stipulazione contrattuale carente dell'autorizzazione della stazione appaltante.

Com'è noto, la qualificazione di immoralità di un contratto integrante una fattispecie di reato ha gravi risvolti in materia di ripetizione di indebito ... nel caso in esame, affermata l'insanabile nullità del contratto stipulato in violazione della legge, le parti debbano ritenersi prive non solo di azione contrattuale, ma pure di azione di indebito arricchimento. Tale azione, avendo funzione integratrice e sussidiaria, non può invero ambire allo sconcertante risultato di assicurare la conservazione dei risultati economici di prestazioni eseguite in adempimento di contratti invalidi e illeciti (cosiddetti reati - contratto) e che si vogliono eliminare proprio tramite la declaratoria di nullità.

Sulla scorta di tale considerazione il principio dell'arricchimento senza causa si presterebbe surrettiziamente ad aggirare pure le norme imperative, finendo per perseguire finalità contrarie a quelle perseguite dall'ordinamento giuridico.

Ed invero, sebbene in via di principio appaia possibile proporre l'azione ex art. 2041 c.c. ... laddove la ragione della nullità sia il contrasto con norme imperative, occorre, tuttavia, evitare che con l'azione di arricchimento si aggiri o si froli la legge (art. 1344 c.c.)» (Tribunale Lecce, Sez. II, 11.1.2016, n. 4237).

«Ed invero, la mancata autorizzazione al subappalto di opera pubblica - penalmente sanzionata - comporta la nullità dei rapporti tra le parti per contrarietà a norme imperative penali di natura protettiva dell'ordine pubblico economico, che puniscono la comune condotta pattizia violativa di tale divieto. Tale normativa, pertanto, comporta il rigetto sia dell'azione di adempimento e di una eventuale azione di ingiustificato arricchimento da parte del sub-appaltatore nei confronti del sub-committente, sia di ogni eventuale azione di ripetizione di indebito delle somme corrisposte da quest'ultimo come corrispettivo del subappalto non autorizzato» (Corte Appello Bari, Sez. II, 10.05.2021, n.882; Corte Appello Salerno, Sez. I, 01.06.2022)

Sul piano penale...

art. 21, l. 13.9.1982, n. 646:

«Chiunque, avendo in appalto opere riguardanti la pubblica amministrazione, concede anche di fatto, in subappalto o a cottimo, in tutto o in parte, le opere stesse, senza l'autorizzazione dell'autorità competente, è punito con la reclusione da uno a cinque anni e con la multa non inferiore ad un terzo del valore dell'opera concessa in subappalto o a cottimo e non superiore ad un terzo del valore complessivo dell'opera ricevuta in appalto. Nei confronti del subappaltatore e dell'affidatario del cottimo si applica la pena della reclusione da uno a cinque anni e della multa pari ad un terzo del valore dell'opera ricevuta in subappalto o in cottimo. È data all'amministrazione appaltante la facoltà di chiedere la risoluzione del contratto»

Diventa dunque fondamentale l'autorizzazione (o l'inverarsi del silenzio-assenso nei 30/15 gg.).

N.B. trascorsi i termini di legge la s.a. non può negare il subappalto ma deve agire in autotutela (Tar Campania, Sez. I, 21.3.2023, n. 1764)

«È sufficiente la colpa ad integrare il reato di cui all'art. 21 della legge 13 settembre 1982, n. 646, attesa la sua natura contravvenzionale (in fattispecie, nel dare inizio ai lavori, il subappaltatore avrebbe comunque dovuto accertarsi di essere stato regolarmente autorizzato dall'autorità competente o comunque, nel caso dell'invocata autorizzazione, perfezionatasi con il c.d. "silenzio assenso", accertarsi che la procedura posta in essere dalla stazione appaltante fosse corretta; l'omissione di qualsivoglia controllo da parte del predetto imputato integrerebbe quella colpa idonea a configurare il reato)» (Corte Appello Milano, Corte d'Appello Milano, 18.02.2005, n. 739).

«Non integra il reato previsto dall'art. 21 della legge 13 settembre 1982, n. 646 la condotta di chi, avendo in appalto opere riguardanti la P.A., concede le stesse in subappalto in misura superiore alla percentuale stabilita nell'atto autorizzativo, in quanto la disposizione mira non tanto a tutelare la mera regolarità nell'esecuzione dell'appalto, ma ad evitare che, attraverso il subappalto o il cottimo non autorizzati, i lavori vengano eseguiti da imprese che, per i loro legami con le organizzazioni criminali, non avrebbero potuto esserne aggiudicatarie» (Cass. Pen., Sez. VI, 11.3.2013, n. 12821).

Il subappaltatore non può far ricorso all'avvalimento: *«l'avvalimento è istituto giuridico che ha come ambito soggettivo di applicazione il concorrente alla gara. Sul punto si veda l'art. 104, c. 1 del Codice «L'avvalimento è il contratto con il quale una o più imprese ausiliarie si obbligano a mettere a disposizione di un operatore economico che concorre in una procedura ...; ndr)»* (MIT parere n. 2582 del 17.4.2024)

«Ai sensi di quanto previsto dal combinato disposto di cui all'art. 119, commi 2 e 5 e all'art. 17, comma 8, il subappalto prima della stipula del contratto è consentito nelle stesse ipotesi nelle quali è consentita l'esecuzione anticipata del contratto di appalto» (MIT parere n. 2439 del 17.4.2024)

Nel caso di revisione prezzi ex. 60 d.lgs. 36/2023 «dalla normativa risulta che la revisione dei prezzi vada determinata in relazione alle prestazioni da eseguire, con la conseguenza che – ove si tratti di prestazioni facenti capo al subappaltatore e ai titolari di subcontratti, ricorrendo i presupposti di cui all'art. 119, co. 11, d.lgs. 36/2023 – la stazione appaltante procederà al pagamento diretto in favore di questi ultimi anche del maggior importo rideterminato in applicazione della revisione prezzi. Con l'ulteriore indicazione che le stazioni appaltanti potranno disciplinare, nei documenti di gara, tale situazione» (MIT parere n. 2124 del 12.7.23).

«la Stazione appaltate potrà corrispondere direttamente al subappaltatore l'adeguamento dei prezzi previsto dal D.L. 50/2022 convertito, con modificazioni, dalla Legge n. 91/2022 e ss.mm.ii., al ricorrere delle condizioni previste dall'art. 105, comma 13, del D.Lgs. 50/2016 e ss.mm.ii.» (MIT parere n. 1458 del 8.8.22).

Recentissimamente anche il Tar Veneto (Sez. I, 21.6.2024, n. 1560) è intervenuto sul tema dei costi della manodopera del subappaltatore, stabilendo in buona sostanza che ai sensi dell'art. 108, c. 9, del d.lgs. 36/2023, l'o.e. deve indicare, a pena di esclusione, anche i costi della manodopera relativi alle prestazioni affidate in subappalto.

La fattispecie riguardava un appalto per l'affidamento del servizio di raccolta trasporto e recupero di fanghi disidratati non pericolosi.

Il concorrente escluso (ricorrente avanti il Tar) dichiarava, in sede di offerta, di voler ricorrere al subappalto per la prestazione di «caricamento e trasporto», indicando tuttavia i soli costi della manodopera afferenti alle attività di propria competenza ed omettendo pertanto quelli delle attività date in subappalto.

La società ricorrente ritiene che l'art. 108, c. 9, del nuovo codice imponga agli o.e. di indicare solo i costi propri. Quelli della manodopera del subappaltatore sarebbero, infatti, dei costi «indiretti» o «riflessi».

Il giudice amministrativo, richiamata la monolitica giurisprudenza che sanziona con l'esclusione il concorrente che ometta di indicare i costi della manodopera (salva -in via del tutto eccezionale- la presenza di clausole o modelli che non consentano di indicare tali voci nell'ambito dell'offerta), ricorda che già nella vigenza del d.lgs. 50/2016 si era stabilito l'obbligo di *«rendere puntualmente dotta l'amministrazione dell'effettivo costo del personale fornitogli dal subappaltatore, al fine di consentire un effettivo controllo della sostenibilità economica dell'offerta»* (Cons. St., Sz. V, 8.3.2018, n. 1500; Tar Friuli-Venezia Giulia, Sez. I, 7.10.2020, n. 348).

Ragionando diversamente, la norma (ieri art. 95, c. 10, d.lgs. 50/2016, oggi art. 108, c. 9, d.lgs. 36/2023) *«si presterebbe a facili elusioni, se si consentisse di scorporare dal costo totale della manodopera il costo sostenuto dai subappaltatori»* (Tar Veneto, Sez. II, 13.10.2021, n. 1216)

La preoccupazione di fondo appare condivisibile specie alla luce della «caduta» dei limiti al subappalto e della conseguente possibilità che, nell'economia dell'appalto, le lavorazioni riconducibili alle categorie scorporabili «pesino» di più di quelle ricomprese nella categoria prevalente.

Il Tar ha pertanto statuito che:

- *«i costi della manodopera relativi alle prestazioni affidate a imprese terze riguardano l'intero servizio di trasporto dei rifiuti, ossia i costi del personale stabilmente preposto all'esecuzione di una delle prestazioni oggetto dell'appalto. Non si trattava quindi di costi indiretti –riguardanti prestazioni accessorie o di supporto né di attività occasionali o temporanee– pertanto non par dubbio che tali costi dovevano essere oggetto di separata dichiarazione in sede di offerta»;*
- *«la soppressione dei limiti quantitativi al subappalto ... impone il superamento della distinzione tra dipendenti del concorrente e dipendenti dell'impresa subappaltatrice pena, l'elusione dell'articolato sistema di tutela dei lavoratori previsto dal codice».*

Il giudice amministrativo richiama al riguardo specifiche disposizioni del codice appalti:

- art. 11, c. 5 (CCNL): *«le stazioni appaltanti gli enti concedenti assicurano, in tutti i casi, che le medesime tutele normative ed economiche siano garantiti i lavoratori subappalto»;*
- art. 119, c. 12 (subappalto), *«il subappaltatore, per le prestazioni affidate su appalto, ... deve riconoscere ai lavoratori un trattamento economico e normativo non inferiore a quello che avrebbe garantito il contraente principale. Il subappaltatore è tenuto ad applicare i medesimi contratti collettivi nazionali di lavoro del contraente principale, qualora l'attività oggetto di subappalto coincidono con quelle caratterizzanti l'oggetto dell'appalto oppure riguardano le lavorazioni relative alle categorie prevalenti e siano incluse nell'oggetto sociale del contraente principale»;*
- art. 119, c. 12 (subappalto) che prevede l'obbligo dell'o.e. di *«corrispondere i costi della sicurezza e della manodopera, relativi alle prestazioni affidate in subappalto alle imprese subappaltatrice senza alcun ribasso»* (da cui l'obbligo di indicazione in sede di offerta pure del costo della manodopera dell'impresa terza che eseguirà la prestazione);

Il Tar ricorda infine che, «*tale complessivo assetto normativo, il Codice ha introdotto norme maggiormente pregnanti e vincolanti, garantendo maggiore certezza nell'individuazione del contratto collettivo applicabile e assicurando un più elevato livello di effettività alla tutela dei lavoratori, in una logica di equiparazione tra lavoratori del concorrente e lavoratori dell'impresa subappaltatrice*», in un'ottica di ulteriore rafforzamento del sistema di tutele previste dal vecchio codice, specificamente imposta dalla legge delega (l. n. 78/2022), il cui art. 1, c. 2, lett. m), n. 2), poneva alle s.a. l'obiettivo di «*garantire l'applicazione dei contratti collettivi nazionali e territoriali di settore, tenendo conto, in relazione all'oggetto dell'appalto e alle prestazioni da eseguire anche in maniera prevalente, di quelli stipulati dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, nonché garantire le stesse tutele economiche e normative per i lavoratori in subappalto rispetto ai dipendenti dell'appaltatore e contro il lavoro irregolare*»

Un cenno all'applicabilità *ratione temporis* del d.lgs. 36/203

L'**art. 229**, rubricato «Entrata in vigore», così dispone:

- il codice entra in vigore, con i relativi allegati, il 1° aprile 2023;
- le disposizioni del codice, con i relativi allegati, acquistano efficacia il 1° luglio 2023.

Ai sensi dell'**art. 226**, c. 2, dal 1° luglio 2023 il d.lgs. 50/2016 continua ad applicarsi esclusivamente ai procedimenti in corso, vale a dire (per quel che qui rileva):

- ❑ le procedure e i contratti per i quali i bandi o avvisi con cui si indice la procedura di scelta del contraente siano stati pubblicati prima della data in cui il codice acquista efficacia;
- ❑ in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o avvisi, le procedure e i contratti in relazione ai quali, alla data in cui il codice acquista efficacia, siano stati già inviati gli avvisi a presentare le offerte;

Ai sensi dell'**art. 226, c. 5**, «Ogni richiamo in disposizioni legislative, regolamentari o amministrative vigenti al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 del 2016, o al codice dei contratti pubblici vigente alla data di entrata in vigore del codice, si intende riferito alle corrispondenti disposizioni del codice o, in mancanza, ai principi desumibili dal codice stesso»

Ai sensi dell'**art. 225, c. 8**, «Per gli affidamenti e i contratti a valere su progetti PNC e PNRR e sulle relative infrastrutture di supporto, anche successivamente al 1° luglio 2023, si applicano le disposizioni di cui al d.l. 31 maggio 2021, n. 77, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 108 del 2021, nonché le specifiche disposizioni legislative finalizzate a semplificare e agevolare la realizzazione degli obiettivi stabiliti dal PNRR e dal PNC»

Sulla base di queste premesse: *«La giurisprudenza ha avuto modo di sottolineare che “per le procedure di affidamento di contratti finanziati con le risorse previste dal PNRR e dal PNC, per quanto non derogato o comunque non diversamente disciplinato dal d.l. n. 77/2021, deve applicarsi il d.lgs. n. 36/2023, in forza dell'art. 226 del nuovo codice dei contratti pubblici, il quale, dopo aver sancito l'abrogazione del d.lgs. n. 50/2016 dal 1 luglio 2023 e la sua residua applicazione «esclusivamente ai procedimenti in corso» (commi 1 e 2), stabilisce al comma 5 che «ogni richiamo in disposizioni legislative, regolamentari o amministrative vigenti al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 del 2016, o al codice dei contratti pubblici vigente alla data di entrata in vigore del codice, si intende riferito alle corrispondenti disposizioni del codice o, in mancanza, ai principi desumibili dal codice stesso». Infatti, al di là delle disposizioni di cui al d.l. n. 77/2021 e delle altre fonti espressamente richiamate dall'art. 225, co. 8, del d.lgs. n. 36/2023, applicabili anche alle procedure finanziate con i fondi del PNRR pur se bandite successivamente al 1.7.2021, dovranno trovare dunque applicazione le norme ed i principi del nuovo codice dei contratti pubblici, dovendosi ritenere ad essi riferito «ogni richiamo in disposizioni legislative, regolamentari o amministrative vigenti al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50»” (T.A.R. Umbria, Sez. I, 23/12/2023, n. 758)»*

«È stato altresì statuito che “con particolare riferimento a tale ultima disposizione [art. 225, comma 8], il Collegio rileva che essa si limita a stabilire la perdurante vigenza delle sole norme speciali in materia di appalti PNRR (tra cui gli artt. 47 e ss. d. l. n. 77/21) ma non anche degli istituti del d. lgs. n. 50/16 in esso sporadicamente richiamati ...” (TAR Lazio, Roma, Sez. II-bis, 3/01/2024, n. 134). Ne deriva che alla gara in argomento devono ritenersi applicabili le norme del nuovo codice dei contratti pubblici nonché i relativi principi (oltre che le disposizioni speciali previste dall’ordinamento per le gare finanziate dai fondi PNRR/PNC)» (Tar Toscana, Sez. II, 23.4.2024, n. 493).

