

**ANCE** | ASSOCIAZIONE NAZIONALE  
COSTRUTTORI EDILI

**Direzione  
Legislazione  
Opere Pubbliche**

**Principali novità  
normative e  
giurisprudenziali**

**Dal 4 al 7 dicembre**

## Provvedimenti e Atti Normativi

### Aggiornato il Codice su conflitto di interesse e procedura competitiva con negoziazione

La [Legge 27 novembre 2023, n. 170](#) – di conversione del decreto-legge 29 settembre 2023, n. 132, recante disposizioni urgenti in materia di proroga di termini normativi e versamenti fiscal – ha novellato il Codice dei contratti pubblici al fine di ridefinire, in modo estensivo, la causa di conflitto di interesse negli appalti pubblici nonché modificando il termine minimo per la ricezione delle domande di partecipazione nelle procedure competitive con negoziazione.

#### Modifica in tema di conflitto d'interesse (art. 16, comma 1 D.lgs. n. 36/2023)

Il nuovo articolo 15-quater, lettera a), sopprime le parole “concreta ed effettiva” al comma 1 dell’articolo 16 del D.lgs. 36/2023, allargando in tal modo la percezione della minaccia derivante da cause di conflitto di interesse, senza quindi circoscriverla solo ad una minaccia “concreta ed effettiva” come previsto nel testo previgente.

Più in dettaglio, si ricorda che attualmente, il comma 1 dell’articolo 16 del Codice Appalti identifica il conflitto di interesse nella situazione in cui si trova un soggetto che, a qualsiasi titolo, intervenendo con compiti funzionali nella procedura di gara o nella fase di esecuzione degli appalti o delle concessioni e, al contempo, potendone influenzare, in qualsiasi modo, il risultato, gli esiti e la gestione, abbia direttamente o indirettamente un interesse finanziario, economico o altro interesse personale che può essere percepito come una minaccia alla sua imparzialità.

Ora, come visto, **prima della modifica in commento, tale minaccia, per rilevare si fini della sussistenza del conflitto di interesse, doveva essere connotata da concretezza ed imparzialità, caratteristiche ora non più richieste**, in tal modo, riallineando la definizione di conflitto di interesse alla definizione contenuta all’articolo 24 della direttiva 2014/24 UE in materia di appalti pubblici.

In ogni caso, si conferma la natura di “rischio di danno” del conflitto di interesse, che si determina le volte in cui, nell’ambito di un appalto o di una concessione, ad un soggetto sia affidata la funzione di cura dell’interesse al loro corretto ed efficiente andamento (così detto interesse funzionalizzato) ed egli si trovi, al contempo, ad essere titolare (de iure o de facto) di un diverso interesse la cui soddisfazione avviene aumentando i costi o diminuendo i benefici dell’interesse funzionalizzato.

In altre parole, il conflitto di interessi non consiste in comportamenti effettivamente dannosi per l’interesse funzionalizzato, ma in una mera condizione giuridica o di fatto dalla quale scaturisce un rischio (*rectius* una minaccia) di siffatti comportamenti.

## **Modifica in tema di Procedure competitive con negoziazione (Articolo 73, comma 4 D.lgs. n.36/2023)**

Sempre il citato articolo 15 quater, alla sua lettera b), modificando il comma 4 dell'articolo 73, eleva da dieci a trenta giorni il termine minimo per la ricezione delle domande di partecipazione nelle procedure competitive con negoziazione, allineando tale termine a quello di trenta giorni previsto dall'art. 29 della direttiva 2014/24/UE in materia di appalti pubblici e dalle altre procedure utilizzate nei settori ordinari (procedura aperta, ristretta, dialogo competitivo e partenariato per l'innovazione – artt. 71-75 del D.lgs. n. 36/2023).

Si ricorda che le introdotte modifiche **sono entrate in vigore il 29 novembre u.s.**

Per maggiori dettagli, visitare il portale ANCE [qui](#).

## **Anac: chiarimenti sul ribasso dei costi della manodopera**

Con la Delibera n. 528/2023, emessa il 15 novembre 2023, l'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC) si è espressa sulla possibilità di ribassare anche i costi della manodopera, come disciplinati dal nuovo Codice dei contratti pubblici, d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 (di seguito "Codice").

Di seguito, una disamina della pronuncia da parte della Direzione Relazioni Industriali e Direzione Legislazione Opere pubbliche di ANCE.

### **1. La disciplina dello scorporo della mano d'opera**

L'art. 108, comma 9, del Codice impone, a pena di esclusione, ai concorrenti di indicare i costi della manodopera nell'offerta economica. A sua volta, l'art. 41, comma 14, del Codice stabilisce tra l'altro, che tali costi, *«sono scorporati dall'importo assoggettato al ribasso. Resta ferma la possibilità per l'operatore economico di dimostrare che il ribasso complessivo dell'importo deriva da una più efficiente organizzazione aziendale»*.

A tale proposito, il previgente art. 23, comma 16, del d.lgs. 50/2016 si limitava a precisare *«Nei contratti di lavori e servizi la stazione appaltante, al fine di determinare l'importo posto a base di gara, individua nei documenti posti a base di gara i costi della manodopera»*.

Rispetto a quest'ultima norma, la difficoltà interpretativa del Codice del 2023 sembra derivare dalla possibile contraddizione tra l'obbligo di indicare separatamente i costi della manodopera e la successiva possibilità, per lo stesso concorrente, di giustificarne un eventuale ribasso sull'importo complessivo riportato nell'offerta, laddove dimostri una più efficiente organizzazione aziendale (sul punto v. Relazione ANAC al bando tipo n. 1/2023).

In tal modo, la norma sembra ammettere allo stesso tempo l'invariabilità dei costi della manodopera e l'apertura a una giustificazione della loro ribassabilità, basata sull'efficienza organizzativa.

## 2. L'approfondimento dell'ANAC

L'ANAC, con la delibera n. 528 del 15 novembre 2023, anzitutto ricorda:

a) la relazione al **bando tipo n. 1/2023** ove la stessa Autorità specifica che **non sono ammesse giustificazioni in relazione ai trattamenti salariali minimi inderogabili** stabiliti dalla normativa vigente (art. 110, co. 4, del Codice). L'operatore economico, quindi, ha la possibilità di giustificare l'offerta di un costo del personale inferiore rispetto a quello individuato dalla stazione appaltante adducendo come motivazione una migliore organizzazione del lavoro o la possibilità di beneficiare di sgravi fiscali o contributivi;

b) il parere espresso dal MIT, secondo cui **quando l'operatore economico riporta in offerta un costo della manodopera diverso** da quello stimato dalla stazione appaltante, **l'offerta è sottoposta al procedimento di verifica dell'anomalia** ai sensi dell'art. 110, D.lgs. 36/2023, **questo perché tale "importo non si aggiunge ma fa parte dell'offerta"** (parere n. 2154 del 19.7.2023, in cui il Servizio Giuridico dello stesso Ministero rinviava alle indicazioni interpretative ed applicative di cui al punto 17 del bando tipo ANAC n. 1/2023);

c) le considerazioni espresse dal Consiglio di Stato, sez. V, nella **sentenza n. 5665 del 9 giugno 2023**, a favore della ribassabilità del costo del lavoro in una gara **assoggettata alle disposizioni del D.lgs n. 50/2016** per cui il divieto indiscriminato di ribasso sulla manodopera avrebbe i seguenti effetti: a) **standardizzazione dei costi verso l'alto**; b) **Imposizione del CCNL**, individuato dalla stazione appaltante per determinare l'importo stimato dell'appalto; c) **inutilità dell'art. 97, comma 6, del d.lgs. 50/2016**, ora art. 110, comma 4, lett. a) del Codice appalti, che obbliga gli operatori economici al rispetto degli limiti inderogabili in relazione a trattamenti salariali minimi; d) impossibilità per la stazione appaltante di **valutare l'effettiva congruità delle offerte**, considerando la complessità dei vari aspetti da valutare. E, tra questi ultimi, la sentenza, citata dall'ANAC, riporta i seguenti elementi critici: la verifica dell'eventuale scostamento dal "costo reale" della manodopera, che deve essere comprensivo dei costi delle sostituzioni per ferie, malattie, ecc.; l'obiettivo della tutela per la giusta retribuzione del lavoro (v. Consiglio di Stato, sez. V, 13 ottobre 2022, n. 8735, in); l'indicazione dei costi della gestione e delle spese generali, rispondenti a un giudizio globale e sintetico di competenza della stazione appaltante; e, infine, la valutazione di anomalia in ragione di tutte le circostanze del caso concreto *"cosicché nelle gare pubbliche non è possibile stabilire una soglia minima di utile al di sotto della quale l'offerta deve essere considerata anomala, al di fuori dei casi in cui il margine positivo risulta pari a zero"* (Consiglio di Stato, sez. V, 10 novembre 2021, n. 7498). Nella stessa sentenza, peraltro, si afferma che *"Persino nel "nuovo Codice", che in applicazione di un preciso criterio di delega di cui all'art. 1 comma 2 lett. t) della L. 78/2022, ha previsto "in ogni*

*caso che i costi della manodopera e della sicurezza siano sempre scorporati dagli importi assoggettati a ribasso” è stata fatta salva la possibilità per l’operatore economico di dimostrare che un ribasso che coinvolga il costo della manodopera sia derivante da una più efficiente organizzazione aziendale così armonizzando il criterio di delega con l’art. 41 della Costituzione.*

Infine, come evidenziato nella Delibera n. 528/2023, la chiave di lettura espressa dalla citata **sent. n. 5665/2023** consente di **bilanciare il principio dello scorporo dei costi della manodopera**, introdotto dalla legge delega n. 78/2022 a tutela dei lavoratori, **con il principio di libertà di iniziativa economica delle imprese** sancito dall’art. 41 della Costituzione italiana. Tale chiave di lettura mira, inoltre, a evitare che una gara venga indetta esclusivamente *«per vagliare il ribasso sulla voce ‘spese generali’, cioè che costituisce un assurdo logico prima che una ricostruzione in diritto non condivisibile»*.

### 3. Le conclusioni dell’ANAC

In conclusione, l’ANAC ritiene che *“nonostante la formulazione letterale della prima parte dell’art. 41, comma 14, del d.lgs. 36/2023 induca a ritenere che i costi della manodopera siano scorporati dall’importo assoggettato a ribasso, la lettura sistematica e costituzionalmente orientata delle diverse disposizioni del Codice in materia di costi della manodopera, ed in particolare dello stesso art. 41, comma 14, seconda parte, e degli artt. 108, comma 9 e 110, induce a ritenere che il costo della manodopera continui a costituire una componente dell’importo posto a base di gara”*.

Pertanto, nonostante l’incerta formulazione dell’art. 41, comma 14, l’ANAC, alla luce delle argomentazioni esposte, ritiene che **la lettura sistematica delle norme suggerisca l’inclusione dei costi della manodopera nell’importo complessivo a base di gara**, su cui viene applicato il ribasso offerto dai concorrenti.

In altri termini, l’ANAC, con la delibera 528 del 15 novembre 2023, ha delineato, da un lato, **lo scorporo dei costi della manodopera** e dall’altro ha concesso al concorrente la possibilità di dimostrare che il ribasso complessivo deriva da un’organizzazione aziendale più efficiente e non da una violazione dei trattamenti salariali minimi inderogabili stabiliti per legge o da fonti autorizzate dalla legge (art. 110, comma 4, lett. a).

Per maggiori dettagli, visitare il portale ANCE [qui](#).

## Focus Giurisprudenza

### **Appalti pubblici: no all'esclusione dell'impresa dalla gara senza contraddittorio**

Negli appalti pubblici, tra gli elementi posti a tutela della partecipazione dell'operatore economico, costituisce un imperativo categorico e non derogabile l'obbligo della stazione appaltante di applicare il principio del contraddittorio prima di procedere all'esclusione di un'impresa dalla gara in presenza di un'offerta giudicata anomala dalla stessa amministrazione.

È quanto emerge dalla sentenza n. 1584 del 9 novembre u.s., con cui il TAR Veneto si è espresso in merito a una procedura di affidamento per un servizio di ristoro, ove una delle concorrenti era stata esclusa per ritenuta anomalia dell'offerta. Quest'ultima aveva quindi sostenuto in giudizio l'illegittimità di tale provvedimento e contestato la conseguente aggiudicazione, rinvenendo i vizi della "violazione di legge ed eccesso di potere" nella decisione della Stazione appaltante.

Di seguito, l'analisi della pronuncia da parte della Direzione Legislazione Opere Pubbliche.

La sentenza, per quanto attinente al settore dei servizi, esprime un principio generale per tutti gli appalti pubblici, nel caso in cui – al di fuori dell'applicazione dei meccanismi di esclusione automatica delle offerte anomale di cui all'art. 54 del nuovo Codice appalti, d.lgs. 36/2023- sia attivato il sub-procedimento di anomalia dell'offerta previsto dal successivo art. 110.

Il TAR Veneto ha precisato che l'articolo 110, comma 2, del nuovo Codice dei contratti (analogamente al previgente articolo 97, comma 5 del d.lgs. 50/2016) dispone che *"2. In presenza di un'offerta che appaia anormalmente bassa le stazioni appaltanti richiedono per iscritto all'operatore economico le spiegazioni sul prezzo o sui costi proposti, assegnando a tal fine un termine non superiore a quindici giorni."*; a norma del successivo comma 5 poi *"La stazione appaltante esclude l'offerta se le spiegazioni fornite non giustificano adeguatamente il livello di prezzi o di costi proposti, tenendo conto degli elementi di cui al comma 3, oppure se l'offerta è anormalmente bassa"*.

Pertanto, il Collegio ha ribadito che, secondo un granitico orientamento giurisprudenziale, consolidatosi in vigenza del d.lgs. 50/2016, ma tuttora applicabile, stante la rilevata continuità di disciplina, anche comunitaria, *"nel giudizio di anomalia delle offerte, è sempre considerato centrale il rispetto del principio del contraddittorio, imponendo alla stazione appaltante, prima di procedere all'esclusione dell'offerta, la attenta valutazione e ponderazione delle giustificazioni presentate dall'impresa "sospettata" di aver presentato un'offerta anormalmente bassa, atteso che l'esclusione automatica o, comunque, non attentamente ponderata di*

*tale offerta rischia di pregiudicare i principi comunitari a tutela della concorrenza e della libertà di impresa”.*

Ne consegue, sempre secondo il TAR, che *“Il principio del contraddittorio è un assoluto obbligo cui è tenuta la stazione appaltante, in caso di offerta anomala, prima di procedere all’esclusione della impresa dalla gara”.*

In ragione di ciò, lo stesso giudice amministrativo, accertata la mancata attivazione del sub-procedimento di valutazione dell’anomalia dell’offerta e la violazione delle garanzie partecipative dell’operatore interessato, ha accolto il ricorso e annullato gli atti impugnati (provvedimento di esclusione e conseguente aggiudicazione).

Per maggiori dettagli, visitare il portale ANCE [qui](#).