

Appalti

Appalti Pnrr, il Tar conferma: si applica il codice del 2016

di Stefano Usai

30 Ottobre 2023

Accogliendo il ricorso di un'impresa esclusa i giudici amministrativi ribadiscono che per gli investimenti finanziati dal Recovery valgono le norme speciali e quelle del vecchio codice

NT+ Contenuto esclusivo Norme & Tributi Plus

La recente sentenza del [Tar Campania, Napoli, sez. I, n. 5716/2023](#), conferma che agli appalti finanziati anche solo in parte dal Pnrr/Pnc si applicano, come chiarito nel comma 8 dell'articolo 225 del nuovo codice, le disposizioni contenute nel codice del 2016.

Il ricorso

Nel caso trattato il ricorrente, invitato a formulare offerta per una gara d'appalto di lavori finanziati con il Pnrr, contesta la propria esclusione per pretesi difetti del contratto di avvalimento. Secondo la stazione appaltante (il seggio di gara) il contratto di avvalimento risultava privo degli elementi essenziali e, in particolare, veniva «riferito a normativa (d.lgs.50/2016) superata con l'entrata in vigore del D.Lgs.36/2023 a cui si riferisce peraltro la presente procedura d'affido ad evidenza pubblica». Il provvedimento di esclusione proseguiva con la sottolineatura secondo cui «il D.Lgs. 36/2023 ha sostanzialmente modificato l'istituto dell'avvalimento».

Tale aspetto, secondo il Rup (anche responsabile del servizio) determinava «di fatto la carenza dei requisiti essenziali previsti dal bando da parte del concorrente, carenza questa che non» poteva «essere sanata attraverso il soccorso istruttorio». L'esclusione veniva ribadita anche in sede di riscontro all'istanza di annullamento in autotutela

La sentenza

Il giudice ha condiviso le censure della parte ricorrente. In primo luogo il contratto di avvalimento prodotto non risultava affatto carente dei requisiti richiesti presentando anche il carattere oneroso (oggi chiaramente esplicitato nell'articolo 104 del nuovo Codice dei contratti).

In realtà il contratto di avvalimento risultava ben definito nell'oggetto (prestito del requisito costituito dall'indicata certificazione Soa), conteneva «l'impegno a mettere a disposizione dell'ausiliata la corrispondente organizzazione aziendale, declinata in termini di Know-How tecnologico e commerciale (con indicazione nominativa del direttore tecnico e dei soggetti dello staff tecnico), di specificazione delle attestazioni possedute (per la salute e sicurezza sul lavoro, la prevenzione incendi, il primo soccorso aziendale e la gestione delle emergenze), con allegato l'elenco dei mezzi e delle attrezzature e la messa a disposizione degli operai facenti parte dell'organizzazione aziendale, con nominativi da comunicare prima dell'inizio dei lavori». A fronte di questi dettagli, conclude la sentenza, è da ritenersi indubbia la qualificazione in termini di contratto di avvalimento tecnico-operativo.

L'aspetto, però, che ha una significativa rilevanza – per l'attività istruttoria del Rup in relazione agli appalti finanziati anche solo in parte dal Pnrr/Pnc –, è la conferma che il preteso errato (secondo la stazione appaltante) richiamo all'articolo 89 del pregresso codice del 2016 (in luogo del richiamo all'articolo 104 del nuovo codice) in realtà deve ritenersi corretto. Questa constatazione, a ben vedere, risultava nella stessa lettera di invito (come si legge nella sentenza) che richiama, circa le disposizioni applicabili all'appalto in parola, «l'art. 225, co. 8, del d.lgs. n. 36/2023 (...)» che prevede «l'ultrattività (nda dell'articolo 89 del pregresso codice), al pari dei decreti legge n. 76/2020 e n. 77/2021, per gli appalti finanziati con risorse Pnrr».

Il giudice, pertanto, precisa che «l'inesatto riferimento all'art. 89 del d.lgs. n. 50/2016 non può valere a fondare l'esclusione del concorrente, occorrendo far prevalere la sostanza sulla forma e privilegiare l'evidenza mostrata dal contenuto del contratto (a prescindere dall'addotta permanente vigenza dell'abrogato codice dei contratti, per le opere finanziate con fondi Pnrr)».

Senza alcun richiamo alla [circolare Mit del 13 luglio 2023](#), il giudice quindi fa discendere direttamente dall'articolo 225, comma 8 l'obbligo del Rup di applicare, nella sua attività istruttoria per gli appalti finanziati anche solo in parte dal Pnrr/Pnc, le disposizioni del pregresso codice pur se formalmente abrogate.

La sentenza, pertanto, conferma quanto già evidenziato dal Mit con il [recente parere n. 2153/2023 \(di cui si è già detto nel quotidiano del 4 ottobre 2023\)](#).

Oggettivamente, in ogni caso, permangono alcuni dubbi anche su altri aspetti, ad esempio in tema di incentivi per funzioni tecniche. Se per il Pnrr si applica il pregresso codice, necessariamente occorrerà – per gli incentivi per funzioni tecniche –, riferirsi sempre all'articolo 113 che, evidentemente, risulta estremamente più limitato rispetto all'attuale testo dell'articolo 45 del nuovo codice (soprattutto in termini economici).

Il Sole 24 ORE aderisce a  The Trust Project

P.I. 00777910159 © Copyright Il Sole 24 Ore Tutti i diritti riservati

ISSN 2724-203X - Norme & Tributi plus Enti Locali & Edilizia [<https://ntplusentilocaliedilizia.ilssole24ore.com>]

ilsole
24 ORE