

Stefano Usai

LE PRINCIPALI NOVITÀ DEL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

Guida rapida su cosa cambia negli appalti
con il D.Lgs. 31 marzo 2023, n. 36

e-book

Stefano Usai

LE PRINCIPALI NOVITÀ DEL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

Guida rapida su cosa cambia negli appalti
con il D.Lgs. 31 marzo 2023, n. 36

© Copyright 2023 by Maggioli S.p.A.

Maggioli Editore è un marchio di Maggioli S.p.A.
Azienda con sistema di gestione qualità certificato ISO 9001:2015

47822 Santarcangelo di Romagna (RN) • Via del Carpino, 8
Tel. 0541/628111 • Fax 0541/622595

www.maggiolieditore.it
e-mail: clienti.editore@maggioli.it

I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica, di riproduzione e di adattamento, totale o parziale, con qualsiasi mezzo, sono riservati per tutti i Paesi.

L'Autore e l'Editore declinano ogni responsabilità per eventuali errori e/o inesattezze relativi alla elaborazione dei testi normativi e per l'eventuale modifica e/o variazione degli schemi e della modulistica allegati.

L'Autore, pur garantendo la massima affidabilità dell'opera, non risponde di danni derivanti dall'uso dei dati e delle notizie ivi contenuti. L'Editore non risponde di eventuali danni causati da involontari refusi o errori di stampa.

Finito di stampare nel mese di giugno 2023
nello stabilimento Maggioli S.p.A.
Santarcangelo di Romagna

*Per prof. Mirtillo,
la cui sagacia ancora mi stupisce,
che non si perde un tramonto.
Evidentemente, anche al dott. Ciliegia,
meno prosaico ed arguto,
per il suo essere così terreno
e per ogni tramonto che si perde.
Ringrazio entrambi, anche, per aver colmato
assenze e insopportabili malinconie.*

Stefano

Indice

<i>Premessa</i>	Pag. 13
1. Entrata in vigore ed efficacia del nuovo codice	» 15
1.1. Premessa	» 15
1.2. Le disposizioni transitorie	» 16
1.3. Entrata in vigore ed efficacia del nuovo codice	» 16
1.4. La disciplina transitoria	» 17
1.5. Requisiti di qualificazione.....	» 25
1.6. Le norme applicabili al PNRR/PNC	» 26
1.7. Gli stessi livelli di progettazione per le procedure in corso al 1° luglio 2023	» 27
1.8. Infrastrutture strategiche	» 28
1.9. Consorzi	» 29
1.10. Termina l'esperienza delle linee guida ANAC	» 31
2. La novità dei principi	» 34
2.1. I principi che riguardano la materia dei contratti pubblici ..	» 34
2.2. Il principio del risultato	» 34
2.3. Il principio della fiducia	» 36
2.4. Il principio dell'accesso al mercato	» 37
2.5. Principio di buona fede e di tutela dell'affidamento	» 38
2.6. I principi di solidarietà e di sussidiarietà orizzontale	» 39
2.7. Il principio di auto-organizzazione amministrativa	» 43
2.8. Il principio dell'autonomia contrattuale	» 45
2.9. Gli obblighi di conservazione dell'equilibrio contrattuale	» 48
2.10. I principi di tassatività delle cause di esclusione e di massi- ma partecipazione	» 51
2.11. L'applicazione dei contratti collettivi nazionali di settore. Inadempienze contributive e ritardo nei pagamenti	» 52
2.12. Il rinvio esterno	» 55

3. La digitalizzazione	Pag. 56
3.1. Premessa	» 56
3.2. Sintesi delle novità	» 58
3.3. L'utilizzo di procedure automatizzate	» 60
4. Banca dati nazionale dei contratti pubblici e fascicolo virtuale dell'operatore economico	» 61
4.1. Le prerogative dell'ANAC	» 61
4.2. Il fascicolo dell'operatore economico	» 62
5. La piattaforma di approvvigionamento digitale	» 64
5.1. Le piattaforme di approvvigionamento digitale	» 64
6. Anagrafe dei competitori	» 65
7. Il RUP nel nuovo codice dei contratti	» 66
7.1. Premessa	» 66
7.2. La riconfigurazione giuridica del RUP	» 66
7.3. Un RUP anche a tempo determinato	» 67
7.4. I responsabili di fase	» 68
7.5. Il rispetto dei tempi di aggiudicazione	» 70
7.6. I termini di conclusione della procedura di aggiudicazione ...	» 72
7.6.1. Premessa	» 72
7.6.2. L'allegato I.3 e i termini delle procedure	» 73
7.6.3. La nuova disciplina sulla facoltà di non aggiudicare l'appalto	» 74
7.7. L'allegato I.2 sui requisiti ed i compiti del RUP	» 75
7.8. RUP e direttore dell'esecuzione (nei contratti di forniture/servizi)	» 77
8. La progettazione	» 78
8.1. Premessa	» 78
8.2. I livelli di progettazione	» 78
8.3. L'allegato I.7	» 79
8.4. Il contenuto dei livelli di progettazione	» 80
9. La programmazione	» 82
9.1. Il coordinamento degli atti di programmazione (degli appalti e della contabilità)	» 82
9.2. L'allegato I.5	» 84

10. Le fasi del procedimento. La nuova aggiudicazione	Pag. 86
10.1. Premessa sull'aggiudicazione nel codice del 2016	» 86
10.2. Le novità	» 86
10.3. La stipula del contratto nel nuovo codice	» 87
11. I criteri di aggiudicazione	» 92
11.1. Premessa	» 92
11.2. I criteri di aggiudicazione nel sotto soglia comunitario	» 92
12. La qualificazione delle stazioni appaltanti	» 97
12.1. Premessa	» 97
12.2. Qualificazione delle stazioni appaltanti	» 97
12.3. Prerogative delle stazioni appaltanti	» 98
12.4. Il ricorso alla stazione appaltante e/o centrale di committenza qualificata	» 99
12.5. La responsabilità della stazione appaltante nell'ambito delle procedure di committenza	» 101
12.6. La nomina del RUP	» 101
12.7. Stazione appaltante/centrale qualificata ubicata in uno Stato membro UE	» 102
12.8. La disciplina della qualificazione	» 103
12.9. La disciplina	» 105
13. Il nuovo affidamento diretto	» 107
13.1. Gli affidamenti diretti	» 107
13.2. Considerazioni: la motivazione nell'affidamento diretto	» 108
14. Le procedure negoziate del sotto soglia	» 109
14.1. Premessa	» 109
14.2. Le procedure utilizzabili nel sotto soglia	» 110
14.3. Le nuove procedure negoziate	» 111
14.4. La predisposizione dell'avviso o la redazione dell'albo interno ...	» 113
14.5. Le ulteriori disposizioni	» 115
14.6. Esclusione automatica in caso di offerta anomala	» 116
15. L'esclusione automatica nel sotto soglia	» 118
15.1. Premessa	» 118
15.2. Le altre previsioni	» 120

16. L'esecuzione in via d'urgenza	Pag. 124
16.1. L'esecuzione in via d'urgenza generale	» 124
16.2. L'esecuzione in via d'urgenza per il sotto soglia	» 125
16.3. La "nuova" fattispecie	» 125
16.4. Esecuzione in via d'urgenza e impegno di spesa	» 127
17. Il microsistema normativo sui requisiti generali e sulle cause di esclusione	» 129
17.1. Premessa	» 129
17.2. Le cause di esclusione automatica	» 129
17.3. Le violazioni gravi definitivamente accertate	» 138
17.4. Le cause di esclusione non automatica	» 138
17.5. La disciplina dell'esclusione	» 141
17.6. Una disposizione specifica per i raggruppamenti	» 147
18. Gli illeciti professionali	» 149
18.1. Norma <i>ad hoc</i> per gli illeciti professionali	» 149
18.2. La valutazione della gravità della condotta	» 152
19. Requisiti degli appaltatori	» 153
19.1. Qualificazione anche per gli appalti di forniture e servizi	» 153
19.2. L'avvalimento	» 154
19.3. L'avvalimento è un contratto oneroso	» 155
19.4. Avvalimento per partecipare alla gara e avvalimento premiale ..	» 155
19.5. Ausiliaria in possesso dei requisiti non trasferibili	» 156
19.6. La responsabilità solidale	» 157
20. La commissione giudicatrice. Le novità sul RUP	» 159
20.1. La commissione di gara. Le principali novità	» 159
20.2. La posizione del RUP	» 159
20.3. La commissione di gara negli appalti sopra soglia comunitaria	» 160
20.4. La riconvocazione dello stesso collegio	» 161
20.5. Il seggio di gara	» 162
21. Le offerte anormalmente basse	» 163
21.1. Premessa	» 163
21.2. La nuova norma	» 164

22. Disposizioni in tema di anticipazione sul prezzo del contratto	Pag. 167
22.1. Premessa	» 167
22.2. La novità	» 168
23. Le nuove disposizioni in tema di clausole sociali	» 170
23.1. Premessa	» 170
23.2. Le novità	» 170
23.3. Gli impegni dell'operatore economico	» 171
24. L'appalto integrato	» 173
24.1. Premessa	» 173
24.2. La norma	» 174
25. La disciplina delle modifiche del contratto	» 175
25.1. Premessa	» 175
25.2. Sintesi della norma	» 176
25.2.1. Le varianti	» 177
25.3. Modifiche senza procedura	» 178
25.4. Le modifiche sostanziali	» 179
25.5. Le modifiche non sostanziali	» 179
25.6. Varianti con risparmi	» 181
25.7. Le comunicazioni all'ANAC	» 183
25.8. Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale	» 183
25.9. Il nuovo quinto d'obbligo	» 183
25.10. Le nuove proroghe (il differimento della scadenza del contratto)	» 184
25.11. L'allegato II.14	» 185
26. Gli incentivi per funzioni tecniche	» 186
26.1. Premessa	» 186
26.2. Incentivi alle funzioni tecniche	» 186
26.3. La destinazione delle risorse finanziarie	» 188
26.4. L'esigenza del regolamento interno	» 189
26.5. L'erogazione dell'incentivo	» 190
26.6. La destinazione del 20%	» 191
26.7. La destinazione del fondo "spese"	» 192
27. La nuova trasparenza nei contratti pubblici	» 193
27.1. Premessa	» 193
27.2. Le novità	» 193

28. Il subappalto	Pag. 195
28.1. Subappalto senza limiti	» 195
29. Il nuovo soccorso istruttorio	» 197
29.1. Premessa	» 197
29.2. Soccorso integrativo e soccorso specificativo	» 197
29.3. Le altre novità	» 198
30. L'accesso e le nuove norme procedurali	» 199
30.1. Premessa	» 199
30.2. L'accesso agli atti	» 199
30.3. Le norme procedurali	» 200
31. Gli allegati	» 202
31.1. Premessa	» 202
31.2. Le definizioni del codice (allegato I.1)	» 203
31.3. L'attività del RUP (allegato I.2)	» 205
31.4. I termini delle procedure di appalto (allegato I.3)	» 205
31.5. Imposta di bollo (allegato I.4).....	» 206
31.6. Gli elementi per la programmazione e gli schemi tipo (allegato I.5)	» 206
31.7. Il dibattito pubblico obbligatorio (allegato I.6)	» 207
31.8. DOCFAP, DIP, progettazione e verifica della progettazione (allegato I.7)	» 207
31.9. Verifica preventiva dell'interesse archeologico (allegato I.8) ...	» 208
31.10. Metodi e strumenti di gestione informativa digitale delle costruzioni (allegato I.9)	» 208
31.11. Attività tecniche a carico degli stanziamenti previsti per le singole procedure (allegato I.10)	» 209
31.12. Disposizioni di organizzazione, competenze, regole di funzionamento e attribuzioni CSLP (allegato I.11)	» 209
31.13. Opere di urbanizzazione a scomputo del contributo di costruzione (allegato I.12)	» 210
31.14. Parametri per la progettazione (allegato I.13)	» 210
31.15. Criteri di formazione ed aggiornamento dei prezzari regionali (allegato I.14).....	» 210
31.16. La disciplina delle indagini di mercato ed elenchi degli operatori nel sotto soglia (allegato II.1)	» 211
31.17. Metodi di calcolo della soglia di anomalia per l'esclusione automatica delle offerte (allegato II.2)	» 211

31.18. Soggetti con disabilità o svantaggiati cui può essere riservata la partecipazione ad appalti (allegato II.3)	Pag. 215
31.19. Qualificazione delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza (allegato II.4)	» 216
31.20. Specifiche tecniche ed etichettature (allegato II.5)	» 216
31.21. Informazioni in avvisi e bandi (allegato II.6)	» 216
31.22. Caratteristiche relative alla pubblicazione (allegato II.7)	» 217
31.23. Rapporti di prova, certificazioni qualità, mezzi di prova, registro dei certificati e costi del ciclo vita (allegato II.8)	» 217
31.24. Informazioni contenute negli inviti ai candidati (allegato II.9)	» 217
31.25. Violazioni gravi degli obblighi relativi al pagamento imposte e tasse o contributi previdenziali (allegato II.10)	» 217
31.26. Registri professionali o commerciali per operatori economici di altri Stati membri (allegato II.11)	» 218
31.27. Sistema di qualificazione e requisiti per gli esecutori di lavori (allegato II.12)	» 218
31.28. Certificazioni e marchi rilevanti ai fini della riduzione della garanzia (allegato II.13)	» 218
31.29. Direzione lavori e dell'esecuzione. Svolgimento attività fase esecutiva. Collaudo e verifica di conformità (allegato II.14) ...	» 219
31.30. Criteri per la determinazione costi per accertamenti di laboratorio e verifiche tecniche (allegato II.15)	» 219
31.31. Informazioni a livello europeo relative alla modifica di contratti in corso di esecuzione (allegato II.16)	» 220
31.32. Servizi sostitutivi di mensa (allegato II.17).....	» 220
31.33. Qualificazione dei soggetti, progettazione e collaudo nel settore dei beni culturali (allegato II.18)	» 220
31.34. Servizi di ricerca e sviluppo (allegato II.19)	» 220
31.35. Appalti e procedure nel settore difesa e sicurezza (allegato II.20)	» 221
31.36. Informazioni da inserire nei bandi di concessione di cui all'art. 182 (allegato IV.1)	» 221
31.37. Compensi degli arbitri (allegato V.1)	» 221
31.38. Collegio consultivo tecnico (allegato V.2)	» 221
31.39. Cabina di regia (allegato V.3)	» 222

Premessa

Il volume presenta una serie di “focus” sulle principali novità del nuovo “Codice dei contratti pubblici”, declinato nel decreto legislativo n. 36/2023.

Si è cercato di rendere una trattazione con richiami normativi minimi indispensabili, senza appesantimenti su considerazioni dottrinali, in modo da consentire una immediata lettura e comprensione non solo al classico operatore della P.A., già pratico sulle norme di presidio dell'attività contrattuale pubblica.

La parte iniziale viene dedicata all'articolata dinamica di entrata in vigore ed efficacia del nuovo Codice.

Più nel dettaglio, nella trattazione ci si è soffermati – coniugando l'elencazione codicistica con lo sviluppo della procedura di gara – sull'apparato normativo dedicato ai principi che presidiano l'attività del RUP e la digitalizzazione dell'appalto.

A questo segue il momento centrale delle modifiche relativo alla nuova configurazione giuridica del RUP che, fermo restando l'acronimo tradizionale, diventa il “responsabile unico del progetto” a cui si potranno affiancare nuovi collaboratori (i responsabili di fase).

Si prosegue quindi con le fasi propedeutiche della programmazione – e delle novità, in particolare, nella acquisizione di beni e servizi – e sul nuovo microcomplesso normativo dedicato alle acquisizioni nel sotto soglia con le varie specificità.

Vengono trattati gli aspetti inediti che attengono alle riscritture sui requisiti degli appaltatori, sugli istituti comuni come l'anticipazione e le clausole sociali.

Sono oggetto di analisi anche le nuove disposizioni in tema di qualificazione delle stazioni appaltanti.

Sono state analizzate, quindi, le norme sulle modifiche del contratto, le novità importanti in tema di incentivi per funzioni tecniche, la nuova trasparenza e la rinnovata disciplina in materia di soccorso istruttorio e sul microsistema normativo – applicabile a far data dal 1° gennaio 2024 – dedicato all'accesso agli atti.

Chiude il volume una sintetica analisi degli allegati che completano il Codice.

L'autore

1. Entrata in vigore ed efficacia del nuovo codice

1.1. Premessa

Il nuovo codice dei contratti, approvato con decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36 (pubblicato in *G.U.* 31 marzo 2023, n. 77, s.o. n. 12/L e ripubblicato nel mese di aprile con il corredo di note), si presenta con alcune importanti novità rispetto agli schemi precedentemente posti in circolazione. Tra le principali novità, alcune tra le più rilevanti oggettivamente riguardano proprio il momento applicativo/transitorio, visto che il nuovo codice non è immediatamente applicativo se non per le norme di cui agli artt. 215-219 che si applicano dall'entrata in vigore del codice (1° aprile 2023); riguardano altresì i collegi consultivi tecnici già costituiti ed operanti, appunto, alla data di entrata in vigore del codice, con la novità rispetto al d.l. n. 76/2020 che il collegio consultivo tecnico, oltre che per i lavori sopra soglia, diventa obbligatorio anche per beni/servizi di importo pari o superiore al milione di euro.

Il codice (da notare che non ha un “nome”, poiché il d.lgs. n. 36/2023 risulta rubricato, semplicemente, “Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante delega al Governo in materia di contratti pubblici”) non deve essere subito applicato, visto che il legislatore ha previsto l'entrata in vigore al 1° aprile 2023 ed una efficacia, non dell'intero impianto normativo, al 1° luglio 2023. Efficacia non generalizzata sta a significare – come si vedrà più avanti – che un consistente impianto normativo verrà applicato a far data dal 1° gennaio 2024 e, pertanto, fino al 31 dicembre 2023, continueranno ad applicarsi le norme del codice del 2016.

Nel prosieguo, per facilitare la lettura, in luogo di “decreto legislativo n. 50/2016”, si privilegerà l'espressione “codice del 2016”.

1.2. Le disposizioni transitorie

Le disposizioni che disciplinano l'applicazione del codice sono contenute nella Parte III (rubricata "Disposizioni transitorie, di coordinamento e abrogazioni") del Libro V (rubricato "Del contenzioso e dell'autorità nazionale anticorruzione. Disposizioni finali e transitorie").

La Parte III in parola contiene le seguenti norme:

- Art. 224 (Disposizioni ulteriori)
- Art. 225 (Disposizioni transitorie e di coordinamento)
- Art. 226 (Abrogazioni e disposizioni finali)
- Art. 227 (Aggiornamenti)
- Art. 228 (Clausola di invarianza finanziaria)
- Art. 229 (Entrata in vigore).

La disposizione di maggior rilievo, tra le citate, è quella contenuta nell'art. 229 (rubricato, appunto, "Entrata in vigore"), in cui si chiarisce che il codice "entra in vigore, con i relativi allegati, il 1° aprile 2023". Il secondo comma – norma di capitale importanza per evitare problematiche applicative – precisa che "Le disposizioni del codice, con i relativi allegati, eventualmente già sostituiti o modificati ai sensi delle relative disposizioni, acquistano efficacia il 1° luglio 2023".

L'impianto normativo, quindi, si arricchisce di ben 38 allegati che, a differenza del regime precedente, risultano già predisposti e, pertanto, applicabili secondo le dinamiche più avanti meglio esplicitate.

1.3. Entrata in vigore ed efficacia del nuovo codice

Circa la dinamica applicativa e, appunto, la nuova disciplina, occorre dapprima soffermarsi sulle disposizioni contenute nell'art. 226 del nuovo codice ("Abrogazioni e disposizioni finali").

Il primo comma chiarisce che **l'attuale codice dei contratti** (il d.lgs. 50/2016) **verrà abrogato dal momento in cui il nuovo codice diventa efficace, ovvero dal 1° luglio 2023.**

Si impone, pertanto, la necessità di esplicitare la latitudine applicativa delle nuove norme che, evidentemente, non riguarderanno le procedure già avviate. Per chiarire questo aspetto fondamentale interviene il comma successivo (il secondo) dell'articolo appena citato.

Il comma in parola disciplina l'applicabilità delle nuove norme in modo tradizionale, ovvero facendo riferimento all'atto tecnico che avvia la procedura (si preferisce puntualizzare questo aspetto considerato che il d.l. n. 76/2020, per i fini applicativi, contiene l'inedito richiamo alla determinazione a contrarre).

In questo senso si chiarisce che, a decorrere dal momento in cui il nuovo codice acquista efficacia (ovvero dal 1° luglio 2023), **le dispo-**

ni del codice del 2016 continueranno ad applicarsi solamente alle procedure ancora in corso.

Per procedure ancora in corso si intendono:

- a) 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 (e quindi prima del 1° luglio 2023);
- b) 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 (1° luglio 2023), siano stati già inviati gli avvisi (le lettere di invito, considerato che la stazione appaltante non invia “avvisi”) a presentare le offerte;
- c) per le opere di urbanizzazione a scomputo del contributo di costruzione, oggetto di convenzioni urbanistiche o atti assimilati comunque denominati, i procedimenti in cui le predette convenzioni o atti siano stati stipulati prima della data in cui il codice acquista efficacia (1° luglio 2023);
- d) per le procedure di accordo bonario di cui agli artt. 210 e 211, di transazione e di arbitrato, le procedure relative a controversie aventi a oggetto contratti pubblici, per i quali i bandi o gli avvisi siano stati pubblicati prima della data in cui il codice acquista efficacia, ovvero, in caso di mancanza di pubblicazione di bandi o avvisi, gli avvisi a presentare le offerte siano stati inviati prima della suddetta data (anche in questo caso prima del 1° luglio 2023).

Come evidenziato, quindi, gli atti tecnici delle varie procedure, se adottati prima del 1° luglio, consentiranno la prosecuzione dell’applicazione del codice del 2016.

1.4. La disciplina transitoria

Per districarsi nel nuovo ginepraio normativo del codice, il principale punto di riferimento è costituito dall’art. 225, che contiene, appunto, le norme transitorie e di coordinamento. Di seguito si riportano i commi, con i richiami normativi relativi al codice del 2016, che continueranno ad applicarsi fino al 31 dicembre 2023.

Codice 36/2023

Art. 225

(Disposizioni transitorie e di coordinamento)

1. Fino al 31 dicembre 2023 gli avvisi e i bandi sono pubblicati, ai fini della decorrenza degli effetti di legge, nella *Gazzetta Ufficiale* della Repubblica italiana, serie speciale relativa ai contratti pubblici, entro il sesto giorno feriale successivo a quello del ricevimento della documentazione da parte dell’Ufficio inserzioni dell’Istituto poligrafico e zecca dello Stato.

Fino al 31 dicembre 2023 trovano applicazione le disposizioni di cui agli articoli 70, 72, 73, 127, comma 2, 129, comma 4 del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 e del decreto del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti adottato in attuazione dell'articolo 73, comma 4 del medesimo codice di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 del 2016. Le spese per la pubblicazione obbligatoria degli avvisi e dei bandi di gara sono rimborsate alla stazione appaltante dall'aggiudicatario entro il termine di sessanta giorni dall'aggiudicazione. La pubblicazione di informazioni ulteriori, complementari o aggiuntive avviene esclusivamente in via telematica e non può comportare oneri finanziari a carico della stazione appaltante. Fino al 31 dicembre 2023 continuano le pubblicazioni sulla piattaforma del Servizio contratti pubblici del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti di cui all'allegato B al decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33. Dal 1° gennaio 2024, acquistano efficacia gli articoli 27, 81, 83, 84 e 85.

Codice 50/2016 Norme che si applicano fino al 31 dicembre 2023	Codice 36/2023 Norme che si applicano dal 1° gennaio 2024
<p>Art. 70 (Avvisi di preinformazione)</p> <p>Art. 72 (Redazione e modalità di pubblicazione dei bandi e degli avvisi)</p> <p>Art. 73 (Pubblicazione a livello nazionale)</p> <p>Art. 127 (Pubblicità e avviso periodico indicativo), comma 2 2. Gli enti aggiudicatori possono rendere nota l'intenzione di programmare appalti pubblicando un avviso periodico indicativo possibilmente entro il 31 dicembre di ogni anno. Tali avvisi, che contengono le informazioni di cui all'allegato XIV, parte II, sezione A sono pubblicati dall'ente aggiudicatore sul proprio profilo di committente. Per gli appalti di importo pari o superiore alla soglia di cui all'articolo 35, gli avvisi sono pubblicati anche dall'Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea. A tal fine gli enti</p>	<p>Art. 27 (Pubblicità legale degli atti)</p> <p>Art. 81 (Avvisi di pre-informazione)</p> <p>Art. 83 (Bandi e avvisi: contenuti e modalità di redazione)</p> <p>Art. 84 (Pubblicazione a livello europeo)</p> <p>Art. 85 (Pubblicazione a livello nazionale)</p>



Codice 50/2016 Norme che si applicano fino al 31 dicembre 2023	Codice 36/2023 Norme che si applicano dal 1° gennaio 2024
<p>aggiudicatori inviano all'Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea una comunicazione che annuncia la pubblicazione dell'avviso periodico indicativo sul loro profilo di committente, come indicato nell'allegato V, punto 2, lettera b), e punto 3. Tali avvisi contengono le informazioni di cui all'allegato XIV, parte II, sezione C.</p> <p>Art. 129 (Bandi di gara e avvisi relativi agli appalti aggiudicati), comma 4</p> <p>4. Le informazioni fornite ai sensi dell'allegato XIV, parte II, lettera G e non destinate alla pubblicazione sono pubblicate solo in forma semplificata e per motivi statistici.</p>	

Il primo comma, quindi, mantiene fermo fino alla fine del 2023 l'attuale impianto normativo in tema di pubblicazione dei bandi di gara.

Il comma 2 dell'art. 225 in commento, sotto riportato, è stato innestato nell'impianto normativo del codice in fase di approvazione definitiva in Consiglio dei Ministri. La norma dispone l'efficacia differita di un consistente apparato normativo al 1° gennaio 2024, come si nota fin dalla prima lettura.

2. Le disposizioni di cui agli articoli 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 28, 29, 30, 31, 35, 36, 37, comma 4, 99, 106, comma 3, ultimo periodo, 115, comma 5, 119, comma 5, e 224, comma 6 acquistano efficacia a decorrere dal 1° gennaio 2024. In via transitoria, le disposizioni di cui agli articoli 21, comma 7, 29, 40, 41 comma 2-bis, 44, 52, 53, 58, 74, 81, 85, 105, comma 7, 111, comma 2-bis, 213 commi 8, 9 e 10, 214, comma 6 del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 continuano ad applicarsi fino al 31 dicembre 2023 per lo svolgimento delle attività relative:

- a) alla redazione o acquisizione degli atti relativi alle procedure di programmazione, progettazione, pubblicazione, affidamento ed esecuzione dei contratti;
- b) alla trasmissione dei dati e documenti relativi alle procedure di cui alla lettera a);
- c) all'accesso alla documentazione di gara;

d) alla presentazione del documento di gara unico europeo;
 e) alla presentazione delle offerte;
 f) all'apertura e la conservazione del fascicolo di gara;
 g) al controllo tecnico, contabile e amministrativo dei contratti anche in fase di esecuzione e la gestione delle garanzie.

Codice 50/2016 Norme che si applicano fino al 31 dicembre 2023	Codice 36/2023 Norme che si applicano dal 1° gennaio 2024
<p>Art. 21 (Programma degli acquisti e programmazione dei lavori pubblici), comma 7 7. Il programma biennale degli acquisti di beni e servizi e il programma triennale dei lavori pubblici, nonché i relativi aggiornamenti annuali sono pubblicati sul profilo del committente, sul sito informatico del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e dell'Osservatorio di cui all'articolo 213, anche tramite i sistemi informatizzati delle regioni e delle provincie autonome di cui all'articolo 29, comma 4.</p> <p>Art. 29 (Principi in materia di trasparenza)</p> <p>Art. 40 (Obbligo di uso dei mezzi di comunicazione elettronici nello svolgimento di procedure di aggiudicazione)</p> <p>Art. 41 (Misure di semplificazione delle procedure di gara svolte da centrali di committenza), comma 2-bis 2-bis. È fatto divieto di porre a carico dei concorrenti, nonché dell'aggiudicatario, eventuali costi connessi alla gestione delle piattaforme di cui all'articolo 58.</p> <p>Art. 44 (Digitalizzazione delle procedure)</p> <p>Art. 52 (Regole applicabili alle comunicazioni)</p>	<p>Art. 19 (Principi e diritti digitali)</p> <p>Art. 20 (Principi in materia di trasparenza)</p> <p>Art. 21 (Ciclo di vita digitale dei contratti pubblici)</p> <p>Art. 22 (Ecosistema nazionale di approvvigionamento digitale (e-procurement))</p> <p>Art. 23 (Banca dati nazionale dei contratti pubblici)</p> <p>Art. 24 (Fascicolo virtuale dell'operatore economico)</p> <p>Art. 25 (Piattaforme di approvvigionamento digitale)</p> <p>Art. 26 (Regole tecniche)</p> <p>Art. 28 (Trasparenza dei contratti pubblici)</p> <p>Art. 29 (Regole applicabili alle comunicazioni)</p> <p>Art. 30 (Uso di procedure automatizzate nel ciclo di vita dei contratti pubblici)</p> <p>Art. 31 (Anagrafe degli operatori economici partecipanti agli appalti)</p>



Codice 50/2016 Norme che si applicano fino al 31 dicembre 2023	Codice 36/2023 Norme che si applicano dal 1° gennaio 2024
<p>Art. 53 (Accesso agli atti e riservatezza)</p> <p>Art. 58 (Procedure svolte attraverso piattaforme telematiche di negoziazione)</p> <p>Art. 74 (Disponibilità elettronica dei documenti di gara)</p> <p>Art. 81 (Documentazione di gara)</p> <p>Art. 85 (Documento di gara unico europeo)</p> <p>Art. 105 (Subappalto), comma 7 7. L'affidatario deposita il contratto di subappalto presso la stazione appaltante almeno venti giorni prima della data di effettivo inizio dell'esecuzione delle relative prestazioni. Al momento del deposito del contratto di subappalto presso la stazione appaltante l'affidatario trasmette altresì la dichiarazione del subappaltatore attestante l'assenza dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80 e il possesso dei requisiti speciali di cui agli articoli 83 e 84. La stazione appaltante verifica la dichiarazione di cui al secondo periodo del presente comma tramite la Banca dati nazionale di cui all'articolo 81.</p>	<p>Art. 35 (Accesso agli atti e riservatezza)</p> <p>Art. 36 (Norme procedurali e processuali in tema di accesso)</p> <p>Art. 37 (Programmazione dei lavori e degli acquisti di beni e servizi), comma 4 4. Il programma triennale e i relativi aggiornamenti annuali sono pubblicati sul sito istituzionale e nella Banca dati nazionale dei contratti pubblici.</p> <p>Art. 99 (Verifica del possesso dei requisiti)</p> <p>Art. 106 (Garanzie per la partecipazione alla procedura), comma 3, ultimo periodo 3. (...). La garanzia fideiussoria deve essere emessa e firmata digitalmente; essa deve essere altresì verificabile telematicamente presso l'emittente ovvero gestita mediante ricorso a piattaforme operanti con tecnologie basate su registri distribuiti ai sensi dell'articolo 8-ter, comma 1, del decreto-legge 14 dicembre 2018, n. 135, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 febbraio 2019, n. 12, conformi alle caratteristiche stabilite dall'AGID con il provvedimento di cui all'articolo 26, comma 1.</p> <p>Art. 115 (Controllo tecnico contabile e amministrativo), comma 5 5. Le piattaforme digitali di cui ai commi 1 e 3 garantiscono il collegamento con la Banca dati nazionale dei contratti pubblici di cui all'articolo 23, per l'invio delle informazioni richieste dall'ANAC ai sensi dell'articolo 222, comma 9.</p>



Codice 50/2016 Norme che si applicano fino al 31 dicembre 2023	Codice 36/2023 Norme che si applicano dal 1° gennaio 2024
<p>Art. 111 (Controllo tecnico, contabile e amministrativo), comma 2-bis 2-bis. Le metodologie e strumentazioni elettroniche di cui ai commi 1 e 2 del presente articolo garantiscono il collegamento con la Banca dati nazionale dei contratti pubblici di cui all'articolo 213, comma 8, per l'invio delle informazioni richieste dall'ANAC ai sensi del citato articolo 213, comma 9.</p> <p>Art. 213 (Autorità Nazionale Anticorruzione), commi 8, 9 e 10 8. Per le finalità di cui al comma 2, l'Autorità gestisce la Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici, nella quale confluiscono, oltre alle informazioni acquisite per competenza tramite i propri sistemi informatizzati, tutte le informazioni contenute nelle banche dati esistenti, anche a livello territoriale, onde garantire accessibilità unificata, trasparenza, pubblicità e tracciabilità delle procedure di gara e delle fasi a essa prodromiche e successive. Con proprio provvedimento, l'Autorità individua le modalità e i tempi entro i quali i titolari di suddette banche dati, previa stipula di protocolli di interoperabilità, garantiscono la confluenza dei dati medesimi nell'unica Banca dati accreditata, di cui la medesima autorità è titolare in via esclusiva. Per le opere pubbliche, l'Autorità, il Ministero dell'economia e delle finanze, il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, la Presidenza del Consiglio dei Ministri e le regioni e le province autonome quali gestori dei sistemi informatizzati di cui al comma 4 dell'articolo 29 concordano le modalità di rilevazione e interscambio delle informazioni nell'ambito della banca dati nazionale dei contratti pubblici, della Banca dati di cui all'articolo 13 della legge 31 dicembre 2009, n. 196, della banca dati di cui all'articolo 1, comma 5, della legge 17 maggio 1999, n. 144 e della banca dati di cui all'articolo 36 del decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla</p>	<p>Art. 119 (Subappalto), comma 5 5. L'affidatario trasmette il contratto di subappalto alla stazione appaltante almeno venti giorni prima della data di effettivo inizio dell'esecuzione delle relative prestazioni. Contestualmente trasmette la dichiarazione del subappaltatore attestante l'assenza delle cause di esclusione di cui al Capo II del Titolo IV della Parte V del presente Libro e il possesso dei requisiti di cui agli articoli 100 e 103. La stazione appaltante verifica la dichiarazione tramite la Banca dati nazionale di cui all'articolo 23. Il contratto di subappalto, corredato della documentazione tecnica, amministrativa e grafica direttamente derivata dagli atti del contratto affidato, indica puntualmente l'ambito operativo del subappalto sia in termini prestazionali che economici.</p> <p>Art. 224 (Disposizioni ulteriori), comma 6 6. All'articolo 95, comma 5, del codice della crisi di impresa e dell'insolvenza, di cui al decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14, le parole: «purché non rivesta la qualità di mandataria e» sono soppresse.</p>



Codice 50/2016 Norme che si applicano fino al 31 dicembre 2023	Codice 36/2023 Norme che si applicano dal 1° gennaio 2024
<p>legge 11 agosto 2014, n. 114, al fine di assicurare, ai sensi del decreto legislativo 29 dicembre 2011, n. 229, del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33 e del presente codice, il rispetto del principio di unicità dell'invio delle informazioni e la riduzione degli oneri amministrativi per i soggetti di cui all'articolo 1, comma 1, l'efficace monitoraggio dalla programmazione alla realizzazione delle opere e la tracciabilità dei relativi flussi finanziari o il raccordo degli adempimenti in termini di trasparenza preventiva.</p> <p>9. Per la gestione della banca dati di cui al comma 8, l'Autorità si avvale dell'Osservatorio dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, composto da una sezione centrale e da sezioni regionali aventi sede presso le regioni e le province autonome. L'Osservatorio opera mediante procedure informatiche, sulla base di apposite convenzioni, anche attraverso collegamento con i relativi sistemi in uso presso le sezioni regionali e presso altre Amministrazioni pubbliche e altri soggetti operanti nel settore dei contratti pubblici. L'Autorità stabilisce le modalità di funzionamento dell'Osservatorio nonché le informazioni obbligatorie, i termini e le forme di comunicazione che le stazioni appaltanti e gli enti aggiudicatori sono tenuti a trasmettere all'Osservatorio. Nei confronti del soggetto che ometta, senza giustificato motivo, di fornire informazioni richieste ovvero fornisce informazioni non veritiere, l'Autorità può irrogare la sanzione amministrativa pecuniaria di cui al comma 13. La sezione centrale dell'Osservatorio si avvale delle sezioni regionali competenti per territorio per l'acquisizione delle informazioni necessarie allo svolgimento dei compiti istituzionali, sulla base di appositi accordi con le regioni. La sezione centrale dell'Osservatorio provvede a monitorare l'applicazione dei criteri ambientali minimi di cui al decreto di cui all'articolo 34 comma 1 e il raggiungimento degli obietti-</p>	



Codice 50/2016 Norme che si applicano fino al 31 dicembre 2023	Codice 36/2023 Norme che si applicano dal 1° gennaio 2024
<p>vi prefissati dal Piano d'azione per la sostenibilità dei consumi nel settore della pubblica amministrazione.</p> <p>10. L'Autorità gestisce il Casellario Informatico dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, istituito presso l'Osservatorio, contenente tutte le notizie, le informazioni e i dati relativi agli operatori economici con riferimento alle iscrizioni previste dall'articolo 80. L'Autorità stabilisce le ulteriori informazioni che devono essere presenti nel casellario ritenute utili ai fini della tenuta dello stesso, della verifica dei gravi illeciti professionali di cui all'articolo 80, comma 5, lettera c), dell'attribuzione del rating di impresa di cui all'articolo 83, comma 10, o del conseguimento dell'attestazione di qualificazione di cui all'articolo 84. L'Autorità assicura, altresì, il collegamento del casellario con la banca dati di cui all'articolo 81.</p> <p>Art. 214 (Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e struttura tecnica di missione), comma 6</p> <p>6. Il Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro delle infrastrutture, sentiti i Ministri competenti nonché, per le infrastrutture di competenza dei soggetti aggiudicatori regionali, i presidenti delle regioni o province autonome interessate, abilita eventualmente i commissari straordinari ad adottare, con le modalità e i poteri di cui all'articolo 13 del decreto-legge 25 marzo 1997, n. 67, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 maggio 1997, n. 135, in sostituzione dei soggetti competenti, i provvedimenti e gli atti di qualsiasi natura necessari alla sollecita progettazione, istruttoria, affidamento e realizzazione delle infrastrutture e degli insediamenti produttivi.</p>	

1.5. Requisiti di qualificazione

Il comma 3 dell'art. 225 prevede un rinvio all'allegato II.4, rubricato "Qualificazione delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza", ai sensi dell'art. 62. Si tratta della posposizione di alcuni requisiti che avranno efficacia, con conseguente applicabilità, solo a far data dal 1° gennaio 2024. In particolare:

3. Il requisito di qualificazione di cui all'articolo 4, comma 1, lettera c) e all'articolo 6, comma 1, lettera c), dell'allegato II.4 è richiesto a decorrere dal 1° gennaio 2024.

ALLEGATO II.4

Qualificazione delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza

Parte II

REQUISITI DI QUALIFICAZIONE

Art. 4 (Requisiti per la qualificazione relativa alla progettazione e all'affidamento di lavori per le stazioni appaltanti)
comma 1, lett. c):

c) disponibilità di piattaforme di approvvigionamento digitale di cui agli articoli 25 e 26 del codice.

Art. 6 (Requisiti per la qualificazione relativa alla progettazione e all'affidamento di servizi e forniture per le stazioni appaltanti)
comma 1, lett. c):

c) disponibilità di piattaforme di approvvigionamento digitale di cui agli articoli 25 e 26 del codice.

Ulteriori commi dell'art. 225 che non richiedono particolari interpretazioni sono i seguenti:

4. In sede di prima applicazione dell'articolo 47 e fino all'attuazione delle disposizioni di cui all'allegato I.11, la composizione del Consiglio superiore dei lavori pubblici e le competenze delle sezioni restano quelle vigenti alla data di entrata in vigore del codice, ivi compreso quanto disposto dall'articolo 45 del decreto-legge 31 maggio 2021, n. 77, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 luglio 2021, n. 108.

5. Fino all'adozione del regolamento di cui all'articolo 13, comma 4, continua ad applicarsi il regolamento di cui al decreto del Ministro degli affari esteri e della cooperazione internazionale 2 novembre 2017, n. 192.

6. Fino all'adozione del regolamento di cui all'articolo 136, comma 4, continua ad applicarsi il regolamento recante la disciplina delle attività del Ministero della difesa in materia di lavori, servizi e forniture di cui al decreto del Presidente della Repubblica 15 novembre 2012, n. 236, in quanto compatibile con le disposizioni di cui all'allegato II.20.

7. Per le garanzie previste all'articolo 117, comma 12, nelle more dell'adozione del decreto ivi previsto, si applicano le disposizioni del decreto del Ministro dello sviluppo economico 19 gennaio 2018, n. 31.

1.6. Le norme applicabili al PNRR/PNC

Il comma 8 dell'art. 225 in commento, sotto riportato, è fondamentale visto che detta la disciplina ancora applicabile agli appalti del PNRR/PNC ed in particolare, quindi, il d.l. n. 77/2021 (convertito con legge n. 108/2021) e il d.l. n. 13/2023 (convertito con legge n. 41/2023). Quest'ultimo decreto con l'art. 14, comma 4, estende fino al 31 dicembre 2023 le fattispecie semplificate (ex art. 1, comma 2, lett. *a*) e *b*) del d.l. n. 76/2020).

Il decreto in parola, a differenza di quanto originariamente previsto negli schemi messi in circolazione, non viene abrogato con l'entrata in vigore del nuovo codice né con la sua efficacia. Ciò sta a significare la perdurante vigenza delle norme per il PNRR e non anche per gli appalti ordinari, per i quali l'applicazione andrà a scadenza naturale ovvero al 30 giugno 2023.

Osservazioni

N.B. La modifica voluta in fase di approvazione definitiva fa venire meno il c.d. effetto trascinamento, nel senso che la semplice pubblicazione della determinazione a contrarre entro il 30 giugno 2023 non consentirà l'applicazione delle procedure semplificate (ex d.l. n. 76/2020) nel caso in cui – ad esempio per le procedure negoziate o per gli affidamenti diretti con interpellato – le lettere di invito dovessero essere trasmesse dopo il 30 giugno 2023. In questo caso, infatti, si dovrà applicare il nuovo codice dei contratti al netto delle norme che avranno efficacia ed applicazione al 1° gennaio 2024.

8. In relazione alle procedure di affidamento e ai contratti riguardanti investimenti pubblici, anche suddivisi in lotti, finanziati in tutto o in parte con le risorse previste dal PNRR e dal PNC, nonché dai programmi cofinanzia-

ti dai fondi strutturali dell'Unione europea, ivi comprese le infrastrutture di supporto ad essi connesse, anche se non finanziate con dette risorse, si applicano, anche dopo il 1° luglio 2023, le disposizioni di cui al decreto-legge n. 77 del 2021, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 108 del 2021, al decreto legge 24 febbraio 2023, n. 13, nonché le specifiche disposizioni legislative finalizzate a semplificare e agevolare la realizzazione degli obiettivi stabiliti dal PNRR, dal PNC nonché dal Piano nazionale integrato per l'energia e il clima 2030 di cui al regolamento (UE) 2018/1999 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2018.

1.7. Gli stessi livelli di progettazione per le procedure in corso al 1° luglio 2023

Altra importante disposizione è quella contenuta nel comma 9 dell'art. 225, che estende l'efficacia dell'art. 23 ("Livelli della progettazione per gli appalti, per le concessioni di lavori nonché per i servizi") per le procedure di lavori che risultassero in corso al 1° luglio 2023. Per procedure in corso si intende – spiega la norma – il caso in cui sia stato formalizzato l'incarico per la progettazione prima dell'efficacia del codice (prima del 1° luglio 2023).

Se è stato incaricato il progettista solo per il primo livello – prima del 1° luglio – la stazione appaltante può scegliere l'affidamento congiunto esecutivo dei lavori sulla base del progetto di primo livello o della progettazione definitiva.

La norma, come detto, è fondamentale perché il nuovo codice cambia – limitandoli a due – i livelli di progettazione (eliminando il definitivo).

9. A decorrere dalla data in cui il codice acquista efficacia ai sensi dell'articolo 229, comma 2, le disposizioni di cui all'articolo 23 del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, **continuano ad applicarsi ai procedimenti in corso**. A tal fine, per procedimenti in corso si intendono le procedure per le quali è stato formalizzato l'incarico di progettazione alla data in cui il codice acquista efficacia. Nel caso in cui l'incarico di redazione del progetto di fattibilità tecnico economica sia stato formalizzato prima della data in cui il codice acquista efficacia, la stazione appaltante può procedere all'affidamento congiunto di progettazione ed esecuzione dei lavori sulla base del progetto di fattibilità tecnica ed economica oppure sulla base di un progetto definitivo redatto ai sensi dell'articolo 23 del codice dei contratti pubblici, di cui decreto legislativo n. 50 del 2016.

1.8. Infrastrutture strategiche

Il comma 10 dell'art. 225 si riferisce alle infrastrutture strategiche pregresse inserite in atti di programmazione già approvati. Per questi, il discrimine sull'impianto normativo applicabile è dato dal tempo di avvio della valutazione di impatto ambientale (di cui al d.lgs. n. 50/2016). In caso di avvenuto avvio disciplinato dal codice del 2016 (d.lgs. n. 50/2016), i progetti vengono approvati applicando la disciplina del d.lgs. n. 163/2006.

10. Per gli interventi ricompresi tra le infrastrutture strategiche di cui alla disciplina prevista dall'articolo 163 e seguenti del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, già inseriti negli strumenti di programmazione approvati e per i quali la procedura di valutazione di impatto ambientale sia già stata avviata alla data di entrata in vigore del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo n. 50 del 2016, **i relativi progetti sono approvati secondo la disciplina prevista dall'articolo 163 e seguenti del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo n. 163 del 2006.**

Il comma successivo (comma 11) completa la disposizione, riferendosi a situazioni in cui la VIA delle grandi opere sia stata avviata sotto l'egida del codice del 2016. In questo caso si applicano le norme di competenza vigenti nella fase di avvio delle procedure di valutazione ambientale. Così anche per le varianti.

11. Le procedure per la valutazione di impatto ambientale delle grandi opere avviate alla data di entrata in vigore del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo n. 50 del 2016, secondo la disciplina già prevista dagli articoli 182, 183, 184 e 185 del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo n. 163 del 2006, sono concluse in conformità alle disposizioni e alle attribuzioni di competenza vigenti all'epoca del predetto avvio. Le medesime procedure trovano applicazione anche per le varianti.

Per le dichiarazioni di pubblica utilità (e del vincolo per l'espropriazione), le eventuali proroghe sono approvate dal soggetto aggiudicatore (comma 12).

12. Le proroghe della dichiarazione di pubblica utilità e del vincolo preordinato all'esproprio in scadenza su progetti già approvati dal CIPESS in base al previgente codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture di cui al decreto legislativo n. 163 del 2006, sono approvate direttamente dal soggetto aggiudicatore. Il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti entro il 31 dicembre di ciascun anno rende una informativa al CIPESS in merito alle proroghe disposte nel corso dell'anno e ai termini in scadenza nell'anno successivo.

1.9. Consorzi

Una disposizione specifica (comma 13) riguarda i consorzi di cui all'art. 45, comma 2, lett. c) (ovvero i "consorzi stabili, costituiti anche in forma di società consortili ai sensi dell'articolo 2615-ter del codice civile, tra imprenditori individuali, anche artigiani, società commerciali, società cooperative di produzione e lavoro. I consorzi stabili sono formati da non meno di tre consorziati che, con decisione assunta dai rispettivi organi deliberativi, abbiano stabilito di operare in modo congiunto nel settore dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture per un periodo di tempo non inferiore a cinque anni, istituendo a tal fine una comune struttura di impresa"), ai fini della cui partecipazione alle competizioni ed alla esecuzione dei contratti si applicheranno – per la qualificazione – le disposizioni del d.lgs. n. 163/2006 (art. 36, comma 7) e del regolamento attuativo contenuto nel d.P.R. n. 207/2010 (artt. 81 e 94).

Il secondo periodo contiene l'interpretazione ufficiale del comma 2-bis dell'art. 47 del d.lgs. n. 50/2016 (ovvero: "2-bis. La sussistenza in capo ai consorzi stabili dei requisiti richiesti nel bando di gara per l'affidamento di servizi e forniture è valutata, a seguito della verifica della effettiva esistenza dei predetti requisiti in capo ai singoli consorziati. In caso di scioglimento del consorzio stabile per servizi e forniture, ai consorziati sono attribuiti pro-quota i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi maturati a favore del consorzio e non assegnati in esecuzione ai consorziati. Le quote di assegnazione sono proporzionali all'apporto reso dai singoli consorziati nell'esecuzione delle prestazioni nel quinquennio antecedente").

I requisiti vengono verificati in capo ai singoli consorziati anche non designati come esecutori.

13. Gli articoli 47, comma 1, 83, comma 2, e 216, comma 14, del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo n. 50 del 2016, si interpretano nel senso che, in via transitoria, relativamente ai consorzi di cui all'articolo

45, comma 1, lettera c), del medesimo codice, **ai fini della partecipazione alle gare e dell'esecuzione si applica il regime di qualificazione previsto dall'articolo 36, comma 7, del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture di cui al decreto legislativo n. 163 del 2006 e dagli articoli 81 e 94 del regolamento di esecuzione ed attuazione di cui al decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, n. 20.** L'articolo 47, comma 2-bis, del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo n. 50 del 2016, si interpreta nel senso che, **negli appalti di servizi e forniture**, la sussistenza in capo ai consorzi stabili dei requisiti richiesti nel bando di gara per l'affidamento di servizi e forniture è valutata a seguito della verifica della effettiva **esistenza dei predetti requisiti in capo ai singoli consorziati, anche se diversi da quelli designati in gara.**

Per l'adozione di regolamenti di contenuto identico agli allegati – se ciò avvenisse entro 90 giorni dal 1° luglio 2023, data di efficacia del nuovo codice – non è richiesto il parere del Consiglio di Stato e delle Commissioni del parlamento.

14. Qualora, entro novanta giorni dalla data in cui il codice acquista efficacia ai sensi dell'articolo 229, comma 2, siano emanati regolamenti governativi o adottati regolamenti ministeriali sostitutivi di allegati al codice, il cui contenuto sia identico a quello dell'allegato stesso, sugli schemi dei regolamenti non è acquisito il parere del Consiglio di Stato e delle Commissioni parlamentari.

Il comma 15 declina le disposizioni sull'approvazione dei regolamenti "attuativi".

15. Salvo quanto previsto dal comma 14, gli schemi dei regolamenti di cui agli articoli 17, comma 3, 40, comma 2, 41, commi 2 e 4, 45, comma 1, 47, comma 4, 54, comma 3, 61, comma 5, 70, comma 3, 71, comma 5, 84, comma 1, 89, comma 2, 100, comma 3, 105, comma 1, 106, comma 8, 114, comma 5, 120, comma 14, 135, comma 3, 182, comma 2 e 213, comma 15, sono trasmessi alle Camere ai fini dell'acquisizione dei pareri delle competenti Commissioni parlamentari che si esprimono entro trenta giorni, decorsi i quali i regolamenti possono essere comunque emanati o adottati.

1.10. Termina l'esperienza delle linee guida ANAC

L'efficacia del nuovo codice (1° luglio 2023), come già annotato, segna la fine dell'esperienza della prassi delle linee guida ANAC adottate in attuazione di disposizioni codicistiche (del d.lgs. n. 50/2016). Il passaggio, evidentemente, è fondamentale visto che si passa dalla c.d. *soft law* (rappresentata dai modelli virtuosi elaborati dall'Autorità anticorruzione che spesso hanno creato equivoci circa il carattere vincolante) ad un modello tradizionale determinato dalla previsione di autentiche disposizioni di legge, che elimina ogni dubbio per il RUP sul percorso da seguire in fase di predisposizione della propria istruttoria.

Sotto si riportano gli allegati (da notare che in fase di approvazione definitiva è stata soppressa la distinzione in Libri):

- Allegato I.1 - Definizioni dei soggetti, dei contratti, delle procedure e degli strumenti
- Allegato I.2 - Attività del RUP
- Allegato I.3 - Termini delle procedure di appalto e di concessione
- Allegato I.4 - Imposta di bollo relativa alla stipulazione del contratto
- Allegato I.5 - Elementi per la programmazione dei lavori e dei servizi. Schemi tipo
- Allegato I.6 - Dibattito pubblico obbligatorio
- Allegato I.7 - Contenuti minimi del quadro esigenziale, del documento di fattibilità delle alternative progettuali, del documento di indirizzo della progettazione, del progetto di fattibilità tecnica ed economica e del progetto esecutivo
- Allegato I.8 - Verifica preventiva dell'interesse archeologico
- Allegato I.9 - Metodi e strumenti di gestione informativa digitale delle costruzioni
- Allegato I.10 - Attività tecniche a carico degli stanziamenti previsti per le singole procedure
- Allegato I.11 - Disposizioni relative all'organizzazione, alle competenze, alle regole di funzionamento, nonché alle ulteriori attribuzioni del Consiglio superiore dei lavori pubblici
- Allegato I.12 - Opere di urbanizzazione a scomputo del contributo di costruzione
- Allegato I.13 - Determinazione dei parametri per la progettazione
- Allegato I.14 - Criteri di formazione ed aggiornamento dei prezzari regionali

- Allegato II.1 - Elenchi degli operatori economici e indagini di mercato per gli affidamenti di contratti di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea
- Allegato II.2 - Metodi di calcolo della soglia di anomalia per l'esclusione automatica delle offerte
- Allegato II.3 - Soggetti con disabilità o svantaggiati cui può essere riservata la partecipazione ad appalti
- Allegato II.4 - Qualificazione delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza
- Allegato II.5 - Specifiche tecniche ed etichettature
- Allegato II.6 - Informazioni in avvisi e bandi
- Allegato II.7 - Caratteristiche relative alla pubblicazione
- Allegato II.8 - Rapporti di prova, certificazioni delle qualità, mezzi di prova, registro on line dei certificati e costi del ciclo vita
- Allegato II.9 - Informazioni contenute negli inviti ai candidati
- Allegato II.10 - Violazioni gravi degli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o ei contributi previdenziali
- Allegato II.11 - Registri professionali o commerciali per operatori economici di altri Stati membri
- Allegato II.12 - Sistema di qualificazione e requisiti per gli esecutori di lavori. Requisiti per la partecipazione alle procedure di affidamento dei servizi di ingegneria e architettura
- Allegato II.13 - Certificazioni e marchi rilevanti ai fini della riduzione della garanzia
- Allegato II.14 - Direzione dei lavori e direzione dell'esecuzione dei contratti. Modalità di svolgimento delle attività della fase esecutiva. Collaudo e verifica di conformità
- Allegato II.15 - Criteri per la determinazione dei costi per gli accertamenti di laboratorio e le verifiche tecniche
- Allegato II.16 - Informazioni a livello europeo relative alla modifica di contratti in corso di esecuzione
- Allegato II.17 - Servizi sostitutivi di mensa
- Allegato II.18 - Qualificazione dei soggetti, progettazione e collaudo nel settore dei beni culturali
- Allegato II.19 - Servizi di ricerca e sviluppo
- Allegato II.20 - Appalti e procedure nei settori difesa e sicurezza
- Allegato IV.1 - Informazioni da inserire nei bandi di concessione di cui all'articolo 182
- Allegato V.1 - Compensi degli arbitri
- Allegato V.2 - Modalità di costituzione del Collegio consultivo tecnico
- Allegato V.3 - Modalità di formazione della Cabina di regia.

16. A decorrere dalla data in cui il codice acquista efficacia ai sensi dell'articolo 229, comma 2, in luogo dei regolamenti e delle linee guida dell'ANAC adottati in attuazione del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo n. 50 del 2016, **laddove non diversamente previsto dal presente codice, si applicano le corrispondenti disposizioni del presente codice e dei suoi allegati.**

2. La novità dei principi

2.1. I principi che riguardano la materia dei contratti pubblici

Il d.lgs. n. 50/2016 (nel prosieguo “codice 2016”) non contiene una parte dedicata ai principi generali che riguardano la materia dei contratti. Questa lacuna è stata colmata con il nuovo codice. Gli estensori, infatti, vi hanno dedicato la Parte I (“Dei principi”), del primo Libro (“Dei principi, della digitalizzazione, della programmazione, della progettazione”), Titolo I (“I principi generali”), che consta di ben 12 articoli (di cui l’art. 12 che contiene un rinvio esterno).

2.2. Il principio del risultato

Il nuovo codice si apre con il principio del risultato (art. 1, composto da 4 commi).

Il risultato, nel nuovo codice, è l’affidamento del contratto e la sua esecuzione. Ma in realtà non è solo questo, come emerge dalla stessa norma.

L’attività contrattuale, così come in generale è l’azione amministrativa, è anche forma. Ora, la questione centrale che sembra porre la norma è quella di una imposta esigenza, alle stazioni appaltanti, di calibrare la forma per assicurare il risultato che, come detto, non è solo il contratto e la sua esecuzione, visto che occorre giungervi “con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo, nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza”.

Non si può prescindere dalla forma (che non può mai essere un fine, come si dirà più avanti) quale strumento, ma non si può prescindere neppure da una responsabilità/compito specifico, cioè quello (del RUP) di adeguare lo strumento apprestato dal legislatore all’obiettivo (affidamen-

to ed esecuzione di un contratto che declini le condizioni tecnico-economiche migliori possibili).

Nell'ambito di questa sottolineatura – che possiamo evidenziare come ovvia, ma spesso tradita – si disegna, con il comma 2, il ruolo/funzione della “forma”.

La forma non perde valore, ma si prova a spiegare che deve essere funzionale, non un mero *arzigogolare* come potrebbe fare una “burocrazia difensiva” (sempre parole della relazione tecnica).

Perciò la concorrenza non deve essere considerata come un fine (la gara non può essere un fine) ma, casomai, strumento per raggiungere il risultato di assicurarsi la prestazione migliore possibile rispettando tutte le regole.

Il secondo comma dell'articolo in esame ricorda che la “concorrenza tra gli operatori economici è funzionale a conseguire il miglior risultato possibile nell'affidare ed eseguire i contratti” e che “la trasparenza è funzionale alla massima semplicità e celerità nella corretta applicazione delle regole del codice e ne assicura la piena verificabilità”.

La trasparenza allora è funzionale nel momento in cui, evidenziando *ciò che si fa*, consente ai soggetti esterni di poter rilevare/segnalare anomalie.

La regola concreta in quel frangente viene ad essere condivisa con ciò che ne consegue in termini di contributi esterni.

La concorrenza, pertanto, non può essere fine a se stessa e la trasparenza dovrebbe avere come effetto quello di rassicurare sulla correttezza della regola strutturata ed adeguata per raggiungere il risultato.

Il problema, però, è che la trasparenza impone spesso adempimenti doppi/tripli, comunque ripetuti.

Nella relazione, a proposito della concorrenza, si legge che “Il nesso tra «risultato» e «concorrenza», la seconda in funzione del primo, è già rafforzato dalla dizione del comma 1, dove si specifica che non si persegue «un risultato purché sia», ma un risultato «virtuoso», che accresca la qualità, diminuisca i costi, aumenti la produttività, ecc. Una diversa impostazione (secondo cui la P.A. non cura più l'interesse pubblico, perché il suo obiettivo diventa la gara) sarebbe, oltre che irragionevole, ancor più difficile da sostenere in un contesto economico-sociale che, nel quadro di un drammatico conflitto bellico, oggi richiede una nuova leva economica, da realizzare anche (e soprattutto) nel settore delle commesse pubbliche”.

Il risultato quindi costituisce – come si annota nel terzo comma – attuazione nell'attività contrattuale pubblica dei principi costituzionali “del buon andamento e dei correlati principi di efficienza, efficacia ed econo-

micità. Esso è perseguito nell'interesse della comunità e per il raggiungimento degli obiettivi dell'Unione europea”.

E il risultato, sempre nella relazione tecnica che accompagna il nuovo impianto normativo, “si inquadra nel contesto della legalità e della concorrenza: ma **tramite la sua codificazione si vuole ribadire che legalità e concorrenza da sole non bastano, perché l'obiettivo rimane la realizzazione delle opere pubbliche e la soddisfazione dell'interesse della collettività**. Questa «propensione» verso il risultato è caratteristica di ogni azione amministrativa, perché ogni potere amministrativo presuppone un interesse pubblico da realizzare”.

Il comma conclusivo (il quarto) chiude l'articolo ricordando, come detto sopra, che il principio del risultato guida (deve guidare) l'azione del RUP ed in particolare il momento in cui questo esercita il suo “potere discrezionale” per adattare e/o trovare la regola del caso che meglio si attaglia all'intervento da realizzare (al risultato da raggiungere).

Ma non solo, il principio deve essere applicato anche nel momento in cui si *valuta* il “personale che svolge funzioni amministrative o tecniche nelle fasi di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione dei contratti” e (addirittura) nell'attribuire “gli incentivi secondo le modalità previste dalla contrattazione collettiva”.

2.3. Il principio della fiducia

L'art. 2 (composto da 4 commi) declina l'innovativo principio della fiducia. Con il nuovo codice, come evidenziano gli estensori, si manifesta l'esigenza di ribaltare i rapporti che riguardano la P.A. con i consociati (e gli organi di controllo) per cui le azioni amministrative devono essere filtrate attraverso un principio di fiducia verso i funzionari e verso gli stessi operatori economici. Un concetto, il principio di fiducia, che dovrebbe favorire e valorizzare l'iniziativa e l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici, con particolare riferimento alle valutazioni e alle scelte per l'acquisizione e l'esecuzione delle prestazioni secondo il principio del risultato.

Il terzo comma inoltre puntualizza che “ai fini della responsabilità amministrativa costituisce colpa grave la violazione di norme di diritto e degli auto-vincoli amministrativi, nonché la palese violazione di regole di prudenza, perizia e diligenza e l'omissione delle cautele, verifiche ed informazioni preventive normalmente richieste nell'attività amministrativa, in quanto esigibili nei confronti dell'agente pubblico

in base alle specifiche competenze e in relazione al caso concreto. Non costituisce colpa grave la violazione o l'omissione determinata dal riferimento a indirizzi giurisprudenziali prevalenti o a pareri delle autorità competenti".

Il quarto comma, di chiusura dell'articolo, precisa che le stazioni appaltanti (e gli enti concedenti) sono tenuti ad adottare "azioni per la copertura assicurativa dei rischi per il personale, nonché per riqualificare le stazioni appaltanti e per rafforzare e dare valore alle capacità professionali dei dipendenti, compresi i piani di formazione" previsti nell'art. 15 del codice.

2.4. Il principio dell'accesso al mercato

L'art. 3 si riferisce al mercato, disponendo nel suo unico comma che le stazioni appaltanti favoriscono l'accesso al mercato "nel rispetto dei principi di concorrenza, di imparzialità, di non discriminazione, di pubblicità e trasparenza, di proporzionalità".

Si tratta di garantire, quindi, pari accesso agli operatori economici, ma secondo un criterio proporzionale, ovvero si richiede alle stazioni appaltanti/enti concedenti "di adottare, nell'esercizio del loro potere discrezionale, la soluzione più congrua che comporti il minor sacrificio possibile di tutti gli interessi, pubblici e privati, coinvolti. In particolare, il principio di proporzionalità nella fase di accesso al mercato obbliga le stazioni appaltanti e gli enti concedenti a predisporre la documentazione di gara in modo tale da permettere la maggiore partecipazione possibile tra gli operatori economici, soprattutto di piccole e media dimensione (v. Considerando 3 direttiva n. 24/2014/UE)".

Il principio, come anche quello di risultato, sembra ribadire che il RUP è tenuto, nel momento in cui avvia la propria istruttoria per predisporre la legge di gara, a valutare attentamente quale strumento tra quelli apprestati dal legislatore risulti maggiormente adeguato per giungere ad aggiudicazione in modo tempestivo. Il richiamo alla concorrenza, associato alla proporzionalità, deve essere letto anche nel senso che questa deve essere adeguata al tipo di appalto (ed all'importo) anche evitando, paradossalmente, un eccesso di concorrenza laddove ciò non sia necessario.

2.5. Principio di buona fede e di tutela dell'affidamento

Dopo aver ricordato nell'art. 4 ("Criterio interpretativo e applicativo") che le norme del codice si interpretano e si applicano alla luce dei principi di cui a questa prima parte del codice, l'art. 5 (che si compone di 4 commi) introduce il principio di buona fede e di tutela dell'affidamento.

Il comma 1, in linea con la giurisprudenza sia dell'Adunanza plenaria che delle Sezioni Unite, e con il modello generale stabilito dalla legge n. 241 del 1990 (art. 1, comma 2-*bis*), introduce una norma specifica sull'obbligo della reciproca correttezza (per P.A. e operatore economico) che soprattutto si giustifica nell'ambito delle procedure di evidenza pubblica, le quali hanno una chiara valenza pre-contrattuale.

Il comma 2 recepisce i principi sulla tutela dell'affidamento incolpevole (anche con riferimento al danno da provvedimento favorevole poi annullato) enunciati dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato con le sentenze n. 5 del 2018 e nn. 19 e 20 del 2021. In linea con tale giurisprudenza, il senso della norma è quello di evidenziare che l'affidamento rappresenta un limite al potere amministrativo che può venire in considerazione sia in materia di diritti soggettivi che di interessi legittimi ed inerire, pertanto, anche ai rapporti connotati da un collegamento con l'esercizio del potere.

Testualmente, la norma precisa che "nell'ambito del procedimento di gara, anche prima dell'aggiudicazione, sussiste un affidamento dell'operatore economico sul legittimo esercizio del potere e sulla conformità del comportamento amministrativo al principio di buona fede". Si tratta di un richiamo tutt'altro che banale, visto che rammenta al RUP (ed alla stazione appaltante in generale) che ogni azione ha delle conseguenze/effetti nei confronti del destinatario, che deve essere tutelato.

Il comma 3 disciplina le "condizioni" di risarcibilità del danno da provvedimento favorevole poi annullato. La norma, nell'escludere il carattere incolpevole dell'affidamento in caso di illegittimità agevolmente rilevabile in base alla diligenza professionale richiesta ai concorrenti, recepisce i principi espressi dall'Adunanza plenaria n. 20 del 2021, in attuazione di quanto previsto dall'art. 1, comma 1, della legge delega, che prevede l'adeguamento della disciplina vigente ai principi espressi dalla giurisprudenza.

La disposizione chiarisce che il danno risarcibile è quello correlato alle conseguenze negative che la scorrettezza della P.A. ha determinato sulle scelte contrattuali dell'operatore economico. Sul piano del *quantum*, il riferimento è quindi al c.d. interesse negativo, ossia secondo gli insegnamenti tradizionali della giurisprudenza in materia di responsabilità

precontrattuale, ai costi inutilmente sostenuti per partecipare alla gara e alla c.d. chance contrattuale alternativa. Tali danni devono essere effettivi e provati.

Il comma 4, riprendendo alcuni spunti già delineati dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato con la sentenza n. 2 del 2017 (in materia di ottemperanza per equivalente in caso di impossibilità di ottenere in forma specifica l'aggiudicazione di un appalto), fornisce il fondamento normativo all'azione di rivalsa da parte dell'amministrazione (condannata al risarcimento del danno a favore del terzo illegittimamente pretermesso nella procedura di gara) nei confronti dell'operatore economico che sia risultato aggiudicatario sulla base di una (sua) condotta illecita. La norma, oltre a coordinarsi con la coeva modifica dell'art. 124 c.p.a. (dove appunto si disciplina sotto il profilo processuale l'azione di rivalsa dell'amministrazione contro l'aggiudicatario originario), trova giustificazione anche in criteri di giustizia sostanziale, specie se si considera che in materia di appalti la responsabilità della P.A. è oggettiva e, talvolta, prescinde anche dall'originaria adozione di un provvedimento illegittimo.

2.6. I principi di solidarietà e di sussidiarietà orizzontale

L'art. 6 recepisce, nel suo unico comma, la sentenza n. 131 del 2020 della Corte costituzionale, che ha sancito la coesistenza di due modelli organizzativi alternativi per l'affidamento dei servizi sociali, l'uno fondato sulla concorrenza, l'altro sulla solidarietà e sulla sussidiarietà orizzontale. Il secondo tipo di affidamenti (diretti) riguarda in particolare i servizi sociali di interesse generale erogati dagli enti del Terzo settore (ETS) e non rappresenta una deroga, da interpretare restrittivamente, al modello generale basato sulla concorrenza, bensì uno schema a sua volta generale da coordinare con il primo.

Il fondamento costituzionale di un tale modello, come si legge nella relazione tecnica, si rinviene nell'art. 118, comma 4 Cost., in quanto esso costituisce attuazione del principio di sussidiarietà orizzontale coinvolgendo la società civile nello svolgimento di funzioni amministrative, e nell'art. 2 Cost., configurando altresì uno strumento di attuazione dei doveri di solidarietà sociale necessari a realizzare il principio personalista su cui si fonda la nostra Costituzione. Occorre pertanto consentire un bilanciamento tra concorrenza e sussidiarietà orizzontale, superando la tendenza ad assicurare la prevalenza assoluta della prima sugli altri valori parimenti protetti dalla Costituzione (cfr. Corte cost. n. 218/2021, che ha

dichiarato l'incostituzionalità dell'obbligo di esternalizzazione degli affidamenti gravante sui concessionari).

Il modello proposto intende apportare benefici alla collettività in termini di efficacia, efficienza e qualità dei servizi, promuovendo la capacità di intervento dei privati, spesso più rapida di quella delle amministrazioni.

A tal fine si prevede che gli enti affidatari dei servizi debbano essere scelti nel rispetto dei principi di non discriminazione, trasparenza ed effettività (e sempre in base al principio del risultato). In tal modo, si attribuisce portata generale a quanto già previsto dagli artt. 55 e 57 del codice del Terzo settore (d.lgs. n. 117 del 2017), chiarendo il rapporto di non conflittualità tra le norme considerate e il codice dei contratti pubblici.

Si supera così il parere n. 2052 del 20 agosto 2018 con cui il Consiglio di Stato aveva dubitato della compatibilità con il diritto eurounitario delle modalità di affidamento dei servizi sociali previste dal codice del Terzo settore, affermando che “in considerazione della primazia del diritto euro unitario la disciplina recata dal codice dei contratti pubblici prevale in ogni caso sulle differenti previsioni del codice del terzo settore, ove queste non possano in alcun modo essere interpretate in conformità al diritto eurounitario: troverà, in tali casi, applicazione il meccanismo della disapplicazione normativa, costituente un dovere sia per il giudice sia per le amministrazioni”. Il superamento del rapporto di conflittualità tra il codice del Terzo settore e il codice dei contratti pubblici è già stato messo in evidenza dal parere n. 802 del 3 maggio 2022 del Consiglio di Stato, secondo cui “La Sezione osserva che sia in sede legislativa che in sede di interpretazione giurisprudenziale emerge chiaramente una linea evolutiva della disciplina degli affidamenti dei servizi sociali che, rispetto a una fase iniziale di forte attrazione nel sistema della concorrenza e del mercato, sembra ormai chiaramente orientata nella direzione del riconoscimento di ampi spazi di sottrazione a quell'ambito di disciplina”.

La norma recepisce anche la normativa comunitaria (Considerando 28, 117 e 118 della direttiva 2014/24; art. 10, lett. *h*), della stessa direttiva, intitolato “Esclusioni specifiche per gli appalti di servizi”; art. 77 della direttiva citata, intitolato “Appalti riservati per determinati servizi”), e la recente giurisprudenza europea, secondo cui (si riporta stralcio della relazione tecnica):

“L'articolo 10, lettera *h*), della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, deve essere interpretato nel senso che esso non osta a una normativa nazionale che prevede che servizi di trasporto sanitario di urgenza ed emergenza possano essere attribuiti mediante convenzione, in via prioritaria, soltanto a organizzazioni di volontariato e non a cooperative sociali che possono distribuire

ai soci ristori correlati alle loro attività” (Corte di giustizia UE, sez. VIII, sent. 7 luglio 2022, cause riunite C 213/21 e C 214/21, Italy Emergenza Cooperativa Sociale contro Azienda sanitaria locale Barletta-Andria-Trani);

“L’articolo 10, lettera *h*), della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, deve essere interpretato nel senso che rientrano nella deroga da esso prevista all’applicazione delle norme di aggiudicazione degli appalti pubblici l’assistenza prestata a pazienti in situazione di emergenza in un veicolo di soccorso da parte di un paramedico/soccorritore sanitario, di cui al codice CPV [Common Procurement Vocabulary (vocabolario comune per gli appalti pubblici)] 75252000-7 (servizi di salvataggio), nonché il trasporto in ambulanza qualificato, comprendente, oltre al servizio di trasporto, l’assistenza prestata a pazienti in un’ambulanza da parte di un soccorritore sanitario coadiuvato da un aiuto soccorritore, di cui al codice CPV 85143000-3 (servizi di ambulanza), a condizione, con riferimento a detto trasporto in ambulanza qualificato, che esso sia effettivamente assicurato da personale debitamente formato in materia di pronto soccorso e che riguardi un paziente per il quale esiste un rischio di peggioramento dello stato di salute durante tale trasporto” (Corte di giustizia UE, sez. III, sent. 21 marzo 2019, in causa C-465/17, Falck Rettungsdienste GmbH, Falck A/S contro Stadt Solingen);

“1) Gli articoli 49 TFUE e 56 TFUE devono essere interpretati nel senso che non ostano a una normativa nazionale, come quella di cui al procedimento principale, che consente alle autorità locali di attribuire la fornitura di servizi di trasporto sanitario mediante affidamento diretto, in assenza di qualsiasi forma di pubblicità, ad associazioni di volontariato, purché il contesto normativo e convenzionale in cui si svolge l’attività delle associazioni in parola contribuisca effettivamente a una finalità sociale e al perseguimento degli obiettivi di solidarietà ed efficienza di bilancio. 2) Qualora uno Stato membro consenta alle autorità pubbliche di ricorrere direttamente ad associazioni di volontariato per lo svolgimento di determinati compiti, un’autorità pubblica che intenda stipulare convenzioni con associazioni siffatte non è tenuta, ai sensi del diritto dell’Unione, a una previa comparazione delle proposte di varie associazioni. 3) Qualora uno Stato membro, che consente alle autorità pubbliche di ricorrere direttamente ad associazioni di volontariato per lo svolgimento di determinati compiti, autorizzi dette associazioni a esercitare determinate attività commerciali, spetta a tale Stato membro fissare i limiti entro i quali le suddette attività possono essere svolte. Detti limiti devono tuttavia garantire che le menzionate attività commerciali siano marginali rispetto all’insieme delle attività di tali associazioni, e siano di sostegno al perseguimento dell’attività di volontariato di queste ultime” (Corte di giustizia UE, sez. V, sent. 28 gennaio 2016, in causa C-50/14, Consorzio Artigiano Servizio Taxi e Autonoleggio (CASTA) e altri contro Azienda sanitaria locale di Ciriè, Chivasso e Ivrea (ASL TO4), Regione Piemonte).

Già l'art. 17 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, intitolato "Esclusioni specifiche per contratti di appalto e concessione di servizi", al comma 1 stabilisce: "Le disposizioni del presente codice non si applicano agli appalti e alle concessioni di servizi: ... *h*) concernenti servizi di difesa civile, di protezione civile e di prevenzione contro i pericoli forniti da organizzazioni e associazioni senza scopo di lucro identificati con i codici CPV 75250000-3, 75251000-0, 75251100-1, 75251110-4, 75251120-7, 75252000-7, 75222000-8, 98113100-9 e 85143000-3 ad eccezione dei servizi di trasporto dei pazienti in ambulanza ...".

In merito alla nozione di enti del Terzo settore, l'art. 4 del d.lgs. n. 117 del 2017 definisce questi ultimi come "le organizzazioni di volontariato, le associazioni di promozione sociale, gli enti filantropici, le imprese sociali, incluse le cooperative sociali, le reti associative, le società di mutuo soccorso, le associazioni, riconosciute o non riconosciute, le fondazioni e gli altri enti di carattere privato diversi dalle società costituiti per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale mediante lo svolgimento, in via esclusiva o principale, di una o più attività di interesse generale in forma di azione volontaria o di erogazione gratuita di denaro, beni o servizi, o di mutualità o di produzione o scambio di beni o servizi, ed iscritti nel registro unico nazionale del Terzo settore".

Anche la Corte di giustizia (Corte di giustizia UE, sez.VIII, sent. 7 luglio 2022, cause riunite C 213/21 e C 214/21, Italy Emergenza Cooperativa Sociale contro Azienda sanitaria locale Barletta-Andria-Trani) sopra citata ha precisato che la nozione di organizzazioni o di associazioni "senza scopo di lucro" che possono beneficiare di affidamenti diretti, ai sensi dell'art. 10, lett. *h*), della direttiva 2014/24, deve essere strettamente circoscritta alle organizzazioni e alle associazioni che non perseguono alcun fine di lucro e che non possono procurare alcun utile, neppure indiretto, ai loro membri, non rientrando pertanto in siffatta nozione le cooperative sociali che, distribuendo utili ai soci, non possono definirsi "senza scopo di lucro".

Deve in particolare trattarsi di organizzazioni o associazioni che abbiano l'obiettivo di svolgere funzioni sociali, che non abbiano finalità commerciali e che reinvestano eventuali utili al fine di raggiungere i loro obiettivi (Corte di giustizia UE, sent. 21 marzo 2019, causa C-465/17, punto 59).

Il modello in questione è coerente, infine, con il modulo del partenariato pubblico-pubblico di cui all'art. 5, comma 6 del codice del 2016, che sarà sostituito dall'art. 6 del nuovo codice, fondato sulla collaborazione tra amministrazioni per la realizzazione di attività di interesse comune in mancan-

za di un rapporto sinallagmatico che preveda uno scambio di prestazioni. La co-amministrazione pubblico-privato proposta non si basa infatti sulla corresponsione di prezzi e corrispettivi dalla parte pubblica a quella privata, ma sulla convergenza di obiettivi e sull'aggregazione di risorse pubbliche e private per la programmazione e la progettazione, in comune, di servizi e interventi diretti a elevare i livelli di cittadinanza attiva, di coesione e protezione sociale, secondo una sfera relazionale che si colloca al di là del mero scambio utilitaristico (secondo le indicazioni della Corte costituzionale, sent. n. 131/2020).

2.7. Il principio di auto-organizzazione amministrativa

L'art. 7 (composto da 4 commi) recepisce il principio di auto-organizzazione amministrativa, sancito anche nell'art. 2 della direttiva 2014/23/UE, in base al quale le pubbliche amministrazioni scelgono autonomamente di organizzare l'esecuzione di lavori o la prestazione di beni e servizi attraverso il ricorso a tre modelli fra loro alternativi: *a)* auto-produzione; *b)* esternalizzazione; *c)* cooperazione con altre pubbliche amministrazioni.

La codificazione del principio in esame, si legge nella relazione tecnica, determina un maggiore allineamento del diritto nazionale all'ordinamento dell'Unione, che pone l'autoproduzione e l'esternalizzazione su un piano di tendenziale parità, così superando l'opzione fortemente restrittiva del d.lgs. n. 50/2016, sulla quale si erano appuntati i dubbi di compatibilità comunitaria di cui all'ordinanza n. 138 del 7 gennaio 2019 della quinta sezione del Consiglio di Stato, poi risolti, in senso negativo, da Corte di giustizia, ord. 6 febbraio 2020, in cause riunite da C89/19 a C91/19, Rieco s.p.a.

La disposizione si ricollega ai principi della fiducia e del risultato, che orienta la scelta dell'amministrazione anche nella scelta tra mercato e autoproduzione, così recuperando, in coerenza anche con alcune indicazioni che provengono dalla giurisprudenza costituzionale (cfr. sent. n. 131/2020), la c.d. "amministrazione del fare".

Gli estensori sottolineano che in base alla normativa introdotta, la parità tra ricorso al mercato e auto-produzione è solo tendenziale in quanto la scelta per l'affidamento *in house* deve essere sempre motivata (a differenza di quanto accade per il ricorso al mercato, che non richiede specifica motivazione). In coerenza con il principio della fiducia di cui all'art. 2, si è però semplificata la motivazione attraverso la previsione secondo cui, in caso di prestazioni strumentali, l'affidamento *in house* si intende sufficientemente motivato qualora l'amministrazione dia conto dei vantaggi in termini di economicità, celerità e perseguimento degli in-

teressi strategici. In via generale, viene escluso l'obbligo di dimostrare la situazione di "fallimento del mercato" e di esporre le ragioni che giustificano il ricorso all'istituto, mentre rimane la valutazione della congruità economica dell'offerta.

Con il comma 1 si delimita il campo di applicazione del principio di auto-organizzazione e si fa riferimento non solo ai lavori e ai servizi, ma anche ai beni, in modo da coprire l'intero panorama dei contratti pubblici e superare alcuni dubbi interpretativi suscitati dalla limitazione ai soli servizi della formulazione dell'art. 192, comma 2, del d.lgs. n. 50 del 2016.

Il comma 2 disciplina la motivazione per il ricorso all'*in house*, chiarendo, al primo periodo, che il ricorso a tale modello gestionale è accomunato all'affidamento mediante il ricorso al mercato dall'applicazione dei medesimi principi indicati agli artt. 1, 2 e 3 (principio del risultato, principio della fiducia, principio dell'accesso al mercato).

Il secondo e terzo periodo del comma 2 prevedono rispettivamente:

- una semplificazione della motivazione rispetto all'art. 192, comma 2, del codice del 2016, tenuto conto che il principio di libera amministrazione determina il superamento dell'onere di motivazione rafforzata, fondato sulla natura eccezionale e derogatoria dell'*in house*;
 - una motivazione ancorata più a ragioni economiche e sociali (le ricadute positive sul piano sociale rientrano tra le esternalità da valutare ai fini della scelta del modello gestionale) che a ragioni giuridico-formali.
- Più nel dettaglio, sono previsti due livelli di complessità della motivazione, a seconda dell'oggetto del contratto:

- i) per i servizi all'utenza è necessario che vengano evidenziati i vantaggi per la collettività sotto il profilo della qualità e universalità del servizio, oltre che del risparmio di tempo e del razionale impiego (in un'ottica non solo di minore spesa ma di spesa efficiente) delle risorse. Si tratta di obiettivi che devono comunque essere perseguiti qualunque sia la forma di gestione prescelta (art. 2 direttiva 2014/23). Analogo modello è previsto anche tra i criteri di delega della legge sulla concorrenza 5 agosto 2022, n. 118 (art. 8, comma 2, lett g));
- ii) per i servizi strumentali alla pubblica amministrazione è sufficiente una motivazione più snella con riferimento alla riduzione di tempi e costi sulla base di parametri predeterminati e oggettivi di raffronto, sul modello dell'art. 10 d.l. 31 maggio 2021, n. 77, relativo alle convenzioni aventi ad oggetto il supporto tecnico operativo delle società *in house*. Ai fini della legittimità dell'affidamento *in house* occorrerà, quindi, una motivazione incentrata prevalentemente su ragioni di convenienza economica, anche con riferimento a parametri oggettivi e predeterminati di rapporto qualità/prezzo. Più nello specifico, in linea con

quanto previsto dal d.l. n. 77 del 2021, si è fatto riferimento agli standard della società Consip s.p.a. Si ricorda, a tal proposito, che Consip è una società per azioni, partecipata al 100% dal Ministero dell'economia e delle finanze, che opera – secondo gli indirizzi strategici definiti dall'azionista – al servizio esclusivo della pubblica amministrazione, intervenendo con strumenti e metodologie per la digitalizzazione degli acquisti pubblici.

Essa trova il suo fondamento normativo, anche nella funzione di benchmark svolta dalle convenzioni quadro dalla stessa stipulate, nell'art. 29 della legge 23 dicembre 1999, n. 488.

Accanto agli standard Consip sono indicati altri parametri a cui è possibile fare riferimento tenuto conto della tipologia di prestazione e, in mancanza, agli standard di mercato: si tratta di parametri accomunati dalla predeterminazione e dell'oggettività.

Il comma 3 contiene un coordinamento con il decreto legislativo attuativo della delega di cui all'art. 8 della legge 5 agosto 2022, n. 118, cui è demandata la disciplina dell'affidamento *in house* dei servizi di interesse economico generale di livello locale.

Il comma 4 chiarisce i casi in cui la cooperazione tra stazioni appaltanti o enti concedenti volta al perseguimento di obiettivi di interesse comune “non rientra nell'ambito di applicazione del codice”, cioè “quando concorrono tutte le seguenti condizioni:

- a) interviene esclusivamente tra due o più stazioni appaltanti o enti concedenti, anche con competenze diverse;
- b) garantisce la effettiva partecipazione di tutte le parti allo svolgimento di compiti funzionali all'attività di interesse comune, in un'ottica esclusivamente collaborativa e senza alcun rapporto sinallagmatico tra prestazioni;
- c) determina una convergenza sinergica su attività di interesse comune, pur nella eventuale diversità del fine perseguito da ciascuna amministrazione, purché l'accordo non tenda a realizzare la missione istituzionale di una sola delle amministrazioni aderenti;
- d) le stazioni appaltanti o gli enti concedenti partecipanti svolgono sul mercato aperto meno del 20 per cento delle attività interessate dalla cooperazione”.

2.8. Il principio dell'autonomia contrattuale

Il comma 1 dell'art. 8 (rubricato “Principio di autonomia contrattuale. Divieto di prestazioni d'opera intellettuale a titolo gratuito” e composto da

3 commi) sancisce il principio di autonomia contrattuale, recependo una costante giurisprudenza (cfr. Cass., Sez. Un., 12 maggio 2008, n. 11656), che riconosce alla pubblica amministrazione una generale capacità negoziale, salvo i divieti previsti dalla legge. È ormai pacifico, infatti, che il principio di tipicità dei provvedimenti amministrativi non si estende ai contratti, per i quali vige l'opposto principio di atipicità (art. 1322 c.c.).

Si ribadisce, in tal modo, il principio di tassatività della limitazione della capacità negoziale, richiedendosi una esplicita previsione di legge (come, ad esempio, quella contenuta, per la conclusione del contratto di società, nell'art. 4, comma 1, d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, che fa divieto di "costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali" o in materia di contratti derivati stipulati da regioni ed enti locali ai sensi dell'art. 62 del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, così come modificato dall'art. 1, comma 572, della legge 27 dicembre 2013, n. 147).

Accanto all'affermazione della più totale autonomia (salvo espressi divieti di legge) si sottolinea che le amministrazioni "possono concludere qualsiasi contratto, anche gratuito, salvi i divieti espressamente previsti dal codice e da altre disposizioni di legge".

Il comma 2 dà attuazione al criterio direttivo della lettera l) (della legge delega) "divieto di prestazione gratuita dell'attività professionale, salvo che in casi eccezionali e previa motivazione". Il divieto è stato inteso in senso letterale e, quindi, riferito solo alle "prestazioni d'opera intellettuale" di cui agli artt. 2229 e seguenti del codice civile, per le quali deve operare la regola dell'equo compenso ai sensi dell'art. 2233 c.c. Per il resto si ribadisce, invece, la generale ammissibilità dei contratti gratuiti con la P.A. che non abbiano ad oggetto prestazioni intellettuali. Una generalizzata esclusione del contratto gratuito, specie se economicamente interessato, sarebbe, del resto, di dubbia compatibilità costituzionale e di dichiarata incompatibilità col diritto dell'Unione (vedi sent. Corte di giustizia UE 10 settembre 2020, n. 367, che ha affermato che sono contratti a titolo oneroso ai sensi della disciplina degli appalti europei, anche quelli privi di corrispettivo di carattere puramente finanziario).

Come anche emerge dai dossier collegati al nuovo impianto normativo, si precisa che con riferimento agli avvocati già esiste una disposizione che garantisce l'equo compenso. Si tratta dell'art. 13-bis della legge 31 dicembre 2012, n. 247, introdotto dall'art. 19-*quaterdecies* del d.l. 16 ottobre 2017, n. 148, che così dispone: "3. La pubblica amministrazione, in attuazione dei principi di trasparenza, buon andamento ed efficacia delle proprie attività, garantisce il principio dell'equo compenso in relazione

alle prestazioni rese dai professionisti in esecuzione di incarichi conferiti dopo la data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto”.

La norma era stata interpretata in maniera restrittiva da una parte della giurisprudenza amministrativa (cfr., in particolare, Cons. Stato, sez. IV, n. 7442/2021), secondo cui “la normativa sull’equo compenso sta a significare soltanto che, laddove il compenso sia previsto, lo stesso debba necessariamente essere equo, mentre non può ricavarsi dalla disposizione l’ulteriore (e assai diverso corollario) che lo stesso debba essere sempre previsto (a meno di non sostenere, anche in questo caso, che non vi possa essere alcuno spazio per la prestazione di attività gratuite o liberali da parte dei liberi professionisti) La disposizione non esclude il (e nemmeno implica la rinuncia al) potere di disposizione dell’interessato, che resta libero di rinunciare al compenso – qualunque esso sia, anche indipendentemente dalla equità dello stesso – allo scopo di perseguire od ottenere vantaggi indiretti (come nel caso che ci occupa) o addirittura senza vantaggio alcuno, nemmeno indiretto, come tipicamente accade nelle prestazioni liberali (donazioni o liberalità indirette).”

La legge delega ora impone il superamento di questo orientamento, perché prevede che il compenso deve esserci e (in base alla citata disposizione del 2017 e, più in generale, dell’art. 2223 c.c.) dovrà essere equo.

Il comma 3 introduce, in maniera innovativa, una disciplina relativa alle donazioni, cioè i contratti animati da spirito di liberalità e privi di interesse economico, anche indiretto, da parte del donante. Vengono, in tal modo, regolamentati gli atti di mecenatismo che incrementano il patrimonio del soggetto pubblico. L’assenza di qualunque interesse economico determina una netta demarcazione rispetto ai contratti a titolo gratuito (es. sponsorizzazioni) disciplinati all’art. 13, commi 2 e 5, del codice (il quale rinvia, per le definizioni, all’allegato I.1) e giustifica l’esenzione dall’obbligo di gara per la selezione del contraente, che sarebbe, del resto, incompatibile con la natura liberale dell’atto.

In armonia con il principio di autonomia contrattuale di cui al comma 1, la disposizione chiarisce che l’amministrazione, come tutti i soggetti del diritto (salvo incapacità giuridiche speciali) ha la capacità giuridica di ricevere per atto di liberalità. L’unica condizione aggiuntiva, rispetto agli altri soggetti del diritto, per l’accettazione è la previa valutazione che l’acquisizione del bene o della prestazione sia conforme all’interesse pubblico perseguito o, comunque, all’interesse della collettività. La precisazione è volta a richiamare l’attenzione del donatario/ricevente sugli effetti negoziali dell’atto che deve tradursi in un effettivo arricchimento della sfera patrimoniale o non patrimoniale (artistica, culturale, ecc.) di

quest'ultimo ed è volta ad escludere donazioni o atti di liberalità posti in essere dal donante/disponente al solo scopo di liberarsi da oneri di manutenzione di beni immobili privi di qualunque utilità o valore, traslandoli sul donatario. Nel caso di donazioni non è richiesta alcuna procedura di selezione del contraente, attesa l'assenza di qualunque interesse economico. L'ultimo periodo del comma 3 precisa che la natura pubblica del donatario non sottrae gli atti in questione alla disciplina del codice civile in materia di donazione, ivi compresa la revocazione (l'unica ipotesi di revocazione compatibile con la natura del donatario è quella per sopravvenienza di figli di cui all'art. 803 c.c.) e l'azione di riduzione dei legittimari.

2.9. Gli obblighi di conservazione dell'equilibrio contrattuale

La disposizione, di cui all'art. 9 (rubricato "Principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale" e composto da 5 commi), introduce una significativa innovazione che trova ancoraggio nelle finalità sottese a vari principi e criteri della legge delega (il riferimento è, in particolare, all'art. 1, comma 2, lett. *a*), *g*), *m*), *ll*)) ed attraverso la quale si è inteso codificare una disciplina generale da applicare per la gestione delle sopravvenienze straordinarie e imprevedibili considerate dalla disposizione, tali da determinare una sostanziale alternazione nell'equilibrio contrattuale, con effetti resi di recente drammaticamente evidenti dalla congiuntura economica e sociale segnata dalla pandemia e dal conflitto in Ucraina.

L'articolo, pertanto, mira a disciplinare le sopravvenienze che possono verificarsi nel corso dell'esecuzione del contratto, alterandone l'equilibrio originario o facendo venir meno, in parte o temporaneamente, l'interesse del creditore alla prestazione. Viene, in tal modo, introdotto un rimedio manutentivo del contratto, maggiormente conforme all'interesse dei contraenti – e dell'amministrazione in particolare – in considerazione dell'inadeguatezza della tutela meramente demolitoria apprestata dall'art. 1467 c.c.

Il comma 1 della disposizione introduce un generale rimedio di natura legale per la gestione delle sopravvenienze perturbative dell'equilibrio originario delle prestazioni contrattuali, definendo le sopravvenienze rilevanti ai fini dell'applicazione della norma ed il diritto alla rinegoziazione della parte svantaggiata al quale, dunque, corrisponde un obbligo della controparte.

Per quanto attiene al primo aspetto, coerentemente con la portata generale della previsione, la disposizione reca riferimento ad eventi che integrano determinati requisiti:

- deve trattarsi di eventi straordinari e imprevedibili;

- i rischi concretizzati da tali eventi non devono essere stati volontariamente assunti dalla parte pregiudicata dagli stessi;
- tali eventi devono determinare una alterazione rilevante dell'originario equilibrio del contratto e non devono essere riconducibili alla normale alea, alla ordinaria fluttuazione economica e al rischio di mercato.

La disposizione identifica le sopravvenienze da cui sorge il diritto alla rinegoziazione, precisando che, oltre che sopravvenute e imprevedibili, si deve trattare di situazioni/circostanze estranee anche al normale ciclo economico, integrando, si legge nella relazione tecnica, “uno shock esogeno eccezionale e imprevedibile”.

Siamo in presenza, pertanto, di una disposizione che deve essere interpretata restrittivamente esigendo un rilevante squilibrio tra le prestazioni, da valutarsi alla luce delle concrete circostanze e dello specifico contenuto negoziale.

È necessario, poi, che tali rischi non siano stati volontariamente assunti dalla parte.

Solo nel caso di ricorso di tutti i requisiti indicati nel primo comma della disposizione viene riconosciuto alla parte svantaggiata, sulla quale grava, conformemente alle regole generali, l'onere di fornire i relativi elementi a comprova, il diritto alla rinegoziazione.

Nel richiedere la rinegoziazione la parte svantaggiata deve conformarsi al generale principio di buona fede, con un contegno che dovrà essere riguardato anche nella considerazione della particolare qualificazione dei soggetti interessati, sia che si tratti degli operatori economici sia che si tratti della parte pubblica.

Il secondo e ultimo capoverso del comma 1 considera la copertura finanziaria degli oneri discendenti dall'obbligo di rinegoziazione: la norma chiarisce che la rinegoziazione non altera il finanziamento complessivo dell'opera, perché è ammessa nei limiti dello stanziamento di bilancio originario. La disposizione, pertanto, è in linea con la clausola di invarianza finanziaria contenuta nella legge delega, in quanto il reperimento delle risorse avviene nell'ambito del quadro economico e, dunque, nei limiti degli stanziamenti previsti dalla legislazione vigente. L'aspetto più delicato è quello del ricorso anche alle “economie da ribasso d'asta”: a tal proposito si precisa che, in realtà, tali economie non si possono considerare definitivamente acquisite fino al collaudo dell'intervento o al certificato di regolare esecuzione; a vederla diversamente, il rischio di sopravvenienza di “circostanze straordinarie e imprevedibili” comporterebbe rischi ancora peggiori per il bilancio pubblico: la mancata esecuzione del contratto e la perdita dei fondi già spesi.

Il comma 2 evidenzia che la norma ha l'esclusiva finalità di ripristinare l'originario equilibrio del contratto, avuto riguardo al complesso degli atti alla base della costituzione del rapporto e con considerazione, quindi, anche del bando e del provvedimento di aggiudicazione.

La finalità è, dunque, quella di circoscrivere la libertà dei contraenti: l'accordo di rinegoziazione non solo deve avere ad oggetto il mero ripristino dell'equilibrio contrattuale originario, ma deve essere precipuamente volto a non alterarne la sostanza economica, in modo da evitare un'elusione delle regole della procedura ad evidenza pubblica.

Il comma 3 disciplina la specifica ipotesi in cui le sopravvenienze di cui al comma 1 incidano non sul generale equilibrio del contratto, ma sull'utilità o utilizzabilità della prestazione per la parte creditrice, come accaduto nella fase pandemica che ha determinato l'inutilizzabilità per un lungo periodo dei locali commerciali oggetto di locazione, rendendo sostanzialmente inutile la prestazione resa dal locatore.

In tal caso la sopravvenienza rende la prestazione inidonea a soddisfare l'interesse del creditore ex art. 1174 c.c. e legittima una proporzionale riduzione del prezzo secondo le regole dell'impossibilità sopravvenuta parziale del contratto ai sensi dell'art. 1464 c.c. Anche in tale ipotesi, gli estensori hanno privilegiato il rimedio manutentivo su quello demolitorio.

Il comma 4 della disposizione incentiva la gestione negoziale delle sopravvenienze attraverso la previsione delle clausole di rinegoziazione, soprattutto laddove la durata del contratto o altre circostanze, quali il contesto economico, lo rendano opportuno.

Più nel dettaglio, il comma precisa che "Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti favoriscono l'inserimento nel contratto di clausole di rinegoziazione, dandone pubblicità nel bando o nell'avviso di indizione della gara, specie quando il contratto risulta particolarmente esposto per la sua durata, per il contesto economico di riferimento o per altre circostanze, al rischio delle interferenze da sopravvenienze". La disposizione, quindi, non pone un preciso obbligo alle amministrazioni con conseguente responsabilità del RUP di valutare attentamente le circostanze che esigano – in rispetto del principio di buona fede – l'inserimento di clausole di adeguamento.

Il comma 5 dispone che "In applicazione del principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale si applicano le disposizioni di cui agli articoli 60 e 120". Si richiamano, pertanto, le disposizioni in tema di revisione dei prezzi (art. 60) e di modifica del contratto (art. 120).

2.10. I principi di tassatività delle cause di esclusione e di massima partecipazione

L'art. 10 (composto da 3 commi in tema di tassatività delle cause di esclusione e massima partecipazione) esplicita i principi di delega di cui all'art. 1, comma 2, lett. *a*) e *n*) e, in conformità alle finalità perseguite, fissa principi di valenza generale che recepiscono gli orientamenti espressi dalla giurisprudenza.

La norma si pone in linea con altre codificazioni europee.

Si legge nella relazione tecnica che, quanto alle cause di esclusione, di cui all'art. 57 della direttiva n. 24, il riferimento è, in particolare, al “Code de la commande publique”, da ultimo aggiornato nel maggio scorso, che prevede nella “Partie législative - Titre Préliminaire” una previsione sostanzialmente equivalente al comma 1, per poi distinguere le cause di esclusione in due categorie: le “Exclusions de plein droit” e le “Exclusions à l'appréciation de l'acheteur”.

A venire in rilievo è una distinzione emergente anche dal codice del 2016, che la norma in esame mira ad evidenziare con maggiore chiarezza ed immediatezza.

Il comma 2 cristallizza il principio della tassatività delle cause di esclusione, con un duplice risvolto.

Da un lato, indica la preferenza per riordinare e codificare, allo stato, in questo testo legislativo tutti motivi di esclusione, in coerenza con i principi di qualità della regolazione e coerenza sistematica. Dalla relazione tecnica emerge come vi sia la piena consapevolezza della assenza, nel nostro ordinamento, della figura della *loi organique* francese, per cui non si può vietare che il legislatore in futuro possa giustapporre in ogni momento norme speciali e asistematiche alla disciplina codicistica, ma trattandosi di un principio fondamentale del codice si è voluto comunque invitare a questo sforzo sistematico in via programmatica.

Dall'altro lato, il comma comporta – in questo caso con valenza precettiva e non programmatica – il divieto di introdurre cause di esclusione con fonte regolamentare o con la *lex specialis* del bando di gara.

In tale comma è stato inserito, accanto al principio di tassatività, quello di eterointegrazione dei bandi e delle lettere di invito, alla luce delle riflessioni emerse nell'elaborazione giurisprudenziale. Si tratta di un principio correlato con quello di tassatività. Come da costanti approdi giurisprudenziali, quindi, nel caso di un precetto previsto da una norma imperativa che impone un determinato onere ai partecipanti alla gara, la sua violazione non può che determinare l'esclusione, anche laddove il bando di gara abbia ommesso di menzionare la necessità di produrre dichiarazioni o allegazioni

“a pena di esclusione”. È necessario, infatti, che i requisiti indicati e previsti dalle norme imperative siano osservati dal concorrente a prescindere da una espressa previsione contenuta nel bando di gara, poiché essi hanno la funzione fondamentale di soddisfare l’interesse pubblico a che le prestazioni siano rese da soggetti adeguatamente qualificati.

Chiudono il comma le previsioni a presidio del principio della tassatività delle cause di esclusione, imponendosi la nullità delle “clausole ulteriori” di esclusione che si pongano in contrasto con le cause previste dalla legge e con il connesso divieto per le stazioni appaltanti di introdurre cause di esclusione ulteriori. Al riguardo, recependo l’orientamento espresso dall’Adunanza plenaria (cfr. n. 22 del 2020), viene specificato che le clausole nulle “si considerano non apposte”, in tal modo chiarendo che trattasi di una nullità parziale limitata alla clausola e che non si estende all’intero atto.

Il comma 3, invece, coordina i criteri di selezione di cui all’art. 58 della direttiva 24, che determinano l’esclusione dalla gara per mancanza di capacità. Si considerano, in questo caso, i criteri di selezione che le stazioni appaltanti sono legittimate ad introdurre, limitatamente ai requisiti speciali di carattere economico-finanziario e tecnico-professionale, alle condizioni indicate.

La previsione ricalca quanto attualmente previsto dall’art. 83, comma 2 del d.lgs. n. 80 del 2016, distinguendo tra i requisiti di abilitazione all’esercizio dell’attività professionale, laddove necessari, e i requisiti speciali di carattere economico-finanziario e tecnico-professionale. Si introduce, altresì, un *favor* per l’accesso al mercato e per la possibilità di crescita delle PMI, compatibilmente con l’oggetto del contratto e con l’esigenza di realizzare economie di scala funzionali alla riduzione della spesa pubblica.

2.11. L’applicazione dei contratti collettivi nazionali di settore. Inadempienze contributive e ritardo nei pagamenti

L’art. 11 (che si compone di 6 commi) intende dare attuazione e valorizzare la previsione posta dall’art. 1, comma 2, lett. *h*), n. 2, della legge delega (“garantire l’applicazione dei contratti collettivi nazionale 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 di lavoro 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”), che anche sul piano letterale [attraverso l’uso del verbo “garantire” in luogo

di “promuovere” (al n. 3 della medesima lettera *h*) o in luogo del sostantivo “promozione” (nella lettera *i*)] sembra aver abbandonato l’idea di una funzione meramente promozionale e incentivante, nei confronti degli operatori economici, delle norme sulle clausole sociali nella disciplina dei contratti pubblici, mirando a conseguire un effettivo risultato applicativo con norme maggiormente pregnanti e vincolanti.

La disciplina del codice del 2016 considera il tema nella fase iniziale della progettazione e della emanazione del bando (art. 23, comma 16), nella successiva fase di valutazione delle offerte (art. 95, comma 10, e 97, comma 5, lett. *d*)) in cui è assunta la decisione di esclusione o di aggiudicazione, e infine nella fase esecutiva dell’appalto (art. 30, comma 4, secondo cui “Al personale impiegato nei lavori, servizi e forniture oggetto di appalti pubblici e concessioni è applicato il contratto collettivo nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni di lavoro stipulato dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e quelli il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l’attività oggetto dell’appalto o della concessione svolta dall’impresa anche in maniera prevalente”). La norma dell’art. 30, comma 4, ha cambiato il punto di riferimento per la scelta del CCNL applicabile: non più l’attività prevalente esercitata dall’impresa (come si è sempre sostenuto sulla base dell’art. 2070 del c.c.), ma le prestazioni oggetto dell’appalto da eseguire.

Inoltre, ha espressamente previsto il criterio di selezione del CCNL da scegliere tra quelli stipulati dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale (i c.d. contratti *leader*).

Rimane tuttavia aperta la questione, altrettanto centrale, della possibile sovrapposizione tra settori di attività e quindi della possibile applicabilità di più contratti collettivi conformi, con ambiti di applicazione compatibili con l’attività oggetto dell’appalto.

Nei commi 1 e 2 si chiarisce che per il personale impiegato nell’appalto/concessione deve essere 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.

Il secondo comma appare, oggettivamente, innovativo rispetto agli approdi giurisprudenziali consolidati con la previsione per cui “Nei bandi e negli inviti le stazioni appaltanti e gli enti concedenti indicano il contrat-

to collettivo applicabile al personale dipendente impiegato nell'appalto o nella concessione", sempre nel rispetto di quanto fissato al comma 1.

Secondo gli estensori, e ciò si legge nella relazione tecnica, la previsione non pare in contrasto con l'art. 39 Cost. in quanto non è diretta a estendere *ex lege* ed *erga omnes* l'efficacia del contratto collettivo, ma si limita a indicare le condizioni contrattuali che l'aggiudicatario deve applicare al personale impiegato, qualora, sulla base di una propria e autonoma scelta imprenditoriale, intenda conseguire l'appalto pubblico, restando libero di applicare condizioni contrattuali diverse nello svolgimento dell'attività imprenditoriale diversa; e restando libero di accettare o meno la clausola dell'appalto pubblico oggetto dell'aggiudicazione (accettando, quindi, anche l'esclusione dalla procedura).

I medesimi argomenti possono essere utilizzati per affermare la compatibilità anche rispetto all'art. 41 Cost., tenuto conto altresì che la libera iniziativa economica "non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale". Il consentire alla P.A. la scelta di indicare il CCNL applicabile alle prestazioni oggetto di gara sembra trovare giustificazione proprio sotto questo profilo (art. 41, secondo comma, Cost.).

Il comma 3 risulta ispirato alla tutela della libertà di iniziativa economica, consente comunque agli operatori economici di indicare nella propria offerta il differente contratto che essi applicano, sempre con la necessità di assicurare le stesse tutele di quello indicato dalla stazione appaltante o dall'ente concedente.

Il comma 4 impone all'operatore economico di presentare prima dell'aggiudicazione o dell'affidamento un'ulteriore dichiarazione con la quale si impegna ad applicare il contratto collettivo indicato per tutta la durata del contratto ovvero la dichiarazione di equivalenza delle tutele.

La norma prevede che la dichiarazione venga verificata secondo il procedimento previsto per la verifica dell'offerta anomala (art. 110) che contiene importanti modifiche rispetto alla norma omologa del codice del 2016 (si rinvia all'analisi specifica).

Il comma 5 precisa che le medesime tutele normativo-economiche vengano assicurate anche ai lavoratori in subappalto.

Il comma 6 disciplina l'intervento sostitutivo della stazione appaltante nel caso di inadempienze contributive o retributive dell'impresa affidataria o del subappaltatore, attualmente previsto dai commi 5 e 6 dell'art. 30 del codice del 2016.

2.12. Il rinvio esterno

L'art. 12 contiene un duplice rinvio esterno che opera in assenza di una diversa espressa previsione contenuta nel codice: da un lato, il rinvio è alla legge n. 241 del 1990 per quanto riguarda la disciplina della procedura di affidamento e di tutte le altre attività amministrative in materia di appalti; dall'altro lato, si rinvia al codice civile, per quanto riguarda la stipula e l'esecuzione del contratto.

Se, per la fase esecutiva, il richiamo – contenuto nella lettera *b*) dell'unico comma della norma in esame – non pone dubbi, qualche considerazione sembra necessaria per il richiamo alla legge n. 241/1990.

La legge in parola, evidentemente, disciplina l'azione amministrativa in generale e l'applicazione alla materia dei contratti viene in considerazione solamente nel caso in cui il codice non indichi espressamente il *modus operandi*. Ad esempio, nel caso in cui il codice – come del resto accade con l'allegato I.2 (attività del RUP) – dispone che il responsabile unico del progetto adotta i provvedimenti di esclusione (a prescindere dal fatto che sia un dirigente/responsabile del servizio), questo aspetto non potrà più essere messo in discussione, appunto, adducendo che, in generale, l'art. 6 della legge n. 241/1990 non consente l'adozione di provvedimenti a valenza esterna al soggetto che non dispone di tali prerogative. Ciò, indubbiamente, anche per dirimere le tante controverse affermazioni sul tema specifico.

3. La digitalizzazione

3.1. Premessa

La Parte II del Libro I del nuovo codice risulta totalmente inedita rispetto al codice del 2016 con la previsione di norme specifiche “Della digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti”. Digitalizzazione – vissuta non come opzione ma come necessità – delle procedure (per consentire la ripresa del Paese), per aumentare la sicurezza, passaggio definitivo alla transizione digitale con una previsione di completa interoperabilità tra banche dati. Da subito occorre annotare che gran parte delle norme in parola, contenute nella parte in commento, in realtà hanno una efficacia differita al 1° gennaio 2024. In particolare:

- Art. 19 (Principi e diritti digitali)
- Art. 20 (Principi in materia di trasparenza)
- Art. 21 (Ciclo di vita digitale dei contratti pubblici)
- Art. 22 (Ecosistema nazionale di approvvigionamento digitale (*e-procurement*))
- Art. 23 (Banca dati nazionale dei contratti pubblici)
- Art. 24 (Fascicolo virtuale dell’operatore economico)
- Art. 25 (Piattaforme di approvvigionamento digitale)
- Art. 26 (Regole tecniche)
- Art. 28 (Trasparenza dei contratti pubblici)
- Art. 29 (Regole applicabili alle comunicazioni)
- Art. 30 (Uso di procedure automatizzate nel ciclo di vita dei contratti pubblici)
- Art. 31 (Anagrafe degli operatori economici partecipanti agli appalti)
- Art. 36 (Norme procedurali e processuali in tema di accesso).

Pertanto, in luogo delle norme appena riportate, si applicheranno fino al 31 dicembre 2023 le “omologhe” del codice 2016 (tra virgolette visto che in realtà la parte della digitalizzazione è declinata in norme

inedite). In particolare, rimangono vigenti ed efficaci le disposizioni di cui agli artt. 21, comma 7, 29, 40, 41, comma 2-*bis*, 44, 52, 53, 58, 74, 81, 85, 105, comma 7, 111, comma 2-*bis*, 213, commi 8, 9 e 10, 214, comma 6, per lo svolgimento delle attività relative:

- a) alla redazione o acquisizione degli atti relativi alle procedure di programmazione, progettazione, pubblicazione, affidamento ed esecuzione dei contratti;
- b) alla trasmissione dei dati e documenti relativi alle procedure di cui alla lettera a);
- c) all'accesso alla documentazione di gara;
- d) alla presentazione del documento di gara unico europeo;
- e) alla presentazione delle offerte;
- f) all'apertura e la conservazione del fascicolo di gara;
- g) al controllo tecnico, contabile e amministrativo dei contratti anche in fase di esecuzione e la gestione delle garanzie.

Più nel dettaglio le norme relative alle attività sopra richiamate sono:

- Art. 21 (Programma degli acquisti e programmazione dei lavori pubblici), comma 7, che dispone in tema di pubblicazione dei programmi relativi agli acquisti di beni e servizi ed ai lavori pubblici;
- Art. 29 (Principi della trasparenza), che dispone sui dati/atti da pubblicare per rispettare gli obblighi di trasparenza dei contratti pubblici;
- Art. 40 (Obbligo di uso dei mezzi di comunicazione elettronici nello svolgimento di procedure di aggiudicazione), relativo agli obblighi di utilizzare i mezzi di comunicazione elettronici, previsti dal d.lgs. n. 82/2005 (il c.d. CAD);
- Art. 41 (Misure di semplificazione delle procedure di gara svolte da centrali di committenza), comma 2-*bis*, che impone il divieto di gravare i concorrenti e l'aggiudicatario dei costi connessi alla gestione delle piattaforme informatiche di gestione delle gare;
- Art. 44 (Digitalizzazione delle procedure), attuato con il decreto 12 agosto 2021, n. 148, regolamento recante modalità di digitalizzazione delle procedure dei contratti pubblici, da adottare ai sensi dell'art. 44 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50;
- Art. 52 (Regole applicabili alle comunicazioni), in cui si definiscono le regole applicabili alle comunicazioni, con obbligo di utilizzo dei mezzi elettronici;
- Art. 53 (Accesso agli atti e riservatezza), che contiene la disciplina in tema di accesso (si rinvia per il commento specifico al capitolo 30);

- Art. 58 (Procedure svolte attraverso piattaforme telematiche di negoziazione), in tema di procedure svolte attraverso piattaforme telematiche di negoziazione;
- Art. 74 (Disponibilità elettronica dei documenti di gara), che contiene l’obbligo delle stazioni appaltanti di consentire l’accesso gratuito, illimitato e diretto – per via elettronica – ai documenti di gara;
- Art. 81 (Documentazione di gara), in cui si prevede che i documenti relativi ai requisiti del concorrente devono essere acquisiti unicamente attraverso la Banca dati nazionale degli operatori economici (ed oggi, evidentemente, attraverso il fascicolo elettronico dell’operatore economico);
- Art. 85 (Documento di gara unico europeo), relativo al documento di gara unico europeo, che deve essere prodotto in formato digitale;
- Art. 105 (Subappalto), comma 7, con cui si impone all’aggiudicatario di depositare, con l’anticipo di 20 giorni, il contratto di subappalto e le certificazioni che comprovano che la ditta subappaltatrice dispone dei requisiti richiesti;
- Art. 111 (Controllo tecnico, contabile e amministrativo), comma 2-bis, sul collegamento alla Banca dati dei contratti pubblici delle strumentazioni elettroniche di cui dispone il direttore dei lavori per lo svolgimento delle sue attività di controllo e verifica;
- Art. 213 (Autorità nazionale anticorruzione), commi 8, 9 e 10, circa la gestione, da parte di ANAC, della Banca dati nazionale dei contratti pubblici avvalendosi dell’osservatorio (commi 8 e 9) e sulla gestione del casellario informatico dei contratti di lavori, servizi e forniture (comma 10);
- Art. 214 (Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e struttura tecnica di missione), comma 6, in cui si attribuisce alla Presidenza del Consiglio dei Ministri la prerogativa di designare commissari incaricati di realizzare infrastrutture ed insediamenti produttivi.

Trovano applicazione, invece, a far data dal 1° luglio 2023 e quindi in base al momento dell’avvio della procedura di affidamento, le norme:

- Art. 27 (Pubblicità legale degli atti)
- Art. 32 (Sistemi dinamici di acquisizione)
- Art. 33 (Aste elettroniche)
- Art. 34 (Cataloghi elettronici).

3.2. Sintesi delle novità

L’art. 19 (“Principi e diritti digitali”) – anch’essa norma ad applicazione differita al 1° gennaio 2024 – introduce (comma 1) i principi cardine

in materia di digitalizzazione (tra questi i principi di neutralità tecnologica, trasparenza, sicurezza informatica, protezione dei dati personali). Principi che consentiranno di dare attuazione *in primis* al diritto di cittadinanza digitale. Si tratta di un evidente tentativo di adeguare il codice dei contratti al processo di transizione digitale in atto (nella relazione al riguardo si cita la recente proposta della Commissione del 26 gennaio 2022, rivolta al Parlamento europeo ed al Consiglio, di sottoscrizione di una “Dichiarazione sui diritti ed i principi digitali”, che ha l’obiettivo di rafforzare i “diritti digitali” avvertita come autentica necessità).

Il filo conduttore dei principi sopra richiamati è rappresentato dalla considerazione che l’utilizzo della tecnologia assume sempre un ruolo servente, con il fine di accrescere l’efficacia e l’efficienza dei processi decisionali, ma non può mai implicare un arretramento delle garanzie o dei diritti degli operatori economici né dei doveri gravanti sulle pubbliche amministrazioni.

Il comma 2 richiama l’esigenza di operare attraverso un’unica banca dati (principio *once only*) in modo che i vari dati e le informazioni già nella disponibilità delle amministrazioni, ovvero che possono essere acquisite tramite l’accesso a banche dati delle pubbliche amministrazioni, non dovranno essere richiesti ripetutamente, ma un’unica volta. Il comma 3 richiama le previsioni che costituiscono il principale corredo normativo, ovvero il codice dell’amministrazione digitale (d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82). Si creano quindi le condizioni perché tutte le attività ed i procedimenti amministrativi connessi all’attività contrattuale pubblica (“ciclo di vita dei contratti pubblici”) vengano svolti digitalmente mediante le piattaforme e i servizi digitali infrastrutturali delle stazioni appaltanti e degli enti concedenti.

I soggetti titolari delle banche dati (comma 4) sono tenuti ad adottare le varie misure organizzative necessarie per assicurare accessibilità e interoperabilità dei sistemi informativi. Analoghe misure organizzative e revisione dei processi interni si devono predisporre per assicurare (comma 5) un consapevole presidio della sicurezza informatica e della protezione dei dati personali.

Il comma 6 richiama le amministrazioni aggiudicatrici (nel codice il riferimento ripetuto e corretto è alle “stazioni appaltanti e gli enti concedenti”) ad assicurare la tracciabilità delle operazioni svolte, l’accessibilità ai dati e alle informazioni, la conoscibilità dei processi decisionali automatizzati, rendendo le piattaforme accessibili nella misura prevista dalla nuova norma di accesso ai dati/informazioni (art. 35 per cui si rinvia al capitolo di commento).

Il comma 7, a ben vedere, contiene l’auspicio per cui gli enti aggiudicatori dovrebbero ricorrere a procedure automatizzate per la valutazione delle offerte.

La disposizione contiene un richiamo all'art. 30 ("Uso di procedure automatizzate nel ciclo di vita dei contratti pubblici").

3.3. L'utilizzo di procedure automatizzate

L'art. 30 sopra citato – ad efficacia differita al 1° gennaio 2024 – rappresenta una novità nell'ordinamento visto che, si legge nella relazione "per la prima volta, sebbene nel solo settore dei contratti pubblici, sono individuati a livello normativo i principi da rispettare in caso di utilizzo di procedure automatizzate". L'innesto è dovuto al criterio di delega di cui alla lettera t), primo comma, della legge n. 78/2022 in cui si prevede, per le stazioni appaltanti, la possibilità di ricorrere anche ad automatismi nella valutazione delle offerte. Una norma, pertanto, rivolta a possibili sviluppi futuri con acquisizione di tecnologie adeguate.

Vengono introdotti, pertanto, non solo i principi, che si sono da tempo affermati in ambito europeo sul tema dell'utilizzo di soluzioni di intelligenza artificiale ma anche i principi, enunciati dai giudici amministrativi, secondo cui le stazioni appaltanti, in sede di acquisto o sviluppo delle soluzioni tecnologiche, si assicurano la disponibilità, sempre dalla relazione tecnica, "del codice sorgente e di ogni altro elemento utile a comprenderne le logiche di funzionamento; che la decisione assunta all'esito di un processo automatizzato deve considerarsi imputabile alla stazione appaltante" di pari passo, ovviamente, con i principi per cui il processo decisionale non deve essere lasciato interamente automatizzato dovendo assicurarsi il contributo umano per controllare, validare ovvero smentire la decisione automatica e per cui la decisione algoritmica non comporti discriminazioni di sorta.

Da qui (comma 4) la previsione per cui le pubbliche amministrazioni sono tenute ad adottare ogni misura tecnica e organizzativa idonea a garantire che siano rettificati i fattori che comportano inesattezze dei dati e sia minimizzato il rischio di errori, nonché a impedire effetti discriminatori nei confronti di persone fisiche sulla base della nazionalità o dell'origine etnica, delle opinioni politiche, della religione o delle convinzioni personali, dell'appartenenza sindacale, dei caratteri somatici o dello status genetico, dello stato di salute, del genere o dell'orientamento sessuale.

Non irrilevante il comma 5 di chiusura dell'art. 30 in cui si evidenzia in modo perentorio che le pubbliche amministrazioni sono tenute a pubblicare sul sito istituzionale, nella sezione "Amministrazione trasparente", l'elenco delle soluzioni tecnologiche utilizzate ai fini dello svolgimento della propria attività. Per gli ulteriori aspetti si rinvia ai capitoli che seguono.

4. Banca dati nazionale dei contratti pubblici e fascicolo virtuale dell'operatore economico

4.1. Le prerogative dell'ANAC

L'art. 23 viene dedicato alla "Banca dati nazionale dei contratti pubblici", con novità rispetto ai riferimenti del codice del 2016 e all'art. 213 (rubricato semplicemente "Autorità nazionale anticorruzione").

I commi 1 e 2 rappresentano delle novità con le specifiche secondo cui la BDNC istituita presso ANAC viene rimessa alla titolarità esclusiva dell'*authority* rappresentando momento centrale del c.d. ecosistema nazionale di *e-procurement* (art. 22). L'ANAC individua le sezioni in cui si articola la banca dati che sarà interoperabile con le piattaforme di approvvigionamento digitale delle stazioni appaltanti (art. 25) e con il portale dei soggetti aggregatori.

La banca dati pertanto ha lo scopo di assicurare "l'efficacia, la trasparenza e il controllo in tempo reale dell'azione amministrativa per l'allocatione della spesa pubblica in lavori, servizi e forniture, anche al fine del rispetto della legalità e del corretto agire della pubblica amministrazione e prevenire fenomeni di corruzione". Si intende realizzare un unico portale in cui il ruolo centrale viene rivestito dalla "Piattaforma degli appalti pubblici" – una sezione della banca dati – chiamata ad interoperare con i vari strumenti utilizzati per la digitalizzazione delle fasi dell'appalto. Da notare che, originariamente, il primo comma dell'art. 23 riportava anche le sezioni in cui si articola la banca dati. Tale specifica è stata eliminata. Tra le sezioni venivano richiamate, evidentemente a titolo meramente esemplificativo: l'Anagrafe unica delle stazioni appaltanti, l'elenco dei soggetti aggregatori, il Casellario informatico, l'Anagrafe degli operatori economici, la Piattaforma nazionale degli appalti e il fascicolo virtuale dell'operatore economico. In divenire, come detto, ulteriori articolazioni verranno definite da ANAC.

Sempre l’Autorità anticorruzione è chiamata (comma 5) ad individuare le informazioni (e i tempi di integrazioni con i servizi dell’ecosistema di approvvigionamento digitale) che la stazione appaltante sarà tenuta a trasmettere alla Banca dati nazionale dei contratti pubblici attraverso le piattaforme di approvvigionamento digitale utilizzate. Obblighi, quelli appena citati – finalizzati a garantire l’interoperabilità –, sanzionati in caso di omissione (comma 7) con la segnalazione dell’ANAC all’AGID per l’esercizio dei correlati poteri sanzionatori. Le omissioni/inadempimenti (comma 8) vengono configurati come violazioni “di obblighi di transizione digitale punibili ai sensi dell’articolo 18-*bis* del codice di cui al decreto legislativo n. 82 del 2005”.

Gli obblighi informativi – secondo periodo del comma 5 – riguardano, tra gli altri, “anche gli affidamenti diretti a società *in house* di cui all’articolo 7, comma 2”.

4.2. Il fascicolo dell’operatore economico

Una delle sezioni della banca dati è costituita dal fascicolo virtuale dell’operatore economico (art. 24) che consente (primo comma) la verifica dell’assenza delle cause di esclusione di cui agli artt. 94 e 95 e l’attestazione dei requisiti di cui all’art. 103 per i soggetti esecutori di lavori pubblici, nonché dei dati e dei documenti relativi ai criteri di selezione (requisiti di cui all’art. 100) che l’operatore economico inserisce. Da notare che – fermo restando che la norma specifica opererà a far data dal 1° gennaio 2024 per effetto del differimento fissato dall’art. 225 – la dinamica sul riscontro dei requisiti, attraverso l’escussione del fascicolo in commento, risulta già operante, almeno come da indicazione ANAC (**delibera ANAC n. 464 del 27 luglio 2022** avente ad oggetto “Adozione del provvedimento di attuazione dell’articolo 81, comma 2, del decreto legislativo del 18.4.2016, n. 50, d’intesa con il Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili e con l’Agenzia per l’Italia Digitale”, per gli appalti di importo pari o superiori ai 40.000 euro e per beni e servizi, nel sotto soglia, acquisiti tramite il MEPA (secondo gli obblighi imposti dalla *spending review*). In questo senso la comunicazione ANAC del 13 dicembre 2022 (sul portale “pubblicizzata” anche con “Fascicolo virtuale obbligatorio: esenti in via transitoria SOA e chi usa piattaforme telematiche”).

Il fascicolo (comma 2) è utilizzato per le partecipazioni all’appalto ed i dati/documenti in esso contenuti “sono aggiornati automaticamente mediante interoperabilità e sono utilizzati in tutte le gare procedure di affidamento cui l’operatore partecipa”.

Le amministrazioni competenti al rilascio di certificazioni/informazioni di cui agli artt. 94 e 95 (sulle cause di esclusione) sono tenute ad alimentare i fascicoli attraverso l'accesso alle proprie banche dati (art. 23, comma 3) e soprattutto (comma 3) assicurando "la disponibilità in tempo reale delle informazioni e delle certificazioni digitali necessarie ad assicurare l'intero ciclo di vita digitale di contratti pubblici". Anche in questo caso la violazione di detto obbligo viene configurata in termini di violazione delle norme in materia di transizione digitale (art. 18-*bis* CAD).

Entro 60 giorni dall'entrata in vigore del codice, l'ANAC è chiamata ad adottare il provvedimento che definirà "le tipologie di dati da inserire nel fascicolo virtuale dell'operatore economico, concernenti la partecipazione alle procedure di affidamento e il loro esito, in relazione ai quali è obbligatoria la verifica attraverso la Banca dati nazionale dei contratti pubblici".

5. La piattaforma di approvvigionamento digitale

5.1. Le piattaforme di approvvigionamento digitale

Dal 1° gennaio 2024 – stante il differimento operato con l'art. 225 – le stazioni appaltanti opereranno, per assicurare l'obiettivo della completa digitalizzazione, con apposite piattaforme di approvvigionamento digitale (art. 25) e di *e-procurement* che, si legge nella relazione tecnica, “costituiscono l'insieme dei servizi e dei sistemi informatici, interconnessi e interoperanti, utilizzati dalle stazioni appaltanti per svolgere una o più fasi delle procedure di gara e per assicurare la piena digitalizzazione dell'intero ciclo di vita dei contratti pubblici”.

Strumenti che devono operare con le piattaforme nazionali e attraverso la BDNC assicurando parità di accesso degli operatori e la partecipazione alla gara degli stessi, anche in caso di comprovato malfunzionamento, pur se temporaneo, delle piattaforme. La stazione appaltante priva di piattaforme potrà avvalersi delle piattaforme messe a disposizione da altre stazioni appaltanti, da centrali di committenza o da soggetti aggregatori, da regioni e province autonome. L'utilizzo delle stesse (comma 4) deve avvenire senza aggravio di costi per gli operatori economici (che non possono essere chiamati, pertanto, a contribuire ai costi di gestione delle piattaforme).

Il successivo art. 26 (“Regole delle comunicazioni”) – ad efficacia differita al 2024 – dispone che in tema di funzionamento delle piattaforme la disciplina applicabile è quella definita da AGID di intesa con ANAC.

Quindi AGID rilascerà (comma 2) la certificazione delle piattaforme di approvvigionamento digitale che consentirà (comma 3) “l'integrazione con i servizi della Banca dati nazionale dei contratti pubblici. L'ANAC cura e gestisce il registro delle piattaforme certificate”.

6. Anagrafe dei competitori

L'art. 31 (rubricato "Anagrafe degli operatori economici partecipanti agli appalti") introduce nel nostro ordinamento una "nuova" anagrafe relativa agli operatori economici "a qualunque titolo coinvolti nei contratti pubblici" (comma 1). L'Anagrafe, istituita evidentemente presso l'ANAC, è alimentata dai dati/informazioni reperite nel frangente/fase della partecipazione acquisite per il tramite della Banca dati nazionale dei contratti pubblici ed ai servizi erogati attraverso il fascicolo virtuale degli operatori economici. Secondo gli estensori la nuova disposizione, in parte, conserva le utilità delle attuali *white list* e, in parte, è funzionale alla certificazione di cui al comma 2.

Il comma 2 chiarisce che l'Anagrafe degli operatori economici presso l'ANAC censirà gli operatori economici a qualunque titolo coinvolti nei contratti pubblici nonché i soggetti, le persone fisiche e i titolari di cariche ad essi riferibili.

I commi 3 e 4 prevedono che i dati dell'anagrafe saranno resi disponibili a tutti i soggetti cooperanti nell'ambito dell'ecosistema nazionale di *e-procurement*, attraverso le piattaforme digitali e per i trattamenti e le finalità legate alla gestione del ciclo di vita dei contratti pubblici. L'Anagrafe si avvale delle informazioni presenti nel Registro delle imprese in quanto fonte del sistema delle imprese; censisce altresì gli operatori economici partecipanti alle gare non tenuti all'iscrizione nel registro delle imprese (imprese straniere, raggruppamenti temporanei di imprese, ecc.). Infine, di rilievo la disposizione per cui per le persone fisiche inserite nell'Anagrafe con riferimento ai vari operatori economici assumono valore certificativo i ruoli e le cariche rivestiti non risultanti dal Registro delle imprese.

7. Il RUP nel nuovo codice dei contratti

7.1. Premessa

Il nuovo codice (d.lgs. n. 36/2023) introduce novità tutt'altro che irrilevanti in tema di RUP (ora declinato come "Responsabile unico del progetto").

La prima novità che deve essere registrata è che, a differenza del codice del 2016, il nuovo impianto risulta caratterizzato da autentiche norme contenute, oltre che nel codice, in uno specifico allegato (allegato I.2) espressamente dedicato ai requisiti ed ai compiti di questo soggetto.

Il codice del 2016, accanto alle norme (principalmente l'art. 31), affianca invece il modello di prassi che si sostanzia nelle linee guida dell'ANAC n. 3.

7.2. La riconfigurazione giuridica del RUP

Con il nuovo codice si assiste ad un ripensamento e riscrittura della figura del RUP che, pur mantenendo lo stesso acronimo, viene configurato come responsabile di un'attività complessa e, precisamente, come responsabile unico del progetto.

Nella relazione tecnica, per motivare detta riscrittura/ripensamento, gli estensori evidenziano che in presenza il RUP non è un semplice responsabile di procedimento (*ex lege* n. 241/1990). Ciò è dovuto al fatto che l'attività contrattuale non si riduce ad un semplice procedimento amministrativo ed una serie di sub-procedimenti (visto che le 4 macrofasi classiche di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione devono essere correttamente configurate come autentici procedimenti), ma si tratta di una attività complessa.

Più nel dettaglio, nella relazione tecnica che accompagna il codice 2023 si legge che si è in presenza di una “complessa attività amministrativa attraverso cui si svolgono le fasi di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione degli interventi pubblici [che] implica, come è evidente, lo svolgimento non di un solo procedimento, ma di una pluralità di procedimenti, e l’emanazione di altrettanti provvedimenti amministrativi e, talvolta, di comportamenti materiali e atti di diritto privato”.

Pertanto, il RUP non è il responsabile del procedimento come definito/individuato nella legge n. 241/1990 – che definisce l’ufficio oltre alla persona fisica –, ma un soggetto che si occupa di una moltitudine di procedimenti amministrativi ciascuno destinato – in modo autonomo – a concludersi con uno specifico provvedimento amministrativo e/o con atti di tipo civilistico.

Si pensi a provvedimenti amministrativi come l’esclusione dalla procedura (che, chiaramente, l’allegato I.2 attribuisce al RUP eliminando i molti dubbi/equivoci sorti in dottrina con condivisione dell’approdo giurisprudenziale consolidato), oppure ad atti “civilistici” con cui il RUP, ad esempio, autorizza la modifica del contratto in essere ai sensi, ora, del nuovo art. 120.

L’acquisita consapevolezza che con il RUP non ci si trova innanzi ad un mero responsabile di procedimento, ha portato gli estensori a prevedere e valorizzare modelli organizzativi (alcuni già noti come l’ufficio di supporto interno alla stazione appaltante) che possono consentire una semplificazione/riduzione del carico di lavoro e della correlata responsabilità.

7.3. Un RUP anche a tempo determinato

Il primo comma dell’art. 15 semplifica enormemente il dato normativo che si legge nel quasi omologo comma 1 dell’art. 31 (il cui testo viene diluito appunto nei commi 1 e 2 dell’art. 15 con significative modifiche) evidenziando che il RUP deve essere nominato (non più “individuato”) fin dall’avvio dell’intervento.

Questo per far emergere uno degli aspetti ovvi, visto che è del tutto chiaro che, se il RUP è il responsabile del progetto/intervento – ovvero è il responsabile della realizzazione del progetto/intervento –, necessariamente deve essere individuato prima dell’avvio dello stesso.

Da notare che, a differenza del codice del 2016, il secondo comma dell’art. 15 nel suo ultimo periodo (dopo che il penultimo conferma che l’ufficio di RUP non è rinunciabile) precisa – forse in modo non necessario stante la previsione contenuta nell’art. 4 della legge n. 241/1990 – che

in caso di mancata nomina le funzioni vengono svolte dal dirigente/responsabile del servizio. Più precisamente la norma puntualizza che “l’incarico è svolto dal responsabile dell’unità organizzativa competente per l’intervento”.

L’ovvia sottolineatura secondo cui il RUP deve essere nominato prima dell’avvio dell’intervento pone la questione dell’atto di nomina (che compete al dirigente/responsabile del servizio ⁽¹⁾). Nella prassi l’atto utilizzato per la nomina è la determina a contrarre ma, considerando la collocazione di questa posta a “monte” della fase dell’affidamento, evidentemente, la nomina risulterà precedente rispetto all’atto in parola (che in realtà “pubblicizza” il nome del RUP – ai sensi del comma 3 dell’art. 15 – ed anzi questo soggetto si occuperà della sua predisposizione per il dirigente/responsabile del servizio).

Come affermato (o meglio ribadito anche dalla giurisprudenza amministrativa) il RUP deve essere nominato con apposito ordine di servizio visto che nell’assegnazione dei compiti – da parte del dirigente/responsabile del servizio – si assiste ad una autentica organizzazione del lavoro e quindi un “micro” atto di organizzazione riconducibile ai poteri del datore di lavoro (in questo senso, in tempi recenti il TAR Abruzzo, sent. n. 158/2022).

Tra le novità di maggior rilievo occorre ricordare come in sede di approvazione definitiva del codice, nel comma 2 viene innestata la prerogativa della possibilità di nominare come RUP un dipendente a tempo determinato. Innesto presente negli emendamenti suggeriti dall’ANCI finalizzato a meglio assicurare la realizzazione degli interventi collegati al PNRR/PNC.

Occorre annotare che la previsione, una correzione intervenuta *all’ultimo minuto*, non appare coerente però con quanto indicato nell’allegato I.2 (dedicato al RUP) che prescrive come la nomina debba avvenire tra **dipendenti di ruolo** della stazione appaltante (preferibilmente tra i soggetti assegnati al servizio/area interessata all’appalto da avviare).

7.4. I responsabili di fase

Come si è anticipato, e sembra una immediata conseguenza dell’acquisita consapevolezza della complessità dell’attività contrattuale e del

(¹) Nelle primigenie versioni del codice 2023, l’art. 15 – nel secondo comma – rimetteva espressamente, e correttamente, il potere di nomina al soggetto titolare del potere di spesa e quindi al dirigente/responsabile del servizio interessato all’appalto. La precisazione è stata soppressa a favore di un più generico riferimento alla “stazione appaltante e gli enti concedenti [che] nominano il RUP ...” che non cambia, naturalmente, la dinamica delle nomine.

carico di lavoro/responsabilità gravante sul RUP, il comma 4 dell'art. 15 introduce la possibilità per la stazione appaltante di adottare un modulo organizzativo specifico dell'attività in parola **affiancando al RUP dei responsabili di fase**.

In questo senso, più precisamente, la norma prevede che “Ferma restando l'unicità del RUP, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti, possono individuare modelli organizzativi, i quali prevedano la nomina di un responsabile di procedimento per le fasi di programmazione, progettazione ed esecuzione e un responsabile di procedimento per la fase di affidamento. Le relative responsabilità sono ripartite in base ai compiti svolti in ciascuna fase, ferme restando le funzioni di supervisione, indirizzo e coordinamento del RUP”.

La norma, non assolutamente inedita nell'ordinamento ⁽²⁾, come si può leggere – fatto singolare – ripete per due volte un “fermo/e restando”, quasi a veicolare/disciplinare meglio, in caso di scelta dell'opzione organizzativa con i responsabili di fase, l'azione dell'amministrazione.

Tale prerogativa, per evitare una paventata scissione arbitraria della c.d. unicità del RUP (e foriera di anarchia organizzativa) ⁽³⁾, se esercitata, quindi, non scinde l'unicità di responsabilità/ruolo del RUP considerato che, in pratica, i responsabili di fase non sono un doppione del RUP ma semplici responsabili di procedimento ai sensi della legge n. 241/1990.

Per meglio intendersi, sulla configurazione nei termini appena espressi non v'è alcun dubbio, questi soggetti non avranno poteri a valenza esterna ma svolgeranno un ruolo di meri istruttori con assunzione di specifiche responsabilità interne, fatti salvi danni specifici riconducibili direttamente ad imperizia o dolo.

La seconda sottolineatura (il secondo “fermo restando”), forse non necessaria, è che se dovessero essere nominati specifici responsabili di fase,

⁽²⁾ Norma simile è rinvenibile, ad esempio, nella legge regionale della Sardegna in materia di appalti n. 8/2018 (art. 34, comma 2). Una previsione, abbastanza simile, probabilmente si può leggere anche nell'art. 159 del codice del 2016 nel comma 4 in cui si prevede che “In deroga all'articolo 31 l'amministrazione della difesa, in considerazione della struttura gerarchica dei propri organi tecnici, in luogo di un unico responsabile del procedimento, può nominare un responsabile del procedimento per ogni singola fase di svolgimento del processo attuativo: programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione. Il responsabile unico del procedimento, ovvero i responsabili di ogni singola fase, sono tecnici individuati nell'ambito del Ministero della difesa. Il responsabile del procedimento per la fase di affidamento può essere un dipendente specializzato in materie giuridico amministrative”. La norma in parola, però, sembra ammettere la possibilità di avere più RUP mentre ciò è espressamente escluso con la nuova previsione innestata nell'art. 15 in commento, infatti i responsabili di fase non sono equiparabili al RUP.

⁽³⁾ Timore espresso dall'ANAC e dall'ANCI che, tra gli emendamenti suggeriti, hanno chiesto la cancellazione di detta prerogativa.

il RUP rimane responsabile di questi soggetti sotto il profilo del coordinamento, è tenuto a supervisionare/controllare l'attività e – se del caso – la fa propria (in caso di scostamento rispetto alle proposte presentate evidentemente dovrà fornire motivazione reiterando quanto si legge nell'art. 6, comma 1, lett. *e*) della legge n. 241/1990 in relazione ai rapporti tra responsabile del servizio e responsabile del procedimento).

Il RUP, pertanto, in presenza dei/di un responsabile di fase riduce, si può sostenere, il carico di lavoro diretto potendo delegarlo – quanto ad esecuzione – ad altri soggetti esperti in materia di attività contrattuale.

Che il lavoro dei responsabili di fase, pur in totale autonomia, debba seguire gli indirizzi del RUP emerge chiaramente in tema di compiti specifici nella fase di scelta della procedura di aggiudicazione.

L'allegato I.2 (sostitutivo al 1° luglio 2023 delle linee guida ANAC n. 3) infatti, a differenza di quanto previsto nelle citate linee guida, specifica che il RUP non si limita più a proporre al dirigente/responsabile del servizio la procedura di aggiudicazione ma la **decide**.

Ora – fermo restando che nell'ambito degli enti locali tali decisioni dovranno necessariamente essere concertate con il proprio dirigente/responsabile del servizio – è chiaro che se la responsabilità di scelta della procedura da utilizzare è del RUP, l'eventuale responsabile di fase dell'affidamento riceverà indirizzo su come strutturare la correlata legge di gara.

In tale situazione, pertanto, è chiara la differenza dei compiti e che il responsabile di fase è autenticamente un istruttore mentre il RUP, accanto alle tradizionali funzioni istruttorie (ribadite anche nell'allegato I.2), affianca anche poteri decisori ora chiaramente esplicitati nell'allegato in commento (si pensi, appunto, al potere/prerogativa di adottare il provvedimento di esclusione del concorrente ora affermato solo in giurisprudenza, nel bando tipo ANAC e nella prassi dei pareri del MIMS).

7.5. Il rispetto dei tempi di aggiudicazione

Novità, almeno per il codice 2023 (visto che una previsione simile è contenuta nel d.l. n. 76/2020), è la previsione per cui il RUP deve assicurare la realizzazione dell'intervento – segnatamente l'aggiudicazione dell'appalto – nel rispetto dei precisi termini. I termini in parola sono indicati nell'allegato I.3 e decorrono dall'adozione dell'atto tecnico che avvia la procedura (es. nella procedura aperta dalla pubblicazione del bando).

Ciò segna una profonda differenza rispetto ai termini declinati nell'art. 1 (comma 1) e art. 2 (comma 1) del d.l. n. 76/2020. Per queste ultime fat-

tispecie, infatti, i termini decorrono dall'atto di avvio del procedimento (e non della procedura, come segnala l'allegato I.3).

Quale sia l'atto di avvio del procedimento viene anche con il codice 2023 precisato, nel caso di specie, al primo comma dell'art. 17 (nel codice del 2016 l'articolo è il 32) in cui si legge che "prima dell'avvio delle procedure di affidamento dei contratti pubblici le stazioni appaltanti e gli enti concedenti, con apposito atto, adottano la decisione di contrarre individuando gli elementi essenziali del contratto e i criteri di selezione degli operatori economici e delle offerte".

La decisione a contrarre (per gli enti locali la determina a contrarre) viene evidentemente adottata prima dell'atto (tecnico) di avvio della procedura (visto che lo approva, si pensi all'approvazione dello schema di bando, della lettera di invito, ecc.).

La parte restante del microimpianto normativo in commento conferma norme pregresse con minime novità.

Il comma 5 ricorda che sul RUP grava il compito di tutte le attività indicate nell'allegato I.2 (solo in parte dissimile dalle linee guida n. 3) svolgendo tutte le attività necessarie "ove non di competenza di altri organi".

Si valorizza e ribadisce la possibilità di istituire apposito servizio/struttura di supporto – comma 6 – prevedendo che gli enti interessati "possono destinare risorse finanziarie non superiori all'1 per cento dell'importo posto a base di gara per l'affidamento diretto da parte del RUP di incarichi di assistenza al medesimo".

La norma andrebbe meglio precisata, visto che l'affidamento diretto, per servizi, è consentito solo nei limiti dei 140.000 euro. È chiaro che in presenza di importi superiori il RUP dovrà attivare una procedura negoziata ad inviti. Sulla tecnica di scrittura si può anche esprimere un dubbio sul collegamento tra il RUP e l'affidamento diretto. L'affidamento diretto da parte del RUP è possibile solo se questo coincide, evidentemente, con il dirigente/responsabile del servizio. In caso in cui risulti essere funzionario (gerarchicamente sotto-ordinato al dirigente/responsabile del servizio) dovrà limitarsi a proporre l'affidamento diretto.

Nuova è la previsione del comma 7 in cui si precisa l'esigenza di assicurare una chirurgica formazione del personale coinvolto nell'attività contrattuale della stazione appaltante/ente concedente.

Rimane ferma (comma 9) la specifica che, nel caso in cui nel procedimento amministrativo contrattuale intervengano due soggetti giuridici distinti, ciascuno deve nominare un proprio RUP per le attività di competenza.

7.6. I termini di conclusione della procedura di aggiudicazione

7.6.1. Premessa

Come anticipato, una delle novità assolute, a livello di codice, è rappresentata dalla predisposizione di apposito allegato sui termini delle procedure di affidamento. Il legislatore, in pratica, ha deciso di ribadire la necessità di contingentare i tempi delle procedure di gara ribadendo – in modo però differente – quanto già previsto nel d.l. n. 76/2020 (ed in particolare negli artt. 1 e 2, comma 1 in tema di termine, in questo caso, del procedimento amministrativo contrattuale).

Se nel d.l. n. 76/2020 la violazione dei termini di assegnazione dell'appalto (2 mesi per l'affidamento diretto, 4 mesi per la procedura negoziata, 6 mesi in caso di procedura ad evidenza pubblica decorrenti dalla data dell'atto di avvio del procedimento amministrativo) non aveva connotazioni specifiche, nel caso dell'art. 17, comma 3, si precisa che la violazione determina silenzio inadempimento. Più nel dettaglio la norma prevede che "Il superamento dei termini costituisce silenzio inadempimento e rileva anche al fine della verifica del rispetto del dovere di buona fede, anche in pendenza di contenzioso". Circostanza, pertanto, che al netto delle responsabilità apre alla possibilità del risarcimento danni nei confronti del danneggiato per il ritardo. Legittima, altresì, la possibilità della richiesta della sostituzione del soggetto inerte ai sensi della legge n. 241/1990 e quindi la sostituzione del RUP (o del responsabile del servizio che non procede sulle proposte del RUP senza motivo). Sostituzione del RUP, come già ammesso in giurisprudenza amministrativa (Cons. Stato, sez. V, sent. 10 maggio 2020, n. 6656) che può avvenire, ai sensi del comma 9-ter dell'art. 2 della legge n. 241/1990 "decorso inutilmente il termine per la conclusione del procedimento ... il responsabile o l'unità organizzativa" che opera come funzionario/unità sostituta "d'ufficio o su richiesta dell'interessato, esercita il potere sostitutivo e, entro un termine pari alla metà di quello originariamente previsto, conclude il procedimento attraverso le strutture competenti o con la nomina di un commissario".

Declina, con maggior chiarezza rispetto al d.l. n. 76/2020, i termini entro cui l'appalto e la concessione devono essere aggiudicati, l'allegato (inedito appunto) I.3. Chiarezza che si esplicita fin dalla rubrica "Termini delle procedure di appalto e di concessione".

7.6.2. *L'allegato I.3 e i termini delle procedure*

Altro aspetto di maggior chiarezza che emerge dall'allegato I.3 è che i termini decorrono dall'atto tecnico (bando/lettera di invito) e precisamente dalla pubblicazione del primo e dall'invio, nelle procedure negoziate, del secondo. Si supera, pertanto, la novità fortemente equivocata contenuta nel d.l. n. 76/2020 in cui, invece, i termini vengono fatti decorrere dall'atto che avvia il procedimento amministrativo. Le disposizioni dell'allegato, quindi, consentono di distinguere nettamente il procedimento amministrativo dalla procedura di aggiudicazione.

Il primo prende avvio dalla determina a contrarre (nel codice, decisione a contrarre) e la seconda dall'atto tecnico, appunto pubblicazione del bando, invio della lettera di invito.

L'allegato distingue, in relazione alla calibratura dei termini tra appalto da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (art. 1) e appalto da aggiudicarsi al ribasso (art. 2). Sotto si riporta la tabella esplicativa con i termini correlati.

ALLEGATO I.3
Termini delle procedure di appalto e di concessione

Art. 1: appalto da aggiudicarsi con il multicriterio	Art. 2: appalto da aggiudicarsi al ribasso
<ul style="list-style-type: none"> a) procedura aperta: nove mesi; b) procedura ristretta: dieci mesi; c) procedura competitiva con negoziazione: sette mesi; d) procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara: quattro mesi; e) dialogo competitivo: sette mesi; f) partenariato per l'innovazione: nove mesi. 	<ul style="list-style-type: none"> a) procedura aperta: cinque mesi; b) procedura ristretta: sei mesi; c) procedura competitiva con negoziazione: quattro mesi; d) procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara: tre mesi.

Come anticipato, il comma 3 chiarisce che i termini decorrono dalla pubblicazione del bando di gara o dall'invio degli inviti a offrire, "fino all'aggiudicazione alla miglior offerta, e non possono essere sospesi neanche in pendenza di contenzioso sulla procedura se non a seguito di provvedimento cautelare del giudice amministrativo". Da notare che, per effetto della previsione di "un'unica" aggiudicazione – il provvedimento immediatamente efficace perché deve essere adottato post verifica dei requisiti (art. 17 del codice) a differenza del codice del 2016 che prevede

anche una aggiudicazione non efficace –, evidentemente la scadenza sarà determinata dall'adozione di questo atto.

La norma, ai commi 4 e 5, consente ulteriori differimenti in casi specifici adeguatamente motivati. In particolare:

- a) nel caso di verifica della potenziale anomalia dell'offerta, i termini sopraindicati sono prorogati per il periodo massimo di un mese. Si tratta, pertanto di una proroga che opera *ex lege*;
- b) l'ulteriore possibilità di differimento può essere determinata solo dalla presenza di "circostanze eccezionali". Il differimento può essere di non oltre tre mesi ed esige una adeguata motivazione. La particolarità è che la norma introduce un ulteriore atto la cui competenza viene rimessa al RUP (quasi a confermare la responsabilità in caso di eventuali ritardi);
- c) sempre il comma 5 prevede una ulteriore possibilità di differimento in presenza di "ulteriori situazioni imprevedibili di oggettiva difficoltà che rendono non sostenibili i tempi procedurali sotto il profilo dell'organizzazione amministrativa e della particolare complessità della procedura". Anche in questo caso, detta ipotesi può essere abilitata con provvedimento del RUP che conterrà le motivazioni (il RUP deve certificare le situazioni di criticità emerse durante la procedura). Il differimento non può essere superiore a tre mesi.

Uno degli aspetti che occorrerebbe approfondire riguarda le ragioni per cui tale provvedimento – di differimento – sia rimesso al responsabile del progetto e non all'eventuale responsabile di fase, se, evidentemente, nominato. Ciò deve indurre a ritenere che il responsabile di fase debba limitare la sua attività alla sola redazione degli atti e quindi ad una funzione meramente istruttoria/propositiva nei confronti del responsabile unico di progetto.

7.6.3. La nuova disciplina sulla facoltà di non aggiudicare l'appalto

Il nuovo codice dei contratti – nell'art. 108 (rubricato "Criteri di aggiudicazione degli appalti di lavori, servizi e forniture") – ribadisce la possibilità per la stazione appaltante di non aggiudicare l'appalto come già avviene nel codice del 2016.

Le disposizioni, però, si differenziano in modo non irrilevante visto che, con il nuovo impianto normativo, la decisione di non aggiudicare l'appalto deve essere espressa entro un termine contingentato ("entro 30 giorni dalla conclusione delle valutazioni").

In particolare, il comma 10 dell'art. 108, più nel dettaglio, dispone, nel suo primo periodo, che "Le stazioni appaltanti possono decidere di non procedere all'aggiudicazione se nessuna offerta risulti conveniente o idonea in relazione all'oggetto del contratto". L'inciso è del tutto analogo a quanto previsto nel comma 12 dell'art. 95 del codice del 2016.

La norma – come già con il codice del 2016 – conferma anche che la facoltà di non aggiudicare l'appalto per motivazioni economiche o per inadeguatezza tecnica rispetto all'oggetto dell'appalto deve essere preventivamente resa nota agli interessati alla gara o alla procedura negoziata visto che sia nel bando, sia nella lettera di invito, tale prerogativa deve essere chiaramente indicata.

La novità è data dalla disposizione che chiude il secondo periodo. Detto inciso finale della nuova previsione stabilisce infatti che la decisione di non aggiudicare la gara deve essere espressa "non oltre il termine di trenta giorni dalla conclusione delle valutazioni delle offerte".

La norma contingenta, quindi, il tempo entro cui la stazione appaltante deve adottare la decisione di non aggiudicare l'appalto.

Con la nuova norma, pertanto, il RUP si trova a dover esprimere/proporre una decisione, nel caso non si intenda aggiudicare l'appalto – sempre che ciò non risulti dall'istruttoria del seggio di gara o dalle valutazioni espresse dalla commissione – in tempi oggettivamente celeri, per evitare che l'aggiudicatario (potenziale) rimanga in balia di decisioni della stazione appaltante che non vengono assunte.

Altro aspetto che deve essere riportato è che nella relazione tecnica, che accompagna il nuovo codice, gli estensori evidenziano che la decisione di non aggiudicare l'appalto (oltre al termine sopra riportato) deve essere adottata entro i termini fissati per l'aggiudicazione dell'appalto. Termini che ora risultano disciplinati nello specifico allegato I.3 e che, evidentemente, potrebbero non coincidere.

7.7. L'allegato I.2 sui requisiti ed i compiti del RUP

Il nuovo codice dedica ai requisiti ed ai compiti del RUP, come già anticipato, uno specifico allegato destinato – dal 1° luglio 2023 – a sostituire le linee guida ANAC n. 3.

L'allegato risulta composto da 9 articoli in cui, in gran parte, vengono ribaditi i compiti già noti del responsabile unico di progetto. Non mancano però riscritture (che rendono sicuramente maggiormente leggibili le disposizioni) e delle novità (alcune, come anticipato, sostanziano gli approdi giurisprudenziali in materia).

Le principali novità – rispetto a quanto indicato nelle linee guida ANAC n. 3 – si registrano in tema di requisiti che il dipendente deve possedere per essere nominato come RUP. In questo senso dispongono rispettivamente per le concessioni, lavori e servizi tecnici il comma 4, per servizi e forniture il comma 5.

I requisiti, effettivamente, rispetto alle indicazioni dell'autorità anticorruzione risultano calibrati al ribasso, sia in relazione al titolo sia in relazione alla professionalità/esperienza richiesta.

Nel dettaglio (comma 4) per i lavori, concessioni di lavori e servizi tecnici, accanto al titolo si richiede esperienza:

- a) di almeno un anno per i contratti di importo inferiore a 1.000.000 di euro;
- b) di almeno tre anni per i contratti di importo pari o superiore a 1.000.000 di euro e inferiore alla soglia di cui all'art. 14 del codice;
- c) di almeno cinque anni per i contratti di importo pari o superiore alla soglia di cui all'art. 14 del codice.

Nelle procedure complesse si richiede l'adeguata competenza come *project manager* (e la laurea).

L'esperienza si riduce anche per gli appalti di forniture e servizi (comma 5) che deve essere:

- a) di almeno un anno per gli importi inferiori alla soglia di cui all'art. 14 del codice;
- b) di almeno tre anni per gli importi pari o superiori alla soglia di cui all'art. 14 del codice.

Gli artt. 6, 7 e 8 descrivono, ribadendo in gran parte quanto già previsto nelle linee guida, rispettivamente i compiti comuni a tutti i contratti e a tutte le fasi, l'art. 7 dispone circa i compiti relativi alla fase dell'affidamento ed infine l'art. 8 dispone in tema di esecuzione.

Da notare – e non deve considerarsi irrilevante né superfluo – il fatto che ogni articolo ha una clausola di chiusura che assegna al RUP tutti i compiti che, oltre ad essere assegnati direttamente dalla legge, non risultino da norme specifiche essere assegnati ad altri soggetti della stazione appaltante.

La norma è tutt'altro che banale, visto che la previsione analoga contenuta nell'art. 31 ha creato non pochi problemi interpretativi spesso portati innanzi al giudice amministrativo.

Limitando l'analisi alle novità, risulta assolutamente inedita la previsione contenuta nell'art. 6, comma 2, lett. l), in cui si puntualizza che il RUP provvede all'acquisizione del CIG nel caso in cui non sia nominato un responsabile per la fase di affidamento.

Nell'art. 7, sui compiti relativi alla fase dell'affidamento, sono nuove le previsioni contenute nella lettera *d*), primo comma, a mente del quale il RUP adotta il provvedimento di esclusione che oggi è rinvenibile solo in giurisprudenza e nella prassi dell'ANAC (e nei bandi tipo) e del MIMS.

Altra novità è la previsione (pur ovvia, ma necessaria) contenuta nella successiva lettera *g*). A mente della previsione ultima richiamata si legge che il RUP "adotta il provvedimento finale della procedura quando, in base all'ordinamento della stazione appaltante, ha il potere di manifestare all'esterno la volontà della stessa". Per evitare che un RUP privo dei poteri in parola possa comunque adottare, ad esempio, il provvedimento di aggiudicazione.

7.8. RUP e direttore dell'esecuzione (nei contratti di forniture/ servizi)

L'art. 8, comma 4, dell'allegato in commento, ribadisce che il RUP, nei contratti di beni/servizi svolge anche le funzioni di direttore dell'esecuzione al netto di specifici casi (già presenti anche nelle linee guida ANAC n. 3). Si registra però la novità sulle soglie, visto che, nel comma richiamato, lett. *a*), oggi si legge che il direttore dell'esecuzione deve essere soggetto diverso dal RUP nel caso di "prestazioni di importo superiore alle soglie di cui all'articolo 14 del codice" (e quindi, nei settori ordinari, per beni e servizi di importo pari o superiore ai 215 mila euro, per servizi sociali importi pari o superiori ai 750 mila euro). Oggi la soglia è individuata in 500.000 euro.

Gli ulteriori casi sono quelli già noti, ovvero RUP e DEC non possono coincidere in caso di:

- a*) interventi particolarmente complessi sotto il profilo tecnologico;
- b*) prestazioni che richiedono l'apporto di una pluralità di competenze;
- c*) interventi caratterizzati dall'utilizzo di componenti o di processi produttivi innovativi o dalla necessità di elevate prestazioni per quanto riguarda la loro funzionalità;
- d*) per ragioni concernenti l'organizzazione interna alla stazione appaltante, che impongano il coinvolgimento di unità organizzativa diversa da quella cui afferiscono i soggetti che hanno curato l'affidamento.

La previsione, come noto, è particolarmente importante visto che l'art. 45 (in tema di incentivi per funzioni tecniche) consente la possibilità di liquidare il compenso dell'incentivo, nei contratti di beni e servizi, solo in caso di nomina del direttore dell'esecuzione (come già previsto nel codice del 2016).

8. La progettazione

8.1. Premessa

Gli articoli compresi tra il 41 ed il 47 sono dedicati alla progettazione (Parte IV del Libro I). Le norme risultano rubricate come segue:

- Art. 41 (Livelli e contenuti della progettazione)
- Art. 42 (Verifica della progettazione)
- Art. 43 (Metodi e strumenti di gestione informativa digitale delle costruzioni)
- Art. 44 (Appalto integrato)
- Art. 45 (Incentivi alle funzioni tecniche)
- Art. 46 (Concorsi di progettazione)
- Art. 47 (Consiglio superiore dei lavori pubblici).

8.2. I livelli di progettazione

L'art. 41 semplifica rispetto alle previsioni “omologhe” del codice del 2016 (art. 23). In primo luogo la riduzione dei livelli di progettazione da tre (“livelli di successivi approfondimenti tecnici, in progetto di fattibilità tecnica ed economica, progetto definitivo e progetto esecutivo”) a due in particolare “il progetto di fattibilità tecnico-economica e il progetto esecutivo”.

La progettazione deve soddisfare:

- a) i fabbisogni della collettività (già lett. a), primo comma, art. 23 del codice del 2016);
- b) la conformità alle norme ambientali, urbanistiche e di tutela dei beni culturali e paesaggistici, nonché il rispetto di quanto previsto dalla normativa in materia di tutela della salute e della sicurezza delle costruzioni (già lett. c), primo comma, art. 23 del codice del 2016);

- c) la rispondenza ai requisiti di qualità architettonica e tecnico-funzionale, nonché il rispetto dei tempi e dei costi previsti (solo in parte nella lett. *b*), primo comma, art. 23 del codice del 2016);
- d) il rispetto di tutti i vincoli esistenti, con particolare riguardo a quelli idrogeologici, sismici, archeologici e forestali (in parte lett. *d*), primo comma, art. 23 del codice del 2016);
- e) l'efficiamento energetico e la minimizzazione dell'impiego di risorse materiali non rinnovabili nell'intero ciclo di vita delle opere (in parte lett. *d*) ed *f*), primo comma, art. 23 del codice del 2016);
- f) il rispetto dei principi della sostenibilità economica, territoriale, ambientale e sociale dell'intervento, anche per contrastare il consumo del suolo, incentivando il recupero, il riuso e la valorizzazione del patrimonio edilizio esistente e dei tessuti urbani (in parte lett. *d*), primo comma, dell'art. 23 del codice 2016);
- g) la razionalizzazione delle attività di progettazione e delle connesse verifiche attraverso il progressivo uso di metodi e strumenti di gestione informativa digitale delle costruzioni di cui all'art. 43 (in parte lett. *h*), primo comma, art. 23 del codice del 2013);
- h) l'accessibilità e l'adattabilità secondo quanto previsto dalle disposizioni vigenti in materia di barriere architettoniche (in parte lett. *d*), primo comma, art. 23 del codice del 2016);
- i) la compatibilità geologica e geomorfologica dell'opera (in parte lett. *i*), primo comma, art. 23 del codice del 2016).

8.3. L'allegato I.7

I commi 2 e 3 dell'art. 41 in commento dettano disposizioni di dettaglio (contenuti minimi) del quadro esigenziale, del documento di fattibilità delle alternative progettuali, del documento di indirizzo della progettazione, del progetto di fattibilità tecnica ed economica e del progetto esecutivo.

Più nel dettaglio il documento disciplina i due livelli di progettazione individuando le relative modalità di elaborazione e il contenuto.

Il documento definisce anche la disciplina relativa alla verifica di progettazione (art. 42). Trovano conferma le spese generali in un *range* tra il 13 ed il 17 per cento. In particolare per il computo metrico estimativo, si precisa che nel caso di lavorazioni da contabilizzare a corpo, il computo metrico estimativo riporta soltanto il prezzo a corpo; inoltre "al solo fine di pervenire alla determinazione di ciascun prezzo a corpo, è redatto un distinto elaborato, non facente parte del computo metrico estimativo".

Il successivo allegato (I.8) disciplina – come chiarisce il comma 4 – i dettagli relativi alla verifica preventiva dell'interesse archeologico. Più nel dettaglio, come evidenzia l'ANCE, il documento in parola “contiene la disciplina relativa alla verifica preventiva dell'interesse archeologico. Rispetto al vigente art. 25, d.lgs. n. 50/2016, sono eliminati i passaggi procedurali e viene fissato un termine di conclusione della verifica archeologica, oggi rimesso alla determinazione della competente Soprintendenza. Il termine è direttamente stabilito dalla norma e varia da 30 a 60 giorni, in ragione della tipologia di opera, salvo sospensioni, che non possono superare comunque un massimo di 15 giorni. Infine, scompare la previsione speciale sugli interventi in aree di particolare interesse produttivo”. In particolare, l'allegato riprende in larga parte i contenuti del vigente art. 25, d.lgs. n. 50/2016, con alcune significative modifiche, e in particolare:

- a) sono eliminati i passaggi procedurali e gli istituti contemplati nei commi da 4 a 7 del suindicato art. 25, rendendo la procedura più rapida e snella;
- b) il termine di conclusione della verifica archeologica, dapprima rimesso alla determinazione della competente Soprintendenza, oggi è direttamente stabilito dalla norma;
- c) scompare la previsione speciale di cui al comma 15 dell'attuale art. 22 a proposito degli interventi in aree di particolare interesse produttivo.

8.4. Il contenuto dei livelli di progettazione

L'esposizione sui contenuti, rispetto al codice del 2016, si fa sicuramente preferire. Il comma 6 dell'art. 41 dettaglia le finalità ed il contenuto del progetto di fattibilità tecnico-economica, fornendo i criteri da osservare per la relativa redazione e stabilendo che l'approvazione di tale progetto legittima, con valore sostanziale di vincolo, l'avvio della procedura espropriativa.

Più nel dettaglio, si meglio specifica che il progetto di fattibilità tecnico-economica:

- a) individua, tra più soluzioni possibili, quella che esprime il rapporto migliore tra costi e benefici per la collettività in relazione alle specifiche esigenze da soddisfare e alle prestazioni da fornire;
- b) contiene i necessari richiami all'eventuale uso di metodi e strumenti di gestione informativa digitale delle costruzioni;

- c) sviluppa, nel rispetto del quadro delle necessità, tutte le indagini e gli studi necessari per la definizione degli aspetti di cui al comma;
- d) individua le caratteristiche dimensionali, tipologiche, funzionali e tecnologiche dei lavori da realizzare, compresa la scelta in merito alla possibile suddivisione in lotti funzionali;
- e) consente, ove necessario, l'avvio della procedura espropriativa;
- f) contiene tutti gli elementi necessari per il rilascio delle autorizzazioni e approvazioni prescritte;
- g) contiene il piano preliminare di manutenzione dell'opera e delle sue parti.

Il comma 8 sui contenuti del progetto esecutivo, in coerenza con il progetto di fattibilità tecnico-economica:

- a) sviluppa un livello di definizione degli elementi tale da individuarne compiutamente la funzione, i requisiti, la qualità e il prezzo di elenco;
- b) è corredato del piano di manutenzione dell'opera per l'intero ciclo di vita e determina in dettaglio i lavori da realizzare, il loro costo e i loro tempi di realizzazione;
- c) se sono utilizzati metodi e strumenti di gestione informativa digitale delle costruzioni, sviluppa un livello di definizione degli oggetti rispondente a quanto specificato nel capitolato informativo a corredo del progetto;
- d) di regola, è redatto dallo stesso soggetto che ha predisposto il progetto di fattibilità tecnico-economica. Nel caso in cui motivate ragioni giustificano l'affidamento disgiunto, il nuovo progettista accetta senza riserve l'attività progettuale svolta in precedenza.

Il comma 9, ora, contiene una specificazione per il caso in cui entrambi i livelli di progettazione costituiscano oggetto di affidamento esterno, stabilendosi, in tale ipotesi, che l'avvio della progettazione esecutiva è condizionato alla determinazione delle stazioni appaltanti e degli enti concedenti sul progetto di fattibilità tecnico-economica; inoltre, anche in tal caso, ai fini della verifica di coerenza tra le varie fasi (rispondenza del progetto alle esigenze espresse nel documento d'indirizzo; conformità alla normativa vigente), trovano applicazione le previsioni dell'art. 42, comma 1, concernenti la progettazione dei lavori.

9. La programmazione

9.1. Il coordinamento degli atti di programmazione (degli appalti e della contabilità)

L'art. 37 (che trova il suo parziale omologo nell'art. 21 del codice del 2016) contiene disposizioni in tema di programmazione degli appalti. In tema, come nella situazione definita con il codice appena citato, il legislatore ha mantenuto ferma la distinzione tra disciplina generale (appunto declinata nell'art. 37) ed una disciplina di dettaglio specificata nell'allegato I.5 "Elementi per la programmazione dei lavori e dei servizi. Schemi tipo" (che trova il suo omologo nel d.m. n. 14/2018).

Il primo comma introduce una delle maggiori novità, ovvero il programma triennale degli acquisti di beni e servizi (il codice del 2016 prevede un programma biennale in contrasto con la programmazione principale del bilancio che, appunto, è triennale).

In questo modo, come hanno evidenziato gli estensori, si è inteso "allineare l'orizzonte temporale della programmazione degli acquisiti a quella dei lavori nonché degli atti di programmazione economico-finanziaria (DUP e bilancio di previsione)".

Si rafforza la coerenza con i principi contabili (della contabilità armonizzata ex d.lgs. 118/2021) e quindi l'esigenza della previa copertura in relazione all'elenco annuale dei lavori con specifica che "per ogni opera" della "fonte di finanziamento, stanziata nello stato di previsione o nel bilancio o comunque disponibile".

Il comma 2 – modificato con soppressione di alcuni riferimenti in fase di approvazione definitiva – innesta la novità prevedendo che la programmazione, tanto di lavori, quanto di beni/servizi, non è necessaria per le soglie entro cui è consentito l'affidamento diretto (e quindi solo per im-

porti pari o superiori ai 140.000 euro per beni/servizi e pari a superiori ai 150.000 euro per i lavori).

In coerenza con quanto stabilito dal principio contabile sopra richiamato il comma in parola ribadisce che le previsioni relative ai lavori possono essere inseriti nell'elenco triennale solo dopo "l'approvazione del documento di fattibilità delle alternative progettuali e nell'elenco annuale dopo l'approvazione del documento di indirizzo della progettazione" ad eccezione dei lavori di manutenzione ordinaria che possono essere "inseriti nell'elenco triennale anche in assenza del documento di fattibilità delle alternative progettuali".

Il comma 4 semplificherà (visto che si tratta di comma ad applicazione differita al 1° gennaio 2024, pertanto rimangono ferme fino al 31 dicembre 2023 le attuali norme, in particolare il comma 7 dell'art. 21) enormemente gli adempimenti in tema di pubblicazione degli atti di programmazione prevedendo, a differenza del comma 7 dell'art. 21 del codice del 2016 (secondo cui i programmi devono essere pubblicati "sul profilo del committente, sul sito informatico del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e dell'Osservatorio di cui all'articolo 213, anche tramite i sistemi informatizzati delle regioni e delle provincie autonome di cui all'articolo 29, comma 4"), ora la sola pubblicazione sul sito dell'amministrazione ed in BDNC. La programmazione e pubblicazione è invece espressamente esclusa (comma 5) per la pianificazione delle attività dei soggetti aggregatori e delle centrali di committenza.

L'art. 38 (rubricato "Localizzazione e approvazione del progetto delle opere") – altra norma inedita – prevede un procedimento appositamente dedicato alle localizzazioni delle opere di interesse statale, uniformando, coordinando e semplificando le previsioni contenute nel d.P.R. n. 383 del 1994, nell'art. 13 d.l. n. 76 del 2021 e nell'art. 44 d.l. n. 77 del 2021, in conformità con i criteri e gli indirizzi della legge delega (art. 2, lett. o)). La formulazione della disposizione in esame si è ispirata al testo dell'art. 44, comma 4, del d.l. n. 77/2021, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 108/2021, pur nella considerazione degli elementi di peculiarità che caratterizzano le opere oggetto della sopra indicata disposizione, ritenendosi le scelte operate funzionali ad assicurare gli obiettivi perseguiti con la legge delega. L'ANCE, nel documento specifico di lettura delle principali novità del codice, segnala che questa "nuova disciplina della localizzazione delle opere pubbliche contiene diverse semplificazioni (es. utilizzo della conferenza di servizi semplificata, superamento intesa Stato-regioni in caso di opere di interesse statale, VIA contestuale alla conferenza di servizi, ecc.). Alcuni aspetti però necessiteranno di essere definiti con maggiore chiarezza (es. coordinamento con il d.P.R. n. 383/1994)".

L'art. 39 (rubricato "Programmazione e progettazione delle infrastrutture strategiche e di preminente interesse nazionale") abroga l'art. 201 del codice del 2016 (rubricato "Strumenti di pianificazione e programmazione"). Si tratta della norma che disciplina la programmazione e la progettazione delle infrastrutture strategiche e di preminente interesse nazionale.

La disposizione introduce momenti, nuovi, di semplificazione e velocizzazione delle procedure. In questo senso il comma 1 prevede che la decisione di qualificare una infrastruttura come strategica e di preminente interesse nazionale venga adottata dal Consiglio dei Ministri, con conseguente inserimento (comma 2) nel Documento di economia e finanza (DEF) delle infrastrutture strategiche e di preminente interesse nazionale.

Il comma 4 stabilisce che il Consiglio superiore dei lavori pubblici, senza nuovi o maggiori oneri, istituisce un comitato speciale per l'esame dei progetti relativi agli interventi di cui al presente articolo.

Il comma 5 prevede, in maniera innovativa e con finalità di accelerazione delle procedure, che in presenza di dissensi qualificati ai sensi dell'art. 14-*quinquies*, comma 1, della legge 7 agosto 1990, n. 241, la procedura di cui ai commi 4, 5 e 6 del medesimo articolo può essere sostituita dall'adozione di un decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro delle infrastrutture e trasporti, previa deliberazione del CIPESS, integrato dai presidenti delle regioni o delle province autonome interessate, sentita la Conferenza unificata di cui all'art. 8 del d.lgs. 28 agosto 1997, n. 281. Il predetto decreto approva il progetto di fattibilità tecnico-economica delle infrastrutture di cui al presente articolo e produce i medesimi effetti di cui all'art. 38, comma 10, del codice, ossia: approva il progetto e perfeziona l'intesa tra gli enti territoriali interessati anche ai fini della localizzazione dell'opera, della conformità urbanistica e paesaggistica dell'intervento, della risoluzione delle interferenze e delle relative opere mitigatrici e compensatrici; ha effetto di variante agli strumenti urbanistici vigenti, comprende il provvedimento di VIA, i titoli abilitativi necessari e la dichiarazione di pubblica utilità ed indifferibilità delle opere nonché il vincolo preordinato all'esproprio e consente la realizzazione di tutte le opere e attività previste nel progetto approvato.

9.2. L'allegato I.5

Come anticipato, l'allegato specifico in tema di programmazione – che riprende il contenuto del d.m. 16 gennaio 2018, n. 14, con sole variazioni lessicali ed adattamenti alle nuove previsioni –, definisce (art. 37, comma 6):

- a) gli schemi tipo, gli ordini di priorità degli interventi, comprensivi del completamento delle opere incompiute e dell'effettuazione dei lavori programmati e non avviati, e la specificazione delle fonti di finanziamento;
- b) le condizioni che consentono di modificare la programmazione e di realizzare un intervento o procedere a un acquisto non previsto nell'elenco annuale;
- c) le modalità di raccordo con la pianificazione dell'attività dei soggetti aggregatori e delle centrali di committenza ai quali le stazioni appaltanti e gli enti concedenti possono delegare le attività.

Il comma 7 del medesimo art. 37 chiarisce, come accade per ogni allegato, la prossima sostituzione con specifico regolamento ministeriale (decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, previo parere del Comitato interministeriale per la programmazione economica e lo sviluppo sostenibile (CIPESS), d'intesa con la Conferenza unificata, che lo sostituirà integralmente anche in qualità di allegato al codice) che sancirà la sua abrogazione.

10. Le fasi del procedimento. La nuova aggiudicazione

10.1. Premessa sull'aggiudicazione nel codice del 2016

Il codice del 2016 con l'art. 32 (e con l'art. 33) prevede effettivamente una dinamica complessa circa la fase amministrativa dell'aggiudicazione dell'appalto. Più nel dettaglio, si prevede una prima aggiudicazione non efficace (comma 5 o proposta di aggiudicazione) che diventa efficace solo una volta riscontrati positivamente i requisiti ai sensi del comma 1 dell'art. 33.

In pratica si registra un primo passaggio – che in alcune stazioni appaltanti viene anche formalizzato con apposita determinazione (approvazione della proposta di aggiudicazione presentata, ad esempio, dalla commissione di gara nel caso di appalto da aggiudicarsi con il multicriterio) – che apre la fase dei controlli di competenza del RUP o di una struttura di supporto. Fase che, se i requisiti sono riscontrati positivamente, porta poi alla formalizzazione (ulteriore determinazione) di aggiudicazione efficace che consente, nella disciplina codicistica anche l'esecuzione in via d'urgenza e comunque determina il decorso dei termini per giungere alla stipula del contratto.

Questa macchinosa disciplina, spesso equivocata nella prassi e nella giurisprudenza, è oggetto di ampia, e condivisibile, modifica.

10.2. Le novità

La novità è costituita da una importante sottolineatura anche sulle competenze (che in ogni caso devono essere meglio chiarite). Il comma 5 dell'art. 17 nel primo periodo puntualizza che “L'organo preposto alla valutazione delle offerte predispone la proposta di aggiudicazione alla migliore offerta non anomala”.

La prima questione da chiarire è quale sia l'organo in parola abilitato a valutare le offerte e a predisporre, quindi, la proposta di aggiudicazione.

In caso di appalto da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la valutazione delle offerte è di competenza della commissione di gara. Nel caso di appalto da aggiudicarsi con il prezzo più basso, la valutazione delle offerte può essere rimessa ad un seggio di gara o al RUP. La particolarità è che il nuovo ordinamento non prevede più la c.d. aggiudicazione non efficace, visto che il RUP predisporrà per il proprio dirigente/responsabile del servizio la proposta di aggiudicazione dopo aver verificato (o aver fatto verificare) il possesso dei requisiti dell'aggiudicatario.

Per completezza, rimangono ferme le norme già note ovvero (comma 6) secondo cui "L'aggiudicazione non equivale ad accettazione dell'offerta. L'offerta dell'aggiudicatario è irrevocabile fino al termine stabilito per la stipulazione del contratto". E che (comma 7) una "volta disposta l'aggiudicazione, il contratto è stipulato secondo quanto previsto dall'articolo 18" (si rinvia al commento specifico).

10.3. La stipula del contratto nel nuovo codice

Il nuovo codice – nel perseguire lo scopo della semplificazione, come si legge nella relazione tecnica – riscrive gli artt. 32 e 33 del codice del 2016. Alla stipula del contratto, in particolare, è dedicato l'art. 18 del nuovo impianto normativo.

Il primo comma dell'articolo (come già il comma 14 dell'art. 32 del codice del 2016) ribadisce che la forma scritta si impone a pena di nullità.

La prima novità riguarda il richiamo – per la definizione (le definizioni non sono direttamente innestate in norme del codice) – all'allegato I.1 (rubricato "Definizioni dei soggetti, dei contratti, delle procedure e degli strumenti"), art. 3 (rubricato "Definizioni delle procedure e degli strumenti"), comma 1, lett. *b*), in cui si legge che per "«scritto» o «per iscritto»" si intende "un insieme di parole o cifre che può essere letto, riprodotto e poi comunicato, comprese le informazioni generate, trasmesse e archiviate con mezzi elettronici e con piattaforme di *e-procurement*".

Il contratto deve essere stipulato – come già noto – in modalità elettronica ai sensi del CAD e può "rivestire" la forma:

- pubblica amministrativa a cura dell'ufficiale rogante della stazione appaltante,
- dell'atto pubblico notarile informatico,
- della scrittura privata.

Si ribadisce la “stipula” mediante corrispondenza secondo l’uso commerciale, consistente in un apposito scambio di lettere, anche tramite posta elettronica certificata o sistemi elettronici di recapito certificato qualificato ai sensi del regolamento UE n. 910/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 luglio 2014. I capitolati e il computo metrico estimativo, richiamati nel bando o nell’invito, fanno parte integrante del contratto, nel caso di procedura negoziata o affidamento diretto. Per intendersi, pertanto, nel sotto soglia comunitario.

Il contratto, ordinariamente, deve essere stipulato entro 60 giorni (nel sotto soglia entro 30 giorni) anche nel caso di pendenza di contenzioso con alcune eccezioni di cui si dirà più avanti.

La particolarità è che i termini in parola decorrono dal momento in cui diviene efficace l’aggiudicazione.

La norma sembra scontare un refuso, visto che l’aggiudicazione non diventa efficace ma – con il nuovo codice che non “conosce” l’aggiudicazione non efficace – nasce, sia consentito, già efficace nel senso che implica la previa verifica dei requisiti e, prima di quel momento, non viene più configurata una aggiudicazione, ma un momento istruttorio “sospeso” rimesso al RUP.

Nel senso che il RUP, ricevuta la proposta di aggiudicazione da parte della commissione o dal seggio di gara, deve avviare (o far avviare, eventualmente, al responsabile di fase amministrativa se nominato) la verifica dei requisiti.

Il termine dei 60 giorni non deve essere rispettato, testualmente:

- 1) nel caso di appalto sotto soglia (il contratto deve essere stipulato entro 30 giorni);
- 2) nel classico caso in cui sia stato “proposto ricorso avverso l’aggiudicazione con contestuale domanda cautelare” non si può procedere alla stipula “dal momento della notificazione dell’istanza cautelare alla stazione appaltante o all’ente concedente fino alla pubblicazione del provvedimento cautelare di primo grado o del dispositivo o della sentenza di primo grado, in caso di decisione del merito all’udienza cautelare”. Si conferma, quindi, quanto previsto nel comma 11 dell’art. 32 del codice del 2016 ribadendo anche che “l’effetto sospensivo cessa quando, in sede di esame della domanda cautelare, il giudice si dichiara incompetente (secondo quanto previsto nel CPA) o fissa con ordinanza la data di discussione del merito senza pronunciarsi sulle misure cautelari con il consenso delle parti, valevole quale implicita rinuncia all’immediato esame della domanda cautelare”;
- 3) la lettera c) riformula la possibilità di un diverso accordo – sui termini di stipula – tra aggiudicatario e amministrazione sempre privilegiando

(come anche previsto dal d.l. n. 76/2020) l'interesse della stazione appaltante o dell'ente concedente. Accordo – e quindi chiara indicazione per il RUP – che pertanto deve sempre essere “compatibilmente con quello generale alla sollecita esecuzione del contratto”.

Per lo *stand still* (il periodo di “quarantena” entro cui, salvo alcune eccezioni, non è possibile stipulare il contratto a tutela degli altri competitori) il comma 3 riprende le previsioni comunitarie. Nel comma in parola si ribadisce che “Il contratto non può essere stipulato prima di trentacinque giorni dall'invio dell'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione” con le eccezioni nei casi:

- a) di procedura in cui è stata presentata o ammessa una sola offerta e non sono state tempestivamente proposte impugnazioni del bando o della lettera di invito, o le impugnazioni sono già state respinte con decisione definitiva;
- b) di appalti basati su un accordo quadro;
- c) di appalti specifici basati su un sistema dinamico di acquisizione;
- d) di contratti di importo inferiore alle soglie europee.

L'inciso ultimo (lett. *d*)) risulta differente dalla previsione del codice del 2016 in cui si legge che non è necessario applicare lo *stand still* “nel caso di acquisto effettuato attraverso il mercato elettronico nei limiti di cui all'articolo 3, lettera *bbbb*) e nel caso di affidamenti effettuati ai sensi dell'articolo 36, comma 2, lettere *a*) e *b*)”. Come noto, nel caso di affidamento diretto “mediato” di cui alla lettera *b*), ad esempio per lavori, si può giungere fino a (al di sotto dei) 150.000 euro. L'attuale previsione invece esclude lo *stand still* per tutto il sotto soglia (art. 14).

I commi 5, 6 e 7 introducono un microsistema normativo in cui si disciplinano le conseguenze determinate dalla mancata stipula del contratto distinguendo il caso della responsabilità della stazione appaltante (del RUP) dal caso in cui ciò sia stato determinato dal comportamento dell'aggiudicatario.

Il comma 5, oggettivamente, risulta diverso dall'attuale disposizione del codice del 2016 (il quinto periodo del comma 8, art. 32), in cui si legge che “Se la stipulazione del contratto non avviene nel termine fissato, l'aggiudicatario può, mediante atto notificato alla stazione appaltante, sciogliersi da ogni vincolo o recedere dal contratto. All'aggiudicatario non spetta alcun indennizzo, salvo il rimborso delle spese contrattuali documentate”.

Ora, il comma 5 dell'art. 18 – anche in coerenza con quanto stabilito dall'allegato I.3 (termini delle procedure di gara la cui violazione determina silenzio inadempimento aprendo a prospettive risarcitorie) – dispone che “Se la stipula del contratto non avviene nel termine per fatto del-

la stazione appaltante o dell'ente concedente, l'aggiudicatario può farne constatare il silenzio inadempimento o, in alternativa, può sciogliersi da ogni vincolo mediante atto notificato. All'aggiudicatario non spetta alcun indennizzo, salvo il rimborso delle spese contrattuali”.

La constatazione del silenzio inadempimento potrebbe portare quindi alla stipula imposta dal giudice.

Il comma 6, quindi, disciplina le conseguenze della mancata stipula da parte dell'aggiudicatario che “può costituire motivo di revoca dell'aggiudicazione”.

Il fatto di non essere addivenuti alla stipula del contratto – al netto delle specifiche di cui ai commi sopra riportati – “costituisce violazione del dovere di buona fede, anche in pendenza di contenzioso”.

Per i contratti per cui è richiesta la previa approvazione il comma 8 – come l'omologo comma 12 dell'art. 32 del codice del 2016 – ribadisce che il contratto “è sottoposto alla condizione risolutiva dell'esito negativo della sua approvazione, laddove prevista, da effettuarsi entro trenta giorni dalla stipula. Decorso tale termine, il contratto si intende approvato”.

Il comma 9 innova prevedendo la facoltà di stipula di contratti di assicurazione “per la responsabilità civile derivante dalla conclusione del contratto e dalla prosecuzione o sospensione della sua esecuzione”. Circostanza che dovrebbe *alleggerire* la situazione dei dirigenti/responsabili di servizio delle stazioni appaltanti/enti concedenti.

Il comma di chiusura della norma in commento (comma 10) contiene l'innovativo rinvio all'allegato I.4 rubricato “Imposta di bollo relativa alla stipulazione del contratto”.

Si tratta dell'allegato, composto da tre articoli (senza rubrica) in cui si precisa quanto segue.

All'art. 1: “Il valore dell'imposta di bollo, che l'appaltatore è tenuto a versare al momento della stipula del contratto, è determinato sulla base della Tabella A” ovvero:

Fascia di importo contratto (valori in euro)	Imposta (valori in euro)
< 40.000	esente
≥ 40.000 < 150.000	40
≥ 150.000 < 1.000.000	120
≥ 1.000.000 < 5.000.000	250
≥ 5.000.000 < 25.000.000	500
≥ 25.000.000	1.000

Nell'art. 2 si chiarisce che "Il pagamento dell'imposta di cui all'articolo 1 ha natura sostitutiva dell'imposta di bollo dovuta per tutti gli atti e documenti riguardanti la procedura di selezione e l'esecuzione dell'appalto, fatta eccezione per le fatture, note e simili di cui all'articolo 13, punto 1, della Tariffa, Parte I, allegata al decreto del Presidente della Repubblica 26 ottobre 1972, n. 642".

Le modalità telematiche di versamento (art. 3) sono rimesse ad un provvedimento del direttore dell'AGE.

Il comma 10 dell'art. 18 nel suo secondo periodo chiarisce che con la tabella "sono sostituite le modalità di calcolo e versamento dell'imposta di bollo di cui al decreto del Presidente della Repubblica 26 ottobre 1972, n. 642, in materia di contratti pubblici disciplinati dal codice" e che l'allegato verrà sostituito da apposito decreto "del Ministro dell'economia e delle finanze".

11. I criteri di aggiudicazione

11.1. Premessa

La disposizione contenuta nell'art. 108 ("Criteri di aggiudicazione degli appalti di lavori, servizi e forniture") è finalizzata a disciplinare i criteri di aggiudicazione degli appalti pubblici con il riferimento, conforme alla direttiva 2014/24/UE, dei criteri del prezzo più basso e dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Il primo comma riprende il testo delle disposizioni contenute nel d.lgs. n. 50 del 2016, con alcune modifiche intervenute anche nella fase di approvazione definitiva.

11.2. I criteri di aggiudicazione nel sotto soglia comunitario

Il primo comma stabilisce l'equiordinazione tra criteri di aggiudicazione al netto di specifiche ipotesi in cui il multicriterio, ovvero un criterio che tenga conto della necessità di valorizzare aspetti qualitativi, si impone.

In questo senso il comma 2 puntualizza che alcuni appalti vengano aggiudicati "esclusivamente sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo" e precisamente:

- a) i contratti relativi ai servizi sociali e di ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica, nonché ai servizi ad alta intensità di manodopera, come definiti dall'art. 2, comma 1, lett. e), dell'allegato I.1;
- b) i contratti relativi all'affidamento dei servizi di ingegneria e architettura e degli altri servizi di natura tecnica e intellettuale di importo pari o superiore a 140.000 euro;

- c) i contratti di servizi e le forniture di importo pari o superiore a 140.000 euro caratterizzati da notevole contenuto tecnologico o che hanno un carattere innovativo;
- d) gli affidamenti in caso di dialogo competitivo e di partenariato per l'innovazione;
- e) gli affidamenti di appalto integrato;
- f) i contratti relativi ai lavori caratterizzati da notevole contenuto tecnologico o con carattere innovativo". Questa ipotesi non prevista negli schemi è stata introdotta in fase di approvazione definitiva.

Il comma 3 evidenzia che il monocriterio (criterio del minor prezzo) può essere utilizzato "per i servizi e le forniture con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato, fatta eccezione per i servizi ad alta intensità di manodopera". Sono tali i contratti nei quali il costo della manodopera è pari o superiore al 50 per cento dell'importo complessivo dei corrispettivi.

Il comma 4, chiarito che nei documenti di gara deve essere specificato il criterio di aggiudicazione, evidenzia che la stazione appaltante è tenuta:

- al fine di assicurare l'effettiva individuazione del miglior rapporto qualità/prezzo, a valorizzare gli elementi qualitativi dell'offerta e ad individuare criteri tali da garantire un confronto concorrenziale effettivo sui profili tecnici;
- nelle attività di approvvigionamento di beni e servizi informatici per la pubblica amministrazione, nella valutazione dell'elemento qualitativo ai fini dell'individuazione del miglior rapporto qualità prezzo per l'aggiudicazione, devono sempre tenere "in considerazione gli elementi di cybersicurezza, attribuendovi specifico e peculiare rilievo nei casi in cui il contesto di impiego è connesso alla tutela degli interessi nazionali strategici";
- nel caso appena riportato per l'offerta economica non può essere previsto un punteggio superiore al 10%;
- nel caso di contratti ad alta intensità di manodopera il RUP è tenuto a rimanere entro il tetto massimo, per l'offerta economica, del 30%.

Il comma 5, corrispondente all'art. 67, par. 2, ultimo periodo della direttiva, prevede che l'elemento relativo al costo può assumere la forma di un prezzo o costo fisso sulla base del quale gli operatori economici competeranno solo in base a criteri qualitativi.

Al comma 6, corrispondente all'art. 67, par. 4, della direttiva, si prevede che i criteri di aggiudicazione sono considerati connessi all'oggetto dell'appalto ove riguardino lavori, forniture o servizi da fornire nell'ambito di tale appalto sotto qualsiasi aspetto e in qualsiasi fase del loro ciclo di vita, compresi fattori coinvolti nel processo specifico di produzione,

fornitura o scambio di questi lavori, forniture o servizi o in un processo specifico per una fase successiva del loro ciclo di vita, anche se questi fattori non sono parte del loro contenuto sostanziale.

I commi 7 e 8 riprendono il contenuto dell'art. 67, par. 5, della direttiva e prevedono che i documenti di gara indichino i singoli criteri di valutazione e la relativa ponderazione, anche stabilendo una forcella in cui lo scarto tra il minimo e il massimo deve essere adeguato. Per ciascun criterio di valutazione scelto possono essere previsti sub-criteri e sub-pesi o sub-punteggi. Nel caso in cui la ponderazione descritta al settimo comma non sia possibile, le stazioni appaltanti indicano negli atti di gara l'ordine decrescente di importanza dei criteri. Per attuare la ponderazione o comunque attribuire il punteggio a ciascun elemento dell'offerta, le amministrazioni aggiudicatrici utilizzano metodologie tali da consentire di individuare con un unico parametro numerico finale l'offerta più vantaggiosa.

Al comma 7, in fase di approvazione definitiva si è preferito specificare che "Ai fini della tutela della libera concorrenza e della promozione del pluralismo degli operatori nel mercato, le procedure relative agli affidamenti di cui al Libro II, Parte IV, possono prevedere, nel bando di gara, nell'avviso o nell'invito, criteri premiali atti a favorire la partecipazione delle piccole e medie imprese nella valutazione dell'offerta. Le disposizioni di cui al terzo periodo si applicano compatibilmente con il diritto dell'Unione europea e con i principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza e proporzionalità".

Nei commi seguenti 9-12 si prevede (comma 9) che nell'offerta economica l'operatore indichi, a pena di esclusione, i propri costi della manodopera e gli oneri aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro ad esclusione delle forniture senza posa in opera, dei servizi di natura intellettuale. La disposizione è presente anche nel codice del 2016 ed è ormai oggetto di un consolidato orientamento giurisprudenziale diretto a descrivere l'omissione in questione quale causa di esclusione. A tali fini, è stato espressamente inserito l'inciso "a pena di esclusione" per dare maggiore certezza agli operatori giuridici derivanti dalla citata omissione dichiarativa.

Il successivo comma 10 prevede, secondo una norma già nota contenuta nell'art. 94, comma 2, del codice del 2016, che le stazioni appaltanti possono comunque decidere, prevedendo espressamente tale facoltà nel bando di gara o nella lettera di invito, di non procedere all'aggiudicazione se nessuna offerta risulti conveniente o idonea in relazione all'oggetto del contratto, con l'innesto di una novità assoluta (non presente appunto nel

codice del 2016) secondo cui la decisione di non aggiudicare l'appalto deve avvenire non oltre il termine di trenta giorni dalla conclusione delle valutazioni delle offerte.

Nella relazione tecnica, altresì, si specifica che detta decisione deve essere assunta entro i termini del procedimento di aggiudicazione dell'appalto (di cui all'allegato I.2).

Il comma 11 prevede che, in caso di appalti di lavori aggiudicati con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, individuata sulla base del migliore rapporto qualità/prezzo, le stazioni appaltanti non possono attribuire alcun punteggio per l'offerta di opere aggiuntive rispetto a quanto previsto nel progetto esecutivo a base d'asta. Rispetto alla formulazione vigente, si chiarisce che la disposizione è applicabile ai soli appalti di lavori.

Il comma di chiusura (comma 12), in sostanziale continuità con la regola vigente, prevede che l'esclusione di uno o più concorrenti dalle procedure, intervenuta anche a seguito di una pronuncia giurisdizionale, successivamente all'aggiudicazione, non rileva ai fini del calcolo delle medie nella procedura né per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte eventualmente stabilita dai documenti di gara e non produce conseguenze sui procedimenti relativi agli altri lotti della medesima gara.

Nella relazione tecnica si evidenzia che, rispetto al testo dell'art. 95 contenuto nel codice del 2016, sono eliminati, per confluire eventualmente negli allegati al codice: il comma 6 nella parte in cui esemplifica i criteri di aggiudicazione dell'offerta utilizzabili dalle stazioni appaltanti, suscettibile di inserimento in normativa secondaria attuativa del codice; il comma 13 nella parte in cui fa riferimento ai criteri premiali dell'offerta; il comma 14, nella parte in cui fa riferimento a ulteriori disposizioni applicabili nei casi di adozione del criterio di aggiudicazione del miglior rapporto qualità/prezzo.

Si deve evidenziare che, al netto di quanto previsto dalla parte finale del comma 4 (modificato in fase di approvazione definitiva), lo stesso, come visto sopra, contiene un tetto massimo al punteggio assegnabile in caso di affidamento di beni/servizi informatici e nel caso di contratti ad alta intensità di manodopera) come sia stato soppresso il comma 10-*bis* che, allo scopo di valorizzare gli elementi qualitativi dell'offerta, disponeva, in assenza di analogo vincolo europeo, che la stazione appaltante stabilisce un tetto massimo per il punteggio economico entro il limite del 30 per cento (regola del 70/30). La scelta dell'eliminazione di tale regola è dipesa dall'analisi economica che ha dimostrato come la stessa contenga degli elementi critici, distorsivi del mercato, secondo quanto rilevato

anche dall'AGCM con la segnalazione S4143 in data 23 marzo 2021 al Presidente del Consiglio dei Ministri. È prevalsa dunque la volontà di rimettere alle stazioni appaltanti la scelta di quanto incida l'aspetto tecnico e quello economico, svincolandole da soluzioni precostituite, in quanto tali necessariamente astratte. L'obiettivo perseguito dalla nuova formulazione è proprio quello di consentire la migliore fruizione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, adeguando il peso delle due componenti (prezzo e qualità) alle effettive caratteristiche dello specifico appalto.

Questa valutazione è inevitabilmente rimessa alle stazioni appaltanti, nella consapevolezza che la scelta della formula è espressiva delle preferenze e degli obiettivi perseguiti. In particolare, deve considerarsi che la scelta di una formula influenza l'attribuzione del punteggio su una delle componenti (prezzo o qualità); è importante che la stazione appaltante valuti l'interdipendenza degli elementi, in quanto non necessariamente una maggiore complessità della parte tecnica e del punteggio per la stessa previsto conduce ad offerte tecniche migliori.

L'analisi economica ha evidenziato infatti che le formule di utilizzo più comune (lineari, paraboliche, al prezzo minimo o anche alla media) sono di utile applicazione e inducono gli operatori economici ad abbassare i prezzi e/o migliorare la qualità anche solo attraverso l'uso di base d'asta, di prezzi minimi o di semplici parametri discrezionali. A puro titolo esemplificativo, può dirsi che, applicando una formula parabolica, la stazione appaltante, anche attraverso la scelta di un parametro della formula, può evitare che gli operatori economici competano eccessivamente sul prezzo, limitando la qualità dell'offerta (la scelta del parametro determina cioè l'incentivo ad abbassare i prezzi).

Dalla disamina della casistica trattata dall'AGCM emerge, da ultimo, la necessaria attenzione che le stazioni appaltanti debbono avere per disincentivare accordi tra operatori; se ne desume in particolare che le stazioni appaltanti devono cercare di evitare situazioni in cui gli operatori possano conseguire tutti lo stesso punteggio tecnico, poiché tale condizione inevitabilmente favorisce gli accordi sul prezzo.

Anche in una prospettiva comparatistica si è rilevato che nella maggior parte degli Stati membri non è prevista una ponderazione vincolata di tipo generalizzato (Svezia, Germania, Danimarca, Austria e Irlanda) e in due ordinamenti sono previsti vincoli legati a specifiche tipologie di appalto (Grecia e Spagna).

12. La qualificazione delle stazioni appaltanti

12.1. Premessa

Il Titolo I “Le stazioni appaltanti”, della Parte III “Dei soggetti”, del Libro II “Dell’appalto”, viene dedicato alla questione della qualificazione delle stazioni appaltanti. Si tratta di un Titolo che contiene solo 3 articoli – come si vedrà più avanti – a differenza del Titolo “omologo” del codice del 2016 (Titolo II della Parte II “Contratti d’appalto per lavori, servizi e forniture”) che contiene 4 articoli, alcuni oggettivamente non pertinenti (es. sul “Conflitto di interessi”), che nel nuovo codice hanno trovato più appropriata collocazione.

12.2. Qualificazione delle stazioni appaltanti

L’art. 62 ⁽¹⁾, rubricato “Aggregazioni e centralizzazione delle committenze”, si introduce, quindi, in sostituzione delle linee guida ANAC, approvate con la deliberazione n. 441/2022 (Linee guida recanti “attuazione – anche a fasi progressive – del sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza da porre alla base del nuovo sistema di qualificazione che sarà reso operativo al momento della en-

⁽¹⁾ Ai sensi del comma 17 “Dall’applicazione del presente articolo e dell’articolo 63 sono esclusi le imprese pubbliche e i soggetti privati titolari di diritti speciali o esclusivi quando svolgono una delle attività previste dagli articoli da 146 a 152. Con modifiche e integrazioni all’allegato II.4 possono essere disciplinati i criteri di qualificazione per gli enti e i soggetti di cui al primo periodo e le regole di iscrizione nell’elenco ANAC, oltre che le regole di funzionamento e gli ambiti di riferimento delle relative centrali di committenza”. Il comma 18 – di chiusura dell’articolo – precisa che “La progettazione, l’affidamento e l’esecuzione di contratti di partenariato pubblico-privato possono essere svolti da soggetti qualificati per i livelli di cui all’articolo 63, comma 2, lettere *b*) e *c*)”.

trata in vigore della riforma della disciplina dei contratti pubblici”), a cui il codice del 2016 ha assegnato il compito di stabilire la disciplina ed i requisiti sul sistema di qualificazione.

Il primo comma chiarisce che tutte le stazioni appaltanti – fermo restando l’obbligo dell’applicazione dell’impianto normativo relativo al sistema c.d. della *spending review* (“obblighi di utilizzo di strumenti di acquisto e di negoziazione previsti dalle vigenti disposizioni in materia di contenimento della spesa”) – potranno procedere direttamente ed autonomamente con l’acquisizione di forniture e servizi solo nei limiti dei 140.000 euro (soglia entro cui è consentito l’affidamento diretto) e per lavori per importi infra 500.000 euro (le linee guida, invece, stabilivano detta autonomia solo nei limiti degli importi per cui è consentito l’affidamento diretto, importi infra 150.000 euro per i lavori).

Nell’ambito delle cifre in parola, pertanto, per appalti non finanziati con il PNRR/PNC le stazioni appaltanti operano autonomamente fermo restando, appunto, il rispetto degli obblighi di conduzione “telematica” dell’appalto e dell’applicazione del sistema *spending review*.

Per importi superiori a quelli appena indicati le stazioni appaltanti devono avere la qualificazione (art. 63) secondo le disposizioni dell’allegato II.4 che verrà sostituito da uno specifico regolamento (che indica i requisiti necessari per ottenerla). Senza la qualificazione non potrà essere autonomamente esperito l’appalto visto che ANAC (che mantiene funzioni di coordinamento dei soggetti aggregatori) non rilascerà più il CIG.

12.3. Prerogative delle stazioni appaltanti

I commi 5 e 6 individuano le prerogative delle stazioni appaltanti, a seconda che abbiano o meno acquisito la qualificazione. Per una migliore lettura le stesse si riportano a confronto.

Codice 36/2023 Art. 62 (Aggregazioni e centralizzazione delle committenze)	
<p>5. Le stazioni appaltanti qualificate, fatto salvo quanto previsto al comma 1 del presente articolo e al comma 8 dell’articolo 63, possono:</p> <p>a) effettuare, in funzione dei livelli di qualificazione posseduti, gare di importo superiore alle soglie indicate al comma 1 del presente articolo;</p> <p>b) acquisire lavori, servizi e forniture avvalendosi di una centrale di committenza qualificata;</p>	<p>6. Le stazioni appaltanti non qualificate ai sensi del comma 2 dell’articolo 63, fatto salvo quanto previsto dal comma 1 del presente articolo:</p> <p>a) procedono all’acquisizione di forniture, servizi e lavori ricorrendo a una centrale di committenza qualificata;</p> <p>b) ricorrono per attività di committenza ausiliaria di cui all’articolo 3, comma 1, lettera z), dell’allegato I.1 a centrali di committenza qualificate e a stazioni appaltanti qualificate;</p>



Codice 36/2023 Art. 62 (Aggregazioni e centralizzazione delle committenze)	
<p>c) svolgere attività di committenza ausiliaria ai sensi del comma 11;</p> <p>d) procedere mediante appalto congiunto ai sensi del comma 14;</p> <p>e) procedere mediante utilizzo autonomo degli strumenti telematici di negoziazione messi a disposizione secondo la normativa vigente dalle centrali di committenza qualificate;</p> <p>f) procedere all'effettuazione di ordini su strumenti di acquisto messi a disposizione dalle centrali di committenza anche per importi superiori ai livelli di qualificazione posseduti, con preliminarmente preferenza per il territorio regionale di riferimento. Se il bene o il servizio non è disponibile o idoneo al soddisfacimento dello specifico fabbisogno della stazione appaltante, oppure per ragioni di convenienza economica, la stazione appaltante può agire, previa motivazione, senza limiti territoriali;</p> <p>g) eseguono i contratti per conto delle stazioni appaltanti non qualificate nelle ipotesi di cui al comma 6, lettera g).</p>	<p>c) procedono ad affidamenti per servizi e forniture di importo inferiore alla soglia europea di cui ai commi 1 e 2 dell'articolo 14 nonché ad affidamenti di lavori di manutenzione ordinaria d'importo inferiore a 1 milione di euro mediante utilizzo autonomo degli strumenti telematici di negoziazione messi a disposizione dalle centrali di committenza qualificate secondo la normativa vigente;</p> <p>d) effettuano ordini su strumenti di acquisto messi a disposizione dalle centrali di committenza qualificate e dai soggetti aggregatori, con preliminarmente preferenza per il territorio regionale di riferimento. Se il bene o il servizio non è disponibile o idoneo al soddisfacimento dello specifico fabbisogno della stazione appaltante, oppure per ragioni di convenienza economica, la stazione appaltante può agire, previa motivazione, senza limiti territoriali;</p> <p>e) eseguono i contratti per i quali sono qualificate per l'esecuzione;</p> <p>f) eseguono i contratti affidati ai sensi delle lettere b) e c);</p> <p>g) qualora non siano qualificate per l'esecuzione, ricorrono a una stazione appaltante qualificata, a una centrale di committenza qualificata o a soggetti aggregatori; in tal caso possono provvedere alla nomina di un supporto al RUP della centrale di committenza affidante.</p>

12.4. Il ricorso alla stazione appaltante e/o centrale di committenza qualificata

Il comma 7 disciplina i compiti/le prerogative delle centrali di committenza a cui le stazioni appaltanti possono affidarsi (così come possono affidarsi alle stazioni appaltanti qualificate per l'espletamento dei compiti

che implicano il possesso della qualificazione). In particolare le centrali di committenza, in relazione ai requisiti di qualificazione posseduti:

- a) progettano, aggiudicano e stipulano contratti o accordi quadro per conto delle stazioni appaltanti non qualificate;
- b) progettano, aggiudicano e stipulano contratti o accordi quadro per conto delle stazioni appaltanti qualificate;
- c) progettano, aggiudicano e stipulano convenzioni e accordi quadro ai quali le stazioni appaltanti qualificate e non qualificate possono aderire per l'aggiudicazione di propri appalti specifici;
- d) istituiscono e gestiscono sistemi dinamici di acquisizione e mercati elettronici di negoziazione;
- e) eseguono i contratti per conto delle stazioni appaltanti non qualificate nelle ipotesi di cui al comma 6, lett. g).

Il ricorso alla stazione appaltante o alla centrale di committenza qualificata (comma 9) deve essere formalizzato mediante convenzione ex art. 30 del d.lgs. n. 267/2000 (nel caso di enti locali) o tramite accordo ex art. 15 della legge n. 241/1990 (sono ammesse anche altre modalità che possano disciplinare – chiaramente – i rapporti tra i due soggetti giuridici coinvolti). Accordi/convenzioni che possono essere stipulati a prescindere dall'ambito territoriale della stazione appaltante/centrale di committenza qualificata. Da notare che la norma, in modo quasi stereotipato ribadisce che le stazioni appaltanti/amministrazioni rimangono sempre tenute "all'utilizzo degli strumenti di acquisto e negoziazione messi a disposizione dai soggetti aggregatori".

Il comma 10 disciplina l'eventuale richiesta, delle stazioni appaltanti non qualificate, di svolgimento di "attività contrattuali" alle stazioni appaltanti con qualifica incluse nell'elenco a gestione ANAC, chiarendo che le richieste medesime si intenderanno respinte se la stazione non qualificata non ricevesse "risposta negativa nel termine di dieci giorni dalla sua ricezione". Nel caso di risposta negativa (lo schema, per completezza, prevedeva il caso di almeno tre risposte negative da parte di altrettante stazioni/centrali qualificate), la stazione appaltante non qualificata dovrà rivolgersi all'Autorità anticorruzione che è tenuta a provvedere nel termine di 15 giorni "all'assegnazione d'ufficio della richiesta a una stazione appaltante qualificata o a una centrale di committenza qualificata, individuata sulla base delle fasce di qualificazione".

L'ultimo periodo del comma in parola prevede la possibilità – in caso di inadempienze rispetto all'assegnazione d'ufficio effettuata da ANAC – di sanzionare con irrogazione di sanzioni (art. 63, comma 11, secondo periodo) "entro il limite minimo di 500 euro e il limite massimo di 1 milione

di euro e, nei casi più gravi, disporre la sospensione della qualificazione precedentemente ottenuta”.

La qualificazione per la progettazione e l'affidamento si articola in tre fasce, con i seguenti importi:

- a) qualificazione base o di primo livello, per servizi e forniture fino alla soglia di 750.000 euro e per lavori fino a 1 milione di euro;
- b) qualificazione intermedia o di secondo livello, per servizi e forniture fino a 5 milioni di euro e per lavori fino alla soglia di cui all'art. 14;
- c) qualificazione avanzata o di terzo livello, senza limiti di importo.

In ogni caso rimangono ferme le disposizioni *spending review* in tema di obbligo – per certe categorie merceologiche e particolari importi – di procedere con l'acquisizione aderendo alle convenzioni/accordi dei soggetti aggregatori ex art. 9 del d.l. 24 aprile 2014, n. 66, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 giugno 2014, n. 89.

Al di fuori dei casi predetti, le stazioni appaltanti possono ricorrere, per le attività di committenza ausiliarie, ad esclusione delle attività di cui all'art. 3, comma 1, lett. z), punto 4, dell'allegato I.1, a prestatori di servizi individuati attraverso le procedure di cui al codice.

12.5. La responsabilità della stazione appaltante nell'ambito delle procedure di committenza

Il comma 12 chiarisce l'aspetto delle responsabilità della stazione appaltante interessata dalle attività di committenza per le stazioni non qualificate. In particolare, l'assegnazione di detti compiti/funzioni implica la responsabilità per:

- a) l'aggiudicazione di un appalto nel quadro di un sistema dinamico di acquisizione gestito da una centrale di committenza;
- b) lo svolgimento della riapertura del confronto competitivo nell'ambito di un accordo quadro concluso da una centrale di committenza;
- c) ai sensi dell'art. 59, comma 4, lett. a) e c), la determinazione di quale tra gli operatori economici parte dell'accordo quadro svolgerà un determinato compito nell'ambito di un accordo quadro concluso da una centrale di committenza.

12.6. La nomina del RUP

Il successivo comma 13 dispone che le centrali di committenza e le stazioni appaltanti, che svolgono attività di committenza anche ausiliaria, sono

– naturalmente – direttamente responsabili per le attività di centralizzazione delle committenze svolte per conto di altre stazioni appaltanti o enti concedenti. Anche queste stazioni appaltanti sono tenute a nominare il RUP, “che cura i necessari raccordi con la stazione appaltante beneficiaria dell’intervento, la quale a sua volta nomina un responsabile del procedimento per le attività di propria pertinenza”. Il riferimento ad un “responsabile di procedimento” piuttosto che ad uno specifico RUP non pare appropriato salvo voler considerare il procedimento come unico (ma ciò determina allora l’irrelevanza del comma successivo che disciplina proprio il caso di un procedimento condiviso). Circostanza, in caso di attività contrattuale unica, che evidentemente non tollererebbe la presenza di due responsabili di progetto.

Si deve ritenere che il ragionamento degli estensori, infine, sia proprio quest’ultimo anche se si potrebbe obiettare che, a seconda degli adempimenti richiesti, lo stesso RUP della stazione appaltante/centrale qualificata potrebbe svolgere anche solo una fase del macroprocedimento dell’attività contrattuale (suddiviso come noto in 4 procedimenti: programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione), in particolare la fase dell’affidamento.

A parere di chi scrive i due soggetti, facendo capo a due soggetti giuridici distinti, ben potrebbero essere qualificati come RUP vista anche la differenza dei compiti.

Il comma 14, invece, risulta effettivamente più appropriato prevedendo specificatamente la nomina di un unico RUP. Nel caso di specie si ammette che due o più stazioni appaltanti possano svolgere congiuntamente – previo accordo ex art. 15 della legge n. 241/1990 – “una o più fasi della procedura di affidamento o di esecuzione di un appalto o di un accordo quadro di lavori, servizi e forniture” a condizione, evidentemente, che almeno una risulti qualificata allo svolgimento delle fasi stesse in rapporto al valore del contratto.

Nel caso di specie, le stazioni appaltanti coinvolte sono responsabili in solido dell’adempimento degli obblighi derivanti dal codice e sono tenute a nominare “un unico RUP in comune tra le stesse in capo alla stazione appaltante delegata” rimanendo ferma, in ogni caso, la disciplina fissata nell’art. 15.

12.7. Stazione appaltante/centrale qualificata ubicata in uno Stato membro UE

Il comma 15, una volta ribadito l’obbligo dell’applicazione del sistema *spending review*, chiarisce che, in caso di assegnazione di attività a stazio-

ne appaltante o centrale di committenza qualificata, “anche ubicata in altro Stato membro dell’Unione europea, le stazioni appaltanti procedono sulla base del principio di buon andamento dell’azione amministrativa, dandone adeguata motivazione”.

Il comma 16 si sofferma sulla ipotesi in parola chiarendo che le stazioni appaltanti senza la qualificazione necessaria “possono ricorrere a una centrale di committenza ubicata in altro Stato membro dell’Unione europea per le attività di centralizzazione delle committenze svolte nella forma di acquisizione centralizzata di forniture o servizi a stazioni appaltanti oppure nella forma di aggiudicazione di appalti o conclusione di accordi quadro per lavori, forniture o servizi destinati a stazioni appaltanti”. Fermo restando che la fornitura delle attività deve risultare “effettuata conformemente alle disposizioni nazionali dello Stato membro in cui è ubicata la centrale di committenza”.

12.8. La disciplina della qualificazione

Nel nuovo codice viene apprestato uno specifico allegato (II.4) che “individua i requisiti necessari per la qualificazione delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza, le informazioni necessarie per dimostrare il possesso degli stessi, le modalità di raccolta di tali informazioni per il funzionamento del sistema di qualificazione”.

Da notare che nello schema primigenio del codice, in realtà, l’allegato si limitava a richiamare le linee guida dell’ANAC sopra citate; con la versione definitiva vengono innestate autentiche norme per la disciplina degli aspetti correlati.

L’allegato si compone di 13 articoli e tre tabelle.

Esponendo una sintesi delle norme di maggior rilievo, si può evidenziare:

- l’art. 1, commi 2 e 3, in cui si precisa che “2. La qualificazione delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza attesta la loro capacità di gestire direttamente, secondo criteri di qualità, efficienza e professionalizzazione, e nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza, le attività che caratterizzano il processo di acquisizione di un bene, di un servizio o di un lavoro e riguarda almeno uno dei seguenti ambiti:
 - a) progettazione tecnico-amministrativa e affidamento delle procedure;
 - b) esecuzione dei contratti.
- 3. Le centrali di committenza sono qualificate almeno negli ambiti di cui alla lettera a) del comma 2.”;

- l'art. 2 circa l'ambito di applicazione chiarisce come non sia necessaria "la qualificazione per l'effettuazione di ordini a valere su strumenti di acquisto messi a disposizione dalle centrali di committenza e dai soggetti aggregatori" e, in pratica, quindi, per beni/servizi nel sotto soglia. Da notare che il comma 3 dell'articolo in commento stabilisce che "In sede di prima applicazione, sono qualificate con riserva, ai sensi dell'articolo 63, comma 4 ⁽²⁾, secondo periodo, del codice, le stazioni appaltanti delle unioni di comuni costituite nelle forme previste dall'ordinamento, delle provincie e delle città metropolitane, dei comuni capoluogo di provincia e delle regioni".

La parte II dell'allegato (artt. 3-9) si sofferma sui requisiti necessari per le qualificazioni delle stazioni appaltanti comprese le centrali di committenza. L'art. 9 disciplina la fase transitoria disponendo che (comma 1) la qualificazione con riserva per le stazioni appaltanti delle unioni di comuni "costituite nelle forme previste dall'ordinamento, delle provincie e delle città metropolitane, dei comuni capoluogo di provincia e delle regioni ..., secondo periodo, garantisce il conseguimento dei livelli L1 e SF1. La qualificazione con riserva ha una durata non superiore al 30 giugno 2024".

Queste stazioni appaltanti devono presentare domanda di iscrizione con riserva agli elenchi gestiti da ANAC "a partire dal 1° luglio 2023". La presentazione della domanda di iscrizione è sufficiente per "l'esercizio di attività di committenza a favore di altre stazioni appaltanti". Dal 1° gennaio 2024 entra in vigore il nuovo sistema di iscrizione a regime "negli elenchi delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza qualificate".

L'art. 11 si occupa della "revisione delle qualificazioni" e l'art. 12 chiarisce quali siano le sanzioni "per informazioni" (che le stazioni appaltanti sono tenute a comunicare) "fuorvianti o non veritiere" con la sottolineatura che in caso di accertata violazione "delle disposizioni del codice in materia di qualificazione delle centrali di committenza e delle stazioni

⁽²⁾ Il comma 4 puntualizza che risultano "iscritti di diritto nell'elenco di cui al comma 1 il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, compresi i Provveditorati interregionali per le opere pubbliche, Consip s.p.a., Invitalia - Agenzia nazionale per l'attrazione degli investimenti e lo sviluppo d'impresa s.p.a., Difesa servizi s.p.a., l'Agenzia del demanio, i soggetti aggregatori di cui all'articolo 9 del decreto-legge 24 aprile 2014, n. 66, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 giugno 2014, n. 89, Sport e salute s.p.a. In sede di prima applicazione le stazioni appaltanti delle unioni di comuni, costituite nelle forme prevista dall'ordinamento, delle provincie e delle città metropolitane, dei comuni capoluogo di provincia e delle regioni sono iscritte con riserva nell'elenco di cui all'articolo 63, comma 1, primo periodo. Eventuali ulteriori iscrizioni di diritto possono essere disposte con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, sentita l'ANAC, previa intesa in sede della Conferenza unificata".

appaltanti, l'ANAC può attivare, nei casi e nei termini previsti dall'articolo 63, comma 11, del codice (n.d.a. vedi sopra), con le modalità previste nei propri regolamenti, il potere sanzionatorio nei confronti del rappresentante legale della stazione appaltante e della centrale di committenza”.

La parte IV disciplina la competenza dell'ANAC e le tabelle stabiliscono per ogni requisito richiesto il punteggio massimo ottenibile.

12.9. La disciplina

L'art. 63 detta le disposizioni sul sistema di qualificazione, istituendo un apposito elenco delle stazioni appaltanti qualificate di cui fanno parte, in una specifica sezione, anche le centrali di committenza, ivi compresi i soggetti aggregatori, con richiamo ai soggetti di cui all'art. 9 del d.l. 24 aprile 2014, n. 66, iscritti di diritto nell'elenco ANAC nell'art. 1 dell'allegato.

Si tratta di un elenco aperto in quanto soggetto a periodici aggiornamenti, e in esso vengono iscritti di diritto “il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, compresi i Provveditorati interregionali per le opere pubbliche, Consip s.p.a., Invitalia - Agenzia nazionale per l'attrazione degli investimenti e lo sviluppo d'impresa s.p.a., Difesa servizi s.p.a., l'Agenzia del demanio, i soggetti aggregatori di cui all'art. 9 del d.l. 24 aprile 2014, n. 66, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 giugno 2014, n. 89, Sport e salute s.p.a. In sede di prima applicazione le stazioni appaltanti delle unioni di comuni, costituite nelle forme previste dall'ordinamento, delle provincie e delle città metropolitane, dei comuni capoluogo di provincia e delle regioni sono iscritte con riserva nell'elenco di cui all'articolo 63, comma 1, primo periodo. Eventuali ulteriori iscrizioni di diritto possono essere disposte con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, sentita l'ANAC, previa intesa in sede della Conferenza unificata”.

L'elenco è gestito dall'ANAC, che ne stabilisce altresì le modalità attuative (comma 13).

Risultano previsti tre livelli di qualificazione per progettazione e affidamento (commi 2 e 3) e la possibilità che la qualificazione sia conseguita anche solo per l'acquisizione di lavori oppure di servizi e forniture (comma 6).

Le centrali di committenza e i soggetti aggregatori per svolgere attività di progettazione e affidamento devono essere qualificati almeno nella seconda fascia (comma 6).

Il comma 11 contiene una disposizione antielusiva rispetto all'attività di attestazione del possesso dei requisiti di qualificazione e un sistema sanzio-

natorio volto a compulsare il corretto adeguamento al sistema di qualificazione prevedendo l'irrogazione di una sanzione amministrativa pecuniaria e, nei casi più gravi, la sospensione dalla qualificazione (specificando in tal caso che le procedure avviate debbono essere portate a compimento, così il comma 12).

Più nel dettaglio il comma 11 – di cui si è parlato anche sopra – prevede che “In nessun caso i soggetti interessati possono comprovare il possesso dei requisiti di qualificazione ricorrendo ad artifici tali da eluderne la funzione. L'ANAC, per accertati casi di gravi violazioni delle disposizioni di cui al presente articolo, può irrogare una sanzione entro il limite minimo di 500 euro e il limite massimo di 1 milione di euro e, nei casi più gravi, disporre la sospensione della qualificazione precedentemente ottenuta. Costituiscono gravi violazioni le dichiarazioni dolosamente tese a dimostrare il possesso di requisiti di qualificazione non sussistenti, ivi comprese, in particolare:

- a) per le centrali di committenza, la dichiarata presenza di un'organizzazione stabile nella quale il personale continui di fatto a operare per l'amministrazione di provenienza;
- b) per le stazioni appaltanti e le centrali di committenza, la dichiarata presenza di personale addetto alla struttura organizzativa stabile, che sia di fatto impegnato in altre attività;
- c) la mancata comunicazione all'ANAC della perdita dei requisiti”.

13. Il nuovo affidamento diretto

13.1. Gli affidamenti diretti

L'art. 50, nel microsistema normativo relativo al sotto soglia comunitario (artt. 48-55) riscrive in parte la disciplina sugli affidamenti diretti affidandosi alle norme contenute nel d.l. n. 76/2020. L'affidamento diretto "ordinario", per importi inferiori ai 140.000 euro per beni/servizi e ai 150.000 euro per lavori, può avvenire previa verifica, da parte del RUP, se l'appalto abbia o meno interesse transfrontaliero (art. 48, che prevede detto adempimento in generale per il sotto soglia comunitario), in questo caso la procedura imposta dal codice è quella della procedura ordinaria ad evidenza pubblica.

Così come nell'art. 1, comma 2, lett. *a*) del d.l. n. 76/2020, anche questo affidamento diretto è "veicolato", ovvero guidato dal legislatore, visto che si chiede che l'affidatario abbia una documentata esperienza nell'appalto da affidare. La norma si dedica al solo affidamento c.d. "puro" ovvero che può avvenire anche senza consultare più operatori. L'art. 50 espressamente non disciplina la fattispecie dell'affidamento diretto "mediato" dal confronto tra preventivi ma lo stesso (sia pur con il nome di affidamento diretto con interpello) viene espressamente richiamato nella relazione tecnica e nell'allegato I.1 dedicato alle definizioni dei riferimenti utilizzati nel codice. L'affidamento diretto, quindi, viene configurato – anche nel caso di interpello di più operatori – non come procedura, ma come azione "discrezionale" della pubblica amministrazione (del RUP) quanto a scelta dell'affidatario. Rimane fermo il vincolo della motivazione che afferisce a criteri quanti/qualitativi ed al possesso sui requisiti.

Nel caso degli affidamenti diretti non viene in considerazione un problema di criteri di aggiudicazione (il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, infatti, viene richiamato solo in relazione alle procedure

negoziato), non si contempla l'applicabilità delle esclusioni automatiche e si prevede una più semplice conclusione dell'affidamento sulla base di dichiarazioni sostitutive (almeno negli appalti di importo inferiore ai 40.000 euro) che l'ente deve riscontrare a campione.

L'esecuzione può essere disposta immediatamente dopo la verifica dei requisiti (a differenza dell'affidamento diretto emergenziale disciplinato dal d.l. n. 76/2020 che può avvenire nelle more della verifica dei requisiti). Deve essere pubblicato l'avviso sui risultati con pubblicità nazionale.

L'art. 53 esclude che possa essere richiesta la cauzione provvisoria, rimane (rispetto al d.l. n. 76/2020) facoltativa la cauzione definitiva. Qualora questa venisse richiesta l'importo è pari al 5% del valore del contratto.

Non si applica la regola dello *stand still* (si rinvia al commento specifico sulle nuove disposizioni in tema di stipula del contratto).

13.2. Considerazioni: la motivazione nell'affidamento diretto

Una delle questioni sempre attuali è quella della motivazione nell'affidamento diretto. L'allegato I.1 nel definire l'affidamento diretto ricorda che si tratta di assegnazione dell'appalto "senza una procedura di gara, nel quale, anche nel caso di previo interpello di più operatori economici, la scelta è operata discrezionalmente dalla stazione appaltante o dall'ente concedente, nel rispetto dei criteri qualitativi e quantitativi di cui all'articolo 50, comma 1 lettere a) e b), del codice e dei requisiti generali o speciali previsti dal medesimo codice".

L'operato discrezionale, a ben vedere, non sembra riferirsi agli operatori (eventualmente anche quelli interpellati), ma piuttosto all'affidamento vero e proprio che deve avvenire secondo aspetti/valutazioni tecniche.

L'affidamento diretto puro, pertanto, non può avere – sarebbe un controsenso – una motivazione del perché si è scelto l'operatore "X" piuttosto che l'operatore "Z". Ciò sembra essere confermato dal secondo comma dell'art. 17 in cui – ribadendo la possibilità di utilizzare l'atto unico nell'affidamento diretto – si precisa che nell'atto di affidamento occorrerà almeno indicare "l'oggetto, l'importo e il contraente, unitamente alle ragioni della sua scelta, ai requisiti di carattere generale e, se necessari, a quelli inerenti alla capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale".

Ora, le ragioni "della sua scelta" non implicano alcun confronto se non in senso generale all'adeguatezza della prestazione e della congruità, generale, del costo.

14. Le procedure negoziate del sotto soglia

14.1. Premessa

Il nuovo codice dei contratti contiene una riscrittura delle disposizioni del sotto soglia ed in particolare anche delle procedure negoziate.

In generale, salvo quanto si dirà più avanti, il legislatore del codice ha deciso di riprodurre l'esperienza oramai collaudata con il d.l. n. 76/2020. In particolare, si mantiene fermo l'esiguo numero di operatori da invitare alle procedure, con forti limitazioni sull'utilizzo della procedura ad evidenza pubblica, se non nella fattispecie che riguarda i lavori per importi pari o superiori al milione di euro fino all'intero sotto soglia. In tempi recenti la stessa ANAC, con il commento sulle principali novità del nuovo codice, afferma proprio questa limitazione per il RUP sull'utilizzo della classica evidenza pubblica nel sotto soglia (al netto appunto dell'ipotesi appena richiamata e del caso in cui l'appalto non rivesta un interesse transfrontaliero). In pratica, stante il mancato richiamo al "fatte salve le procedure ad evidenza pubblica" previsto solamente nell'art. 36 del codice del 2016 e non anche nel d.l. n. 76/2020 e nel nuovo codice, l'ANAC sostiene che vi sia autentico divieto per il RUP. Da notare, da ultimo, che con la recente legge provinciale della provincia di Bolzano (il d.d.l. approvato il 4 maggio 2023) si innesta, invece, in ambito sotto soglia, la generale possibilità di utilizzare le procedure ad evidenza pubblica con specifica motivazione del RUP (art. 10, comma 4 del d.d.l.). Insiste pertanto un dubbio se, oggettivamente, il RUP possa liberamente scegliere di non operare con le procedure negoziate (al netto delle eccezioni previste), magari con una motivazione in cui obbligatoriamente ne chiarirà le ragioni.

14.2. Le procedure utilizzabili nel sotto soglia

In generale, al sotto soglia viene dedicato un sistema di norme (artt. 48-55) contenute nel Libro II “Dell’appalto”, Parte I “Dei contratti di importo inferiore alle soglie europee” ed uno specifico allegato (allegato II.1) destinato a sostituire, a far data dal 1° luglio 2023 per le procedure non ancora avviate, le linee guida n. 4 dell’ANAC. Si è già detto che il sistema delle linee guida verrà sostituito da una serie di allegati (e quindi da autentiche norme giuridiche) che, a loro volta, verranno sostituiti da una serie di regolamenti.

In ambito sotto soglia, in ogni caso, il legislatore del codice ha lasciato sostanzialmente inalterate le due tipologie di procedura di affidamento e aggiudicazione già innestate nel d.l. n. 76/2020 a cui, evidentemente, nella predisposizione del nuovo codice, gli estensori si sono ispirati.

La prima disposizione di rilievo, in tema di sotto soglia, è contenuta nell’art. 48 laddove si dispone che il RUP (con il nuovo codice “Responsabile unico del progetto” e non solo di “procedimento”) prima di avviare l’istruttoria per l’individuazione della procedura utilizzabile “accerta l’esistenza di un interesse transfrontaliero certo, segue le procedure ordinarie di cui alle Parti seguenti del presente Libro”.

Si tratta di una norma inedita – fermo restando che tale adempimento è previsto già nelle linee guida ANAC n. 4, paragrafo 1.5, secondo un testo suggerito dal Consiglio di Stato con il parere n. 1312/2019 – che dovrebbe sostituire il classico richiamo – per le procedure sotto soglia ed oggi presente nell’art. 36 del d.lgs. n. 50/2016 – che normalmente salva la possibilità di avviare, pur per importi non consistenti o sotto la soglia comunitaria (art. 14 del nuovo codice), procedure ordinarie.

Non v’è dubbio, però, che il senso della nuova norma sia diverso, non solo per collocazione. Il nuovo codice condiziona l’utilizzo della procedura maggiormente rigorosa (e dispendiosa in termini di tempo e risorse umane) solo nel caso in cui effettivamente il RUP ne ravvisasse l’oggettiva esigenza. In pratica, la scelta di utilizzare una procedura maggiormente complessa non viene rimessa ad una libera valutazione di chi deve istruire e condurre la pratica ma si richiedono “garanzie” oggettive e quindi che risulti effettivamente necessario aprire ad una concorrenza massima piuttosto che contingentare la scelta degli operatori in un numero comunque ridotto.

Si può leggere nella disposizione un tentativo di superare quello che nella relazione tecnica – che accompagna il codice – viene definita come “burocrazia difensiva”, ovvero un modo di procedere “autoreferenziale” che non intende porre al primo posto gli interessi dell’ente.

L'art. 48, per il resto, ribadisce la necessità di applicare i classici principi generali e gli obblighi di utilizzare le piattaforme telematiche, strumenti di negoziazione, ecc. Per intendersi, rimane fermo l'intero sistema della *spending review*.

La norma successiva (art. 49), relevantissima in tema di procedura negoziata, disciplina il principio di rotazione. Il principio viene disciplinato secondo modalità non nuove (ad eccezione di un aspetto di cui si dirà più avanti) rispetto a quanto già previsto nelle linee guida n. 4 dell'ANAC e secondo quanto emerge dagli approdi giurisprudenziali.

In questo senso si ricorda che la rotazione è obbligatoria – salvo limitatissime ipotesi dei microacquisti, infra 5.000 euro in cui può essere derogata, nel caso in cui l'ente si doti di apposito regolamento disciplinando le c.d. fasce di valore con la conseguenza che l'alternanza si applica solo all'interno delle fasce e nel caso in cui il RUP avvii una procedura ad inviti aperta senza escludere dalla competizione nessun soggetto che manifesti la volontà/l'interesse di partecipare alla stessa; in tutti gli altri casi, ed in questo insiste la novità, il pregresso affidatario non può più risultare né affidatario né invitato all'aggiudicazione dell'appalto successivo (salvo che l'aggiudicazione avvenga con una procedura ad evidenza pubblica) che abbia ad “oggetto una commessa rientrante nello stesso settore merceologico, oppure nella stessa categoria di opere, oppure nello stesso settore di servizi”.

La novità, quindi, è che la rotazione non coinvolge più – come invece previsto nelle linee guida n. 4 – l'operatore che sia stato anche solo invitato alla precedente procedura senza risultarne aggiudicatario.

Si tratta di una importante modifica che ha visto il legislatore, in modo condivisibile, bilanciare gli interessi in campo e valutare come eccessivamente oneroso escludere da una nuova procedura i soggetti solamente invitati.

L'affidatario pregresso potrebbe risultare affidatario e/o nuovamente invitato solo se il mercato – al netto delle eccezioni sopra riportate – non presentasse altre soluzioni tecniche alternative ed abbia svolto il pregresso contratto secondo i desiderata della stazione appaltante.

14.3. Le nuove procedure negoziate

L'art. 50 – dopo l'affidamento diretto consentito per importi inferiori ai 140.000 per beni/servizi e inferiori ai 150.000 euro per lavori – disciplina le tre procedure negoziate (due per i lavori ed una per servizi/forniture fino al sotto soglia art. 14 del codice).

Come anticipato, il modello a cui il legislatore si è ispirato nella predisposizione delle nuove norme, piuttosto che il codice del 2016 (art. 36 e 157 per i servizi tecnici), è quello desumibile dal d.l. n. 76/2020 (e quindi all'art. 1, comma 2, lett. *b*)) con una primissima novità di rilievo: viene espunto il richiamo all'art. 63 del d.lgs. n. 50/2016 ovvero alla procedura negoziata senza pubblicazione di bando.

Il richiamo in parola, presente nel codice del 2016 e nello stesso d.l. n. 76/2020, ha determinato spesso equivoci inducendo, in certi casi, anche a pensare che la procedura negoziata nel sotto soglia semplificata dovesse avere una adeguata motivazione. Chiaramente non è così visto che questa fattispecie è totalmente differente dalla fattispecie eccezionale della procedura negoziata senza pubblicazione di bando (nel nuovo codice disciplinata nell'art. 76 omologo del pregresso art. 63).

Per i lavori, come nel d.l. n. 76/2020, si prevedono due differenti soglie (con diverso numero di inviti). La prima (lett. *c*), comma 1, dell'art. 50 prende in considerazione la soglia compresa tra i 150.000 euro ed il milione di euro. In questo caso il RUP, attraverso indagini di mercato (con avviso disciplinato quanto a predisposizione e contenuto minimo nell'allegato II.1 che sostituisce le linee guida n. 4) o attraverso l'elenco/albo interno, dovrà invitare alla procedura almeno 5 operatori. Nel secondo caso (lett. *d*)) per importi compresi tra il milione di euro ed il sotto soglia (art. 14) gli inviti devono essere estesi ad almeno 10 operatori sempre che siano oggettivamente reperibili.

La lettera *e*), come detto, è dedicata ai beni/servizi, con invito di almeno 5 operatori, individuati secondo le modalità predette, relativamente agli importi pari o superiori ai 140.000 euro fino al sotto soglia (215.000 euro, 750.000 euro per servizi sociali).

Viene meno, pertanto, la necessità di pubblicare un avviso di avvio del procedimento, che in realtà anche sotto l'egida del d.l. n. 76/2020, applicabile fino al 30 giugno 2023 e, per il PNRR/PNC, applicabile fino al 31 dicembre 2023, coincideva con l'avviso a manifestare interesse.

Una novità di rilievo, almeno rispetto al d.l. n. 76/2020, è la previsione, in relazione alla procedura negoziata per lavori compresi tra il milione di euro ed il sotto soglia, che fa "salva la possibilità di ricorrere alle procedure di scelta del contraente di cui alla Parte IV del presente Libro".

Si tratta di inciso fortemente modificato in fase di approvazione definitiva del codice, considerato che la norma contenuta nello schema prevedeva che, in caso di utilizzo di procedura aperta classica, il RUP dovesse innestare, nella determinazione a contrarre, una adeguata motivazione.

Si è anticipato in premessa che l'ANAC, con il recente commento al codice, afferma l'impossibilità – che sarebbe stata prevista dal legislatore

– di utilizzare la procedura classica ad evidenza pubblica nel sotto soglia ad eccezione del caso in cui l'appalto rivesta, comunque, un interesse transfrontaliero e nell'ipotesi di lavori di importo compreso tra il milione di euro ed il sotto soglia. Pertanto, il RUP sarebbe abilitato ad utilizzare la procedura ad evidenza pubblica solo in queste due fattispecie delineate dal legislatore. Ciò sarebbe anche imputabile al fatto che il nuovo codice (così come già il d.l. n. 76/2020, a differenza del codice del 2016) non “fa salva” la possibilità di utilizzare, in via generale, la gara classica. Si tratta di aspetto operativo che dovrebbe avere una conferma ufficiale in quanto, ragionevolmente, si può essere indotti, invece, a ritenere che il RUP possa decidere di utilizzare la procedura in parola anche nel sotto soglia con adeguata motivazione, e quindi assumendosene *in toto* le correlate responsabilità (ad esempio di giungere ad aggiudicazione violando i termini previsti nell'allegato I.3). Da ultimo, e ciò contribuisce a ritenere fondata l'ultima affermazione – in contrasto con quanto sostenuto dall'ANAC –, deve essere citato il d.d.l. della provincia autonoma di Bolzano di adeguamento della propria legislazione alle norme del nuovo codice in cui si prevede espressamente, nel sotto soglia, la generale possibilità di utilizzare comunque la procedura ad evidenza pubblica.

14.4. La predisposizione dell'avviso o la redazione dell'albo interno

In relazione agli inviti, come nell'attuale normativa, si ribadisce che la scelta degli operatori non avviene discrezionalmente (come ad esempio potrebbe accadere in relazione all'affidamento diretto con interpello) ma o tramite apposito avviso pubblico a manifestare interesse o con scelta dall'albo interno della stazione appaltante.

Dal 1° luglio 2023, per procedure come detto ancora da avviare, la disciplina degli avvisi e sulla predisposizione dell'albo interno (dal contenuto minimo alla predisposizione vera e propria) trova una sua compiuta declinazione nell'allegato II.1 (“Elenchi degli operatori economici e indagini di mercato per gli affidamenti di contratti di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea”). L'allegato in parola sostituirà le linee guida ANAC n. 4 e, fin d'ora, si può annotare come non contenga rilevanti mutamenti rispetto al modello virtuoso declinato nelle linee guida appena richiamate.

La novità di maggior rilievo – già indicata nella norma e precisamente nel comma 2 dell'art. 50, secondo periodo – è l'impossibilità di utilizzare

ordinariamente il sorteggio o metodi di estrazione casuale per la scelta degli operatori da invitare.

Più nel dettaglio, il comma citato prevede che “Per la selezione degli operatori da invitare alle procedure negoziate, le stazioni appaltanti non possono utilizzare il sorteggio o altro metodo di estrazione casuale dei nominativi, se non in presenza di situazioni particolari e specificamente motivate, nei casi in cui non risulti praticabile nessun altro metodo di selezione degli operatori”.

Le ragioni di tale sottolineatura (già indicata nei criteri per la redazione del nuovo codice) deve essere individuata nel fatto che attraverso un sistema di esclusione – dalla competizione – del tutto causale, la stazione appaltante si priverebbe senza alcuna valutazione di proposte che possono risultare estremamente vantaggiose sotto il profilo tecnico/qualitativo ed economico.

Ciò induce il RUP a stabilire dei criteri di sbarramento fin dall’avviso pubblico per scremare la partecipazione. La norma, infatti, sembra veicolare la scelta sugli operatori in senso “qualitativo” ovvero imponendo un vaglio propedeutico sugli operatori poi da far competere.

Il secondo comma, inoltre, nell’ultimo periodo puntualizza che “le stazioni appaltanti pubblicano sul proprio sito istituzionale i nominativi degli operatori consultati”. In pratica, la pubblicazione dei soggetti invitati alle competizioni.

Come detto, l’allegato II.1 – che si compone di soli 3 articoli – contiene riferimenti simili alle previsioni contenute nelle linee guida n. 4. In pratica non si discostano da queste.

Anche l’allegato ribadisce che la stazione appaltante, se lo ritenesse utile, può dotarsi di un proprio regolamento interno per disciplinare:

- a) le modalità di conduzione delle indagini di mercato, eventualmente distinte per fasce di importo, anche in considerazione della necessità di applicare il principio di rotazione degli affidamenti;
- b) le modalità di costituzione e revisione dell’elenco degli operatori economici, distinti per categoria e fascia di importo;
- c) i criteri di scelta dei soggetti da invitare a presentare offerta a seguito di indagine di mercato o attingendo dall’elenco degli operatori economici propri o da quelli presenti nel mercato elettronico delle pubbliche amministrazioni o in altri strumenti similari gestiti dalle centrali di committenza di riferimento.

14.5. Le ulteriori disposizioni

L'art. 50, comma 4, prosegue chiarendo che anche nel sotto soglia il RUP può operare la scelta tecnica sui criteri di aggiudicazione fermo restando che il criterio del prezzo più basso incontra i limiti di cui all'art. 108, comma 2.

Il comma in parola prevede che "Sono aggiudicati esclusivamente sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo:

- a) i contratti relativi ai servizi sociali e di ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica, nonché ai servizi ad alta intensità di manodopera, come definiti dall'art. 2, comma 1, lett. e), dell'allegato I.1;
- b) i contratti relativi all'affidamento dei servizi di ingegneria e architettura e degli altri servizi di natura tecnica e intellettuale di importo pari o superiore a 140.000 euro;
- c) i contratti di servizi e le forniture di importo pari o superiore a 140.000 euro caratterizzati da notevole contenuto tecnologico o che hanno un carattere innovativo;
- d) gli affidamenti in caso di dialogo competitivo e di partenariato per l'innovazione;
- e) gli affidamenti di appalto integrato;
- f) i contratti relativi ai lavori caratterizzati da notevole contenuto tecnologico o con carattere innovativo".

Da notare che nel caso di utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, l'art. 51 prevede, in modo assolutamente inedito, che nel sotto soglia la commissione di gara possa essere presieduta anche dal RUP (pur non dirigente/responsabile del servizio). Per le modalità concrete si ritiene possa applicarsi l'art. 93 che dispone in tema di commissione ma per il sopra soglia (in questo caso il RUP può solo essere componente e non anche presidente salvo che coincida con il dirigente/responsabile del servizio).

Nel sotto soglia, comma 6, viene generalizzata la possibilità di avviare immediatamente l'esecuzione dell'appalto. La richiesta di eseguire la prestazione prima della stipula del contratto, a differenza del regime introdotto dal d.l. n. 76/2020 (art. 8, comma 1, lett. a)), può avvenire solo dopo la verifica positiva sui requisiti. Rimane fermo che in caso di mancata stipula l'operatore ha diritto al pagamento delle spese sostenute e delle prestazioni eseguite. Da ricordare, sotto il profilo contabile, che l'esecuzione immediata consente – proprio al fine di pagare le prestazioni svolte anche senza contratto – di assumere immediatamente l'impegno di spesa. È l'unica ipotesi eccezionale (nota 75 del Principio contabile 4/2) in cui è possibile assumere l'impegno di spesa senza aver previamente perfezionato l'obbl-

gazione giuridica (che avviene con la stipula del contratto), la cui copertura finanziaria è determinata dalla prenotazione di impegno di spesa.

L'esecuzione può essere “verificata” piuttosto che con il certificato di collaudo (lavori) o il certificato di verifica di conformità (forniture o servizi) con il certificato di regolare esecuzione rilasciato dal direttore dei lavori o, nel caso ultimo dal DEC se nominato (il direttore dell'esecuzione può essere diverso dal RUP solo nei casi già previsti dalle linee guida n. 4 e nel caso in cui l'appalto sia di importo almeno pari alle soglie comunitarie; nel codice del 2016 deve essere di importo superiore ai 500.000 euro).

Sulla pubblicazione degli avvisi di preinformazione dispone il comma 8 con la previsione della pubblicazione a livello nazionale (lo stesso vale per il bando eventuale) “con esclusione della trasmissione del bando di gara all'Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea”.

Stesse modalità devono essere seguite per l'avviso sui risultati e, nei casi predetti “tale avviso contiene anche l'indicazione dei soggetti invitati”.

L'art. 52 prevede che per appalti di importo inferiore ai 40.000 euro possa, il possesso dei requisiti, essere certificato con semplice dichiarazione oggetto di controllo a campione.

Se in seguito a verifica non venisse “confermato il possesso dei requisiti generali o speciali dichiarati, la stazione appaltante procede alla risoluzione del contratto, all'escussione della eventuale garanzia definitiva, alla comunicazione all'ANAC e alla sospensione dell'operatore economico dalla partecipazione alle procedure di affidamento indette dalla medesima stazione appaltante per un periodo da uno a dodici mesi decorrenti dall'adozione del provvedimento”.

La cauzione provvisoria (art. 53) è facoltativa. Se venisse richiesto non può superare l'uno per cento dell'importo previsto nell'avviso o nell'invito.

In situazioni motivate il RUP potrebbe non richiedere la cauzione definitiva. “Quando richiesta”, chiarisce il comma 4 dell'art. 53, “la garanzia definitiva è pari al 5 per cento dell'importo contrattuale”.

14.6. Esclusione automatica in caso di offerta anomala

L'art. 54 generalizza, nel sotto soglia e se l'aggiudicazione avviene al ribasso (al prezzo più basso), la possibilità di escludere immediatamente l'offerta anomala – sempre che l'appalto non presenti interesse transfrontaliero – “qualora il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a cinque”. La norma specifica che l'esclusione automatica dell'offerta anomala non si applica agli affidamenti diretti. La novità di maggior rilievo

è che l'esclusione automatica risulta prevista solamente per l'appalto di lavori e servizi (aggiudicati al ribasso), ma non anche per le forniture.

Nella relazione tecnica, gli estensori giustificano questa scelta precisando che si è inteso in questo modo “velocizzare e semplificare il processo di gestione del rischio di anomalia, si è pertanto mantenuto un sistema di esclusione automatica, ma limitatamente a quelle situazioni con un numero di offerte sufficientemente elevato (almeno cinque) e per cui il processo di valutazione dell'anomalia sia più lungo e costoso per le stazioni appaltanti in ragione della maggior complessità intrinseca dei contratti (quindi, per appalti di lavori e servizi, ma non di forniture)”.

In ogni caso le stazioni appaltanti possono valutare la congruità di ogni altra offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa. I metodi di verifica, comunque sempre possibile, possono essere scelti anche tramite sorteggio tra quelli indicati nell'allegato II.2.

Ai sensi dell'art. 55 nel sotto soglia non si applica lo *stand still*.

15. L'esclusione automatica nel sotto soglia

15.1. Premessa

L'art. 54 (rubricato "Esclusione automatica delle offerte anomale") riporta e valorizza la previsione contenuta nel comma 3, art. 1, del d.l. n. 76/2020 disciplinando, quindi, a differenza di quanto prevede il codice del 2016 (comma 8 dell'art. 97), l'esclusione automatica, nell'appalto al prezzo più basso, purché risultino almeno 5 partecipanti alla gara.

Nel primo comma della norma è chiaro infatti che, nell'ipotesi di aggiudicazione al prezzo più basso – come detto sopra solo per i lavori e per i servizi – in ambito sotto soglia ⁽¹⁾, in deroga a quanto previsto dall'art. 110 (nuova norma che dispone in tema di offerte anomale, si rinvia al commento specifico) e sempre che le offerte ammesse non siano inferiori a 5 – ad eccezione del caso dell'affidamento diretto – il RUP può procedere con l'esclusione automatica. Si ribadisce – a differenza della norma emergenziale del d.l. n. 76/2020 – la necessità della previa indicazione di tale prerogativa nella legge di gara. Rimane ferma la possibilità di valutare "la congruità di ogni altra offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa". Questo, come anche si legge nella relazione tecnica, visto che la giurisprudenza amministrativa ha riconosciuto che le stazioni appaltanti dispongono di una discrezionalità ampia con riguardo alla scelta di procedere, o meno, alla verifica facoltativa, con la conseguenza che il ricorso all'istituto (come pure la mancata applicazione di esso) non necessita di una particolare motivazione né può essere sindacato se non nelle ipote-

⁽¹⁾ Da notare che la norma riproduce il richiamo al mancato interesse transfrontaliero che appare superfluo visto che tale verifica/analisi, a carico del RUP, è addirittura prope-deutica prima di decidere di procedere con le procedure semplificate previste nell'art. 50 per il sotto soglia comunitario (la verifica è prevista nel comma 2 dell'art. 48).

si, remote, di macroscopica irragionevolezza o di decisivo errore di fatto (Consiglio di Stato, sez. V, 29 gennaio 2018, n. 604).

Nella relazione tecnica si legge che “La *ratio* della previsione poggia sulla circostanza che la concorrenza tra offerte competitive a basso prezzo, sebbene consenta talvolta risparmi economici significativi per le stazioni appaltanti, nondimeno può risultare non conveniente nei casi in cui al basso prezzo corrisponda o una troppo ottimistica valutazione dei costi di esecuzione del contratto o il comportamento spregiudicato di alcuni operatori economici i quali, nonostante i molti presidi a tutela della serietà delle offerte, fondino il basso prezzo su uno scarso rapporto qualità-prezzo. È in questo tipo di contesto che si pone il concetto di «anomalia» o, meglio, di «offerte anormalmente basse». La direttiva europea 2014/24/EU fornisce indicazioni chiare sulla gestione del rischio di anomalia delle offerte imponendo alle stazioni appaltanti di valutare questo rischio e fornendo agli operatori economici la possibilità di presentare i loro giustificativi. La direttiva, sulla scia di pronunciamenti della Corte di giustizia dell'Unione europea, vieta l'applicazione di qualsiasi forma di automatismo per l'automatica esclusione delle offerte che sulla base, ad esempio, di un algoritmo matematico, siano classificate come anomale. Nell'ambito dei contratti di importo inferiore alle soglie europee, tuttavia, la giurisprudenza della Corte di giustizia ammette che possa essere accettabile ricorrere a sistemi di esclusione automatica, ma soltanto per appalti non di interesse transfrontaliero, al ricorrere di un numero indebitamente elevato di offerte e in presenza di elevati costi e significativi ritardi che la valutazione in contraddittorio di un numero tanto elevato di offerte potrebbe causare. L'articolo rispecchia, quindi, la disciplina già contenuta nell'art. 1, comma 3, ultimo periodo, del decreto-legge n. 76/2020, che diviene, con la disposizione in esame, disciplina a regime e non più transitoria, anche con riferimento all'estensione della portata applicativa a tutte le ipotesi in cui le offerte ammesse siano, come sopra ricordato, almeno cinque. L'art. 1, comma 3, cit. affermava, tuttavia che, al ricorrere dei requisiti previsti, «le stazioni appaltanti procedono all'esclusione automatica»; nella norma in esame si stabilisce, invece, che, al ricorrere dei requisiti di legge, «le stazioni appaltanti, in deroga all'articolo 110, prevedono negli atti di gara l'esclusione automatica»; in base alla riferita formulazione della disposizione è, pertanto, necessario, al fine dell'operatività del meccanismo di esclusione automatica, che esso sia espressamente previsto negli atti di indizione della procedura selettiva (analogamente a quanto stabiliva l'art. 97, comma 8, del decreto legislativo n. 50 del 2016). La disposizione reca, all'evidenza, una deroga all'art. 110, che contiene la

disciplina delle offerte anormalmente basse nell'ambito dell'affidamento dei contratti di importo superiore alle soglie di rilevanza europea”.

Da notare, sempre per ammissione degli estensori, che l'art. 54, per la sua portata generale, è applicabile alle ipotesi di procedura negoziata, nel caso in cui si ricorra alla procedura ordinaria, nel caso previsto dall'art. 50, comma 1, lett. *d*) – modificato in sede di approvazione definitiva – con cui si è deciso di omettere la necessità di una motivazione per la scelta della procedura ordinaria. Non sarà applicabile, per stessa ammissione degli estensori, nel caso di procedura ordinaria utilizzata, perché l'appalto presenta interesse transfrontaliero ex art. 48, comma 2 del nuovo codice. Come si è detto sopra, l'esclusione automatica non è prevista per l'affidamento diretto neppure nel caso in cui questo venga espletato con richiesta di più preventivi.

15.2. Le altre previsioni

L'esclusione automatica può avvenire solo sulla base dei “metodi” individuati nell'allegato II.2. Il comma rappresenta la parte più innovativa della disposizione, visto che contempla l'obbligo per le stazioni appaltanti di prevedere negli atti di indizione della procedura da aggiudicare con il criterio del prezzo più basso, oltre alla citata opzione per l'esclusione automatica delle offerte, anche il metodo matematico di determinazione della soglia di anomalia, individuato – a scelta delle medesime stazioni appaltanti oppure con sorteggio all'atto della valutazione delle offerte – tra uno dei tre indicati nell'allegato II.2 (che verrà sostituito da apposito regolamento).

METODO A	METODO B	METODO C
<p>1) Quando il numero delle offerte ammesse è pari o superiore a quindici, la congruità delle offerte è valutata sulle offerte che presentano un ribasso pari o superiore a una soglia di anomalia determinata; al fine di non rendere predeterminabili dagli offerenti i parametri di riferimento per il calcolo della soglia di anomalia, il RUP o la commissione giudicatrice procedono come segue:</p> <p>a) calcolo della somma e della media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del 10 per cento, arrotondato all'unità superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e quelle di minor ribasso; le offerte aventi un uguale valore di ribasso sono prese in considerazione distintamente nei loro singoli valori; qualora, nell'effettuare il calcolo del 10 per cento, siano presenti una o più offerte di eguale valore rispetto alle offerte da accantonare, dette offerte sono altresì da accantonare;</p> <p>b) calcolo dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la media calcolata ai sensi della lettera a), esclusi quelli accantonati di cui alla lettera a);</p> <p>c) calcolo della soglia come somma della media aritmetica e dello scarto medio aritmetico dei ribassi di cui alla lettera b);</p> <p>d) la soglia calcolata alla lettera c) viene decrementata di un valore percentuale, pari al prodotto delle prime due cifre dopo la virgo-</p>	<p>1) La soglia di anomalia è determinata come segue:</p> <p>a) calcolo della somma e della media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del 10 per cento, arrotondato all'unità superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e quelle di minor ribasso; le offerte aventi un uguale valore di ribasso sono prese in considerazione distintamente nei loro singoli valori; qualora, nell'effettuare il calcolo del 10 per cento, siano presenti una o più offerte di eguale valore rispetto alle offerte da accantonare, dette offerte sono altresì da accantonare;</p> <p>b) calcolo dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la media calcolata ai sensi della lettera a), esclusi quelli accantonati di cui alla lettera a);</p> <p>c) calcolo della soglia come somma della media aritmetica e dello scarto medio aritmetico dei ribassi di cui alla lettera b);</p> <p>d) calcolo di un valore percentuale pari al prodotto delle prime due cifre dopo la virgola della somma dei ribassi di cui alla lettera a) applicato allo scarto medio aritmetico di cui alla lettera b);</p> <p>e) calcolo della somma di tutte le cifre, sia prima che dopo la virgola fino al secondo decimale, della somma dei ribassi di cui alla lettera a);</p> <p>f) la soglia di anomalia è uguale alla soglia di cui alla lettera c):</p>	<p>1) L'applicazione di questo metodo richiede lo sconto di riferimento, confrontando i benefici di sconti maggiori con i costi di selezionare un'offerta vincitrice con qualità potenzialmente inferiore.</p> <p>2) La soglia di anomalia è determinata come segue:</p> <p>a) calcolo della somma e della media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del 10 per cento, arrotondato all'unità superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e quelle di minor ribasso; le offerte aventi un uguale valore di ribasso sono prese in considerazione distintamente nei loro singoli valori; qualora, nell'effettuare il calcolo del 10 per cento, siano presenti una o più offerte di eguale valore rispetto alle offerte da accantonare, dette offerte sono altresì da accantonare;</p> <p>b) calcolo dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la media calcolata ai sensi della lettera a), esclusi quelli accantonati di cui alla lettera a);</p> <p>c) calcolo di un valore percentuale pari al prodotto delle prime due cifre dopo la virgola della somma dei ribassi di cui alla lettera a) applicato allo scarto medio aritmetico di cui alla lettera b);</p> <p>d) calcolo della somma di tutte le cifre, sia prima che dopo la virgola fino al secondo decimale, della somma dei ribassi di cui alla lettera a);</p>



METODO A	METODO B	METODO C
<p>la della somma dei ribassi di cui alla lettera <i>a</i>), applicato allo scarto medio aritmetico di cui alla lettera <i>b</i>).</p> <p>2) Quando il numero delle offerte ammesse è inferiore a quindici, la congruità delle offerte è valutata sulle offerte che presentano un ribasso pari o superiore a una soglia di anomalia determinata; ai fini della determinazione della congruità delle offerte, al fine di non rendere predeterminabili dagli offerenti i parametri di riferimento per il calcolo della soglia di anomalia, il RUP o la commissione giudicatrice procedono come segue:</p> <p><i>a</i>) calcolo della media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del 10 per cento, arrotondato all'unità superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e quelle di minor ribasso; le offerte aventi un uguale valore di ribasso sono prese in considerazione distintamente nei loro singoli valori; qualora, nell'effettuare il calcolo del 10 per cento, siano presenti una o più offerte di eguale valore rispetto alle offerte da accantonare, dette offerte sono altresì da accantonare;</p> <p><i>b</i>) calcolo dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la media calcolata ai sensi della lettera <i>a</i>), esclusi quelli accantonati di cui alla lettera <i>a</i>);</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. decrementata del valore di cui alla lettera <i>d</i>), nel caso in cui il valore di cui alla lettera <i>e</i>) sia pari; 2. incrementata del valore di cui alla lettera <i>d</i>), nel caso in cui il valore di cui alla lettera <i>e</i>) sia dispari. <p>2) Tutti gli sconti pari o inferiori alla soglia di anomalia di cui al punto 1), inclusi quelli accantonati nel calcolo di cui al punto 1), lettera <i>a</i>), sono offerte "non anomale".</p> <p>Tra tutte le offerte "non-anomale", la stazione appaltante individua come vincitrice l'impresa che abbia offerto lo sconto maggiore. Lo sconto di aggiudicazione corrisposto a questa impresa aggiudicataria è pari allo sconto maggiore tra tutti quelli ammessi ed escluso quello dell'impresa aggiudicataria (c.d. "metodo del secondo prezzo"). In caso di pareggio con più offerte identiche allo sconto maggiore, il vincitore è estratto a sorte tra queste offerte e lo sconto di aggiudicazione riconosciuto è pari allo sconto offerto dall'aggiudicataria.</p> <p>Descrizione del metodo del "secondo prezzo": una volta pervenute le offerte, espresse come sconto rispetto alla base d'asta, la stazione appaltante procede al calcolo della soglia di anomalia come indicato al punto 1) ed esclude tutte le offerte che presentino sconti superiori a tale soglia. Dopodichè, per le offerte individuate come "non-anomale", la stazione appaltante or-</p>	<p><i>e</i>) la soglia di anomalia è uguale allo sconto di riferimento di cui al punto 1):</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. decrementata del valore di cui alla lettera <i>c</i>), nel caso in cui il valore di cui alla lettera <i>d</i>) sia pari; 2. incrementata del valore di cui alla lettera <i>c</i>), nel caso in cui il valore di cui alla lettera <i>d</i>) sia dispari. <p>3) Tutti gli sconti superiori alla soglia di cui alla lettera <i>e</i>) del punto 2) sono automaticamente esclusi. Tra le offerte non escluse, incluse quelle inizialmente accantonate per il calcolo di cui alla lettera <i>a</i>), la stazione appaltante individua come vincitrice quella con lo sconto maggiore. Lo sconto di aggiudicazione corrisposto all'impresa aggiudicataria è quello che questa stessa impresa ha presentato. In caso di pareggio tra le offerte di maggior ribasso, il vincitore è deciso con un sorteggio. Se tutte le offerte presentate sono anomale, la stazione appaltante valuta l'effettiva anomalia in contraddittorio.</p>



METODO A	METODO B	METODO C
<p>c) calcolo del rapporto tra lo scarto medio aritmetico di cui alla lettera b) e la media aritmetica di cui alla lettera a);</p> <p>d) se il rapporto di cui alla lettera c) è pari o inferiore a zero virgola quindici, la soglia di anomalia è pari al valore della media aritmetica di cui alla lettera a) incrementata del 20 per cento della medesima media aritmetica;</p> <p>e) se il rapporto di cui alla lettera c) è superiore a zero virgola quindici, la soglia di anomalia è calcolata come somma della media aritmetica di cui alla lettera a) e dello scarto medio aritmetico di cui alla lettera b).</p> <p>3) Tutti gli sconti superiori alla soglia di anomalia sono automaticamente esclusi. Tra le offerte non escluse, la stazione appaltante individua come vincitrice quella con lo sconto maggiore. Lo sconto di aggiudicazione corrisposto all'impresa aggiudicataria è quello che questa stessa impresa ha presentato. In caso di pareggio tra le offerte di maggior ribasso, il vincitore è deciso con un sorteggio.</p>	<p>dina i relativi sconti dal maggiore al minore come $s_1 > s_2 > \dots > s_N$: vince l'impresa con sconto pari a s_1 e lo sconto di aggiudicazione del contratto è pari a s_2. Nel caso di un pareggio tra due (o più) sconti più alti (ovvero se $s_1 = s_2$), allora l'impresa vincitrice è sorteggiata tra tutte quelle che abbiano offerto lo sconto più alto e lo sconto di aggiudicazione è pari allo sconto offerto da questa stessa impresa.</p>	

16. L'esecuzione in via d'urgenza

16.1. L'esecuzione in via d'urgenza generale

La prima particolarità che deve essere segnalata è che il nuovo codice, a differenza del codice del 2016, individua tre differenti situazioni in cui può essere avviata immediatamente la prestazione anche senza stipula del contratto.

Le prime ipotesi, contenute nell'art. 17 (solo formalmente omologo, ma con profonde diversità, dell'art. 32 del codice del 2016), prevedono, al comma 8, che "Fermo quanto previsto dall'articolo 50, comma 6, l'esecuzione del contratto può essere iniziata, anche prima della stipula, per motivate ragioni. L'esecuzione è sempre iniziata prima della stipula se sussistono le ragioni d'urgenza di cui al comma 9".

Il successivo comma 9 impone (e non si tratta di novità, vista la specifica contenuta nell'art. 32 del codice del 2016) "L'esecuzione d'urgenza ... quando ricorrono eventi oggettivamente imprevedibili, per evitare situazioni di pericolo per persone, animali, cose, per l'igiene e la salute pubblica, per il patrimonio storico, artistico, culturale, ovvero nei casi in cui la mancata esecuzione immediata della prestazione dedotta nella gara determinerebbe un grave danno all'interesse pubblico che è destinata a soddisfare, ivi compresa la perdita di finanziamenti dell'Unione europea".

In pratica, pertanto, il legislatore ha individuato tre fattispecie di esecuzione in via d'urgenza (la terza relativa al solo sotto soglia come si vedrà più avanti) di cui:

- a) una prima ipotesi che esige una particolare motivazione (che il legislatore non indica neppure a titolo esemplificativo);
- b) una seconda ipotesi stabilita dal legislatore viene praticamente imposta a condizione che ricorrano le motivazioni indicate nella norma (e devono ritenersi tassative e non suscettibili di estensione analogica).

L'ipotesi pertanto è vincolata. Si tratta di fattispecie prevista nell'ultimo periodo del comma 8 dell'art. 32 del codice del 2016;

- c) una terza fattispecie, come si vede d'appresso, svincolata da ogni motivazione, è ammessa solo per il sotto soglia comunitario.

Il tratto che accomuna la fattispecie, a differenza della previsione introdotta nel d.l. n. 76/2020, è che l'esecuzione in via d'urgenza può avvenire solo dopo la verifica dei requisiti visto che si parla di esecuzione prima della stipula del contratto. Ciò contrasta, evidentemente, con i motivi d'urgenza ed è questo l'aspetto che andrebbe chiarito meglio visto che non è prospettabile una soluzione pacifica stante il fatto che, nel sistema disegnato dal nuovo codice, viene soppressa l'aggiudicazione non efficace a favore della sola aggiudicazione efficace (ovvero dopo la verifica, con esito positivo, dei requisiti). Ciò sta a significare che prima di questo momento non è rinvenibile una aggiudicazione che legittimi, almeno, delle aspettative.

16.2. L'esecuzione in via d'urgenza per il sotto soglia

L'art. 50, comma 6, del nuovo codice innova anche in tema di esecuzione in via d'urgenza nel sotto soglia. Si registrano delle novità non solo in relazione a quanto stabilito nell'art. 32 del codice del 2016, ma anche in relazione alla c.d. esecuzione in via d'urgenza emergenziale di cui all'art. 8, comma 1, lett. a) del d.l. n. 76/2020 (convertito con legge n. 120/2020) oggi applicabile ai contratti del PNRR/PNC fino al 31 dicembre 2023; per i restanti appalti la specifica fattispecie deve ritenersi applicabile solo per procedure bandite o avviate (con la lettera di invito nel caso di procedura negoziata) entro il 1° luglio 2023. La fattispecie emergenziale, infatti, ammette – per evidenti ragioni – l'esecuzione immediata anche nelle more della verifica dei requisiti (una volta intervenuta, quindi, l'aggiudicazione non efficace che non è più prevista, come detto, nel nuovo codice).

16.3. La “nuova” fattispecie

Il comma 6 dell'art. 50 prevede che “Dopo la verifica dei requisiti dell'aggiudicatario la stazione appaltante può procedere all'esecuzione anticipata del contratto; nel caso di mancata stipulazione l'aggiudicatario ha diritto al rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione dei lavori

ordinati dal direttore dei lavori e, nel caso di servizi e forniture, per le prestazioni eseguite su ordine del direttore dell'esecuzione".

Come si può notare, pertanto, l'avvio immediato dell'esecuzione non risulta più subordinato all'esistenza di particolari motivazioni come prescritto nel codice del 2016. La previsione ribadisce l'esigenza della previa verifica dei requisiti a differenza – altra novità – di quanto previsto nell'art. 8, comma 1, lett. a), in cui invece, come già riportato, proprio per far fronte alle esigenze poste dal periodo emergenziale, la fattispecie è utilizzabile a prescindere da particolari motivazioni e, soprattutto, anche nelle more della verifica dei requisiti del soggetto che sia risultato aggiudicatario dell'appalto (per intendersi subito dopo l'adozione del provvedimento di aggiudicazione non definitiva prevista nel codice del 2016 e non anche nel codice del 2023).

Per una migliore comprensione si predispone una tabella di confronto tra le norme citate:

Codice 50/2016 Art. 32	D.L. 76/2020 Art. 8, comma 1	Codice 36/2023 Art. 50
<p>13. L'esecuzione del contratto può avere inizio solo dopo che lo stesso è divenuto efficace, salvo che, in casi di urgenza, la stazione appaltante ne chieda l'esecuzione anticipata, nei modi e alle condizioni previste al comma 8.</p> <p>8. (...). L'esecuzione d'urgenza di cui al presente comma è ammessa esclusivamente nelle ipotesi di eventi oggettivamente imprevedibili, per ovviare a situazioni di pericolo per persone, animali o cose, ovvero per l'igiene e la salute pubblica, ovvero per il patrimonio storico, artistico, culturale ovvero nei casi in cui la mancata esecuzione immediata della prestazione dedotta nella gara determinerebbe un grave danno all'interesse pubblico che è destinata a soddisfare, ivi compresa la perdita di finanziamenti comunitari.</p>	<p>a) è sempre autorizzata la consegna dei lavori in via di urgenza e, nel caso di servizi e forniture, l'esecuzione del contratto in via d'urgenza ai sensi dell'articolo 32, comma 8, del decreto legislativo n. 50 del 2016, nelle more della verifica dei requisiti di cui all'articolo 80 del medesimo decreto legislativo, nonché dei requisiti di qualificazione previsti per la partecipazione alla procedura;</p>	<p>6. Dopo la verifica dei requisiti dell'aggiudicatario la stazione appaltante può procedere all'esecuzione anticipata del contratto; nel caso di mancata stipulazione l'aggiudicatario ha diritto al rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione dei lavori ordinati dal direttore dei lavori e, nel caso di servizi e forniture, per le prestazioni eseguite su ordine del direttore dell'esecuzione.</p>

Anche il nuovo codice, ovviamente, prevede che in caso di esecuzioni avvenute anticipatamente rispetto alla stipula del contratto, che se successivamente non venisse stipulato, non viene ad essere pregiudicato il diritto dell'operatore ad ottenere la corresponsione del compenso per quanto svolto.

Da notare che, a far data dal 1° luglio 2023, in relazione all'art. 8, comma 1, viene meno il riferimento che contingenta l'applicabilità delle prerogative semplificate al 30 giugno 2023. Come detto, ciò genera alcune implicazioni in relazione agli appalti diversi da quelli finanziati anche solo in parte dal PNRR/PNC e questi.

Più nel dettaglio:

- agli appalti finanziati anche solo in parte dal PNRR/PNC, ex art. 14, comma 4 del d.l. n. 13/2023 (confermato, sul punto, con la legge di conversione n. 41/2023), anche se avviati (con pubblicazione di bando o invio della lettera di invito a far data dal 1° luglio 2023) potrà essere applicata la prerogativa dell'esecuzione in via d'urgenza anche nelle more della verifica dei requisiti fino al 31 dicembre 2023;
- per gli appalti non riconducibili, neanche in parte, a finanziamenti PNRR/PNC occorre distinguere, invece, il momento dell'avvio della procedura. Se questa è avviata, con pubblicazione del bando-invio della lettera di invito, prima del 1° luglio con aggiudicazione (non efficace, visto che si continueranno ad applicare le norme del codice del 2016) anche successiva si potrà applicare l'esecuzione in via d'urgenza emergenziale. In caso diverso, ovvero nell'ipotesi di procedura, nel senso sopra appena prospettato, avviata dal 1° luglio, l'esecuzione in via d'urgenza utilizzabile è solo quella codicistica e quindi solamente una volta effettuata la verifica, positiva, sui requisiti.

16.4. Esecuzione in via d'urgenza e impegno di spesa

Una sottolineatura necessaria attiene ai rapporti tra esecuzione anticipata (rispetto alla stipula del contratto d'appalto) e la necessità di assicurare la copertura finanziaria per poter pagare le prestazioni comunque effettuate anche nel caso in cui, evidentemente, il contratto non venisse, per ragioni oggettive, più stipulato.

La contabilità armonizzata (d.lgs. n. 126/2018 e principi contabili correlati, in particolare il principio contabile 4/2 "Principio contabile applicato della contabilità finanziaria") e la stessa norma giuridica contenuta nel d.lgs. n. 267/2000, art. 183, il cui primo comma specifica che "L'impegno costituisce la prima fase del procedimento di spesa, con la quale, a se-

guito di obbligazione giuridicamente perfezionata è determinata la somma da pagare, determinato il soggetto creditore, indicata la ragione e la relativa scadenza e viene costituito il vincolo sulle previsioni di bilancio, nell'ambito della disponibilità finanziaria accertata ai sensi dell'articolo 151" impone, perché possa essere assunto l'impegno di spesa, il previo perfezionamento dell'obbligazione giuridica. Ovvero che si sia proceduto alla stipula del "contratto" (da intendersi anche nelle forme semplificate, ad esempio, scambio delle lettere commerciali, scrittura privata, nei microacquisti, accettazione del preventivo, ecc.).

Una simile previsione/obbligo, evidentemente, non è conciliabile con l'esecuzione in via d'urgenza che, appunto, avviene prima della stipula del contratto. La soluzione della problematica è fornita dallo stesso Principio contabile già citato che, nel paragrafo 5.4.10 contiene il richiamo alla nota 75 in cui si precisa che in deroga alla regola del previo perfezionamento dell'obbligazione giuridica, che abilita l'assunzione dell'impegno di spesa, fa salva l'ipotesi dell'esecuzione anticipata, nel qual caso "l'impegno è registrato a seguito dell'aggiudicazione".

In questa fattispecie, pertanto, per poter assumere l'impegno di spesa, non è necessaria la previa stipula del contratto, visto che altrimenti non si potrebbe parlare di esecuzione anticipata.

17. Il microsistema normativo sui requisiti generali e sulle cause di esclusione

17.1. Premessa

Il Capo II, rubricato “I requisiti di ordine generale” (contenuto nel Titolo IV, “I requisiti di partecipazione e la selezione dei partecipanti” della Parte V, “Dello svolgimento delle procedure”), introduce il microsistema normativo composto dagli articoli sotto riportati:

- Art. 94 (Cause di esclusione automatica)
- Art. 95 (Cause di esclusione non automatica)
- Art. 96 (Disciplina dell’esclusione)
- Art. 97 (Cause di esclusione di partecipanti a raggruppamenti)
- Art. 98 (Illecito professionale grave).

Il microimpianto normativo, semplificando, modifica l’impostazione delle disposizioni contenute nell’art. 80 del codice del 2016. Si tratta di disposizioni che contengono novità, non solo nell’impostazione (utile a fornire maggior chiarezza al RUP), ma anche rispetto alle previsioni note. Per questa ragione si rende necessario predisporre anche delle tabelle di confronto che consentano di meglio identificare le novità (anche considerato che in fase di approvazione definitiva sono state apportate ulteriori modifiche rispetto agli schemi messi in circolazione).

17.2. Le cause di esclusione automatica

Nella relazione tecnica si legge che, nonostante la volontà di tenere immutato il primo comma dell’art. 94 rispetto all’art. 80 del codice del 2016, si registra una novità apportata in sede di approvazione definitiva ovvero l’eliminazione, tra le cause di esclusione, della intervenuta sentenza di patteggiamento. La prima novità, evidentemente, riguarda la rubrica: il

nuovo articolo viene rubricato “Cause di esclusione automatica”, mentre l’art. 80 del codice del 2016 risulta rubricato “Motivi di esclusione”.

Sotto si riporta il primo comma, delle due norme, a confronto:

Codice 50/2016 Art. 80, comma 1	Codice 36/2023 Art. 94, comma 1
<p>1. Costituisce motivo di esclusione di un operatore economico dalla partecipazione a una procedura d’appalto o concessione, la condanna con sentenza definitiva o decreto penale di condanna divenuto irrevocabile o sentenza di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell’articolo 444 del codice di procedura penale, per uno dei seguenti reati:</p> <p>a) delitti, consumati o tentati, di cui agli articoli 416, 416-bis del codice penale ovvero delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dal predetto articolo 416-bis ovvero al fine di agevolare l’attività delle associazioni previste dallo stesso articolo, nonché per i delitti, consumati o tentati, previsti dall’articolo 74 del decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, dall’articolo 291-<i>quater</i> del decreto del Presidente della Repubblica 23 gennaio 1973, n. 43 e dall’articolo 260 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, in quanto riconducibili alla partecipazione a un’organizzazione criminale, quale definita all’articolo 2 della decisione quadro 2008/841/GAI del Consiglio;</p>	<p>1. È causa di esclusione di un operatore economico dalla partecipazione a una procedura d’appalto la condanna con sentenza definitiva o decreto penale di condanna divenuto irrevocabile per uno dei seguenti reati:</p> <p>a) delitti, consumati o tentati, di cui agli articoli 416, 416-bis del codice penale oppure delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dal predetto articolo 416-bis oppure al fine di agevolare l’attività delle associazioni previste dallo stesso articolo, nonché per i delitti, consumati o tentati, previsti dall’articolo 74 del testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, dall’articolo 291-<i>quater</i> del testo unico delle disposizioni legislative in materia doganale, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 23 gennaio 1973, n. 43 e dall’articolo 452-<i>quaterdieces</i> del codice penale, in quanto riconducibili alla partecipazione a un’organizzazione criminale, quale definita all’articolo 2 della decisione quadro 2008/841/GAI del Consiglio dell’Unione europea, del 24 ottobre 2008;</p>
<p>b) delitti, consumati o tentati, di cui agli articoli 317, 318, 319, 319-<i>ter</i>, 319-<i>quater</i>, 320, 321, 322, 322-bis, 346-bis, 353, 353-bis, 354, 355 e 356 del codice penale nonché all’articolo 2635 del codice civile;</p>	<p>b) delitti, consumati o tentati, di cui agli articoli 317, 318, 319, 319-<i>ter</i>, 319-<i>quater</i>, 320, 321, 322, 322-bis, 346-bis, 353, 353-bis, 354, 355 e 356 del codice penale nonché all’articolo 2635 del codice civile;</p>



Codice 50/2016 Art. 80, comma 1	Codice 36/2023 Art. 94, comma 1
<i>b-bis</i>) false comunicazioni sociali di cui agli articoli 2621 e 2622 del codice civile;	<i>c</i>) false comunicazioni sociali di cui agli articoli 2621 e 2622 del codice civile;
<i>c</i>) frode ai sensi dell'articolo 1 della convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee;	<i>d</i>) frode ai sensi dell'articolo 1 della convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee, del 26 luglio 1995;
<i>d</i>) delitti, consumati o tentati, commessi con finalità di terrorismo, anche internazionale, e di eversione dell'ordine costituzionale reati terroristici o reati connessi alle attività terroristiche;	<i>e</i>) delitti, consumati o tentati, commessi con finalità di terrorismo, anche internazionale, e di eversione dell'ordine costituzionale reati terroristici o reati connessi alle attività terroristiche;
<i>e</i>) delitti di cui agli articoli 648- <i>bis</i> , 648- <i>ter</i> e 648- <i>ter</i> .1 del codice penale, riciclaggio di proventi di attività criminose o finanziamento del terrorismo, quali definiti all'articolo 1 del decreto legislativo 22 giugno 2007, n. 109 e successive modificazioni;	<i>f</i>) delitti di cui agli articoli 648- <i>bis</i> , 648- <i>ter</i> e 648- <i>ter</i> .1 del codice penale, riciclaggio di proventi di attività criminose o finanziamento del terrorismo, quali definiti all'articolo 1 del decreto legislativo 22 giugno 2007, n. 109;
<i>f</i>) sfruttamento del lavoro minorile e altre forme di tratta di esseri umani definite con il decreto legislativo 4 marzo 2014, n. 24;	<i>g</i>) sfruttamento del lavoro minorile e altre forme di tratta di esseri umani definite con il decreto legislativo 4 marzo 2014, n. 24;
<i>g</i>) ogni altro delitto da cui derivi, quale pena accessoria, l'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione.	<i>h</i>) ogni altro delitto da cui derivi, quale pena accessoria, l'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione.

Nel comma 2 è stata prevista l'inoperatività della causa di esclusione discendente dall'emissione di una misura interdittiva antimafia ove l'impresa sia stata ammessa al controllo giudiziario ex art. 34-*bis* del d.lgs. n. 159/2011 entro la data dell'aggiudicazione; nell'atto di segnalazione ANAC n. 3 del 27 luglio 2022 (e nelle successive proposte emendative del 25 luglio 2022) si era fatta presente l'opportunità di "allineare l'ambito soggettivo di applicazione del requisito previsto dall'art. 80, comma 2, decreto legislativo n. 50/2016, rispetto ai soggetti sottoposti alle verifiche antimafia ai sensi dell'art. 85 del Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione (d.lgs. n. 159/2011)".

L'osservazione è stata approfonditamente ponderata, ma tenuto conto dell'ampissimo spettro soggettivo di cui all'elencazione contenuta nella

disposizione in ultimo citata (cfr. lett. *e*) del medesimo art. 85 del d.lgs. n. 159 del 2011) si è ritenuto corretto “confermare” l’opzione contenuta nel vigente codice e non allargare il perimetro soggettivo; esso è stato pertanto ancorato (come già nel codice vigente) ai soggetti elencati al comma 3 del testo proposto.

Alcune modifiche si registrano in relazione ai commi 3 e 4 dell’art. 94 rispetto agli omologhi commi dell’art. 80 (si riportano le tabelle a confronto):

Codice 50/2016 Art. 80, comma 3	Codice 36/2023 Art. 94, comma 3
3. L’esclusione di cui ai commi 1 e 2 va disposta se la sentenza o il decreto ovvero la misura interdittiva sono stati emessi nei confronti:	3. L’esclusione di cui ai commi 1 e 2 è disposta se la sentenza o il decreto oppure la misura interdittiva ivi indicati sono stati emessi nei confronti:
	<i>a)</i> dell’operatore economico ai sensi e nei termini di cui al decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231;
del titolare o del direttore tecnico, se si tratta di impresa individuale;	<i>b)</i> del titolare o del direttore tecnico, se si tratta di impresa individuale;
di un socio o del direttore tecnico, se si tratta di società in nome collettivo;	<i>c)</i> di un socio amministratore o del direttore tecnico, se si tratta di società in nome collettivo;
dei soci accomandatari o del direttore tecnico, se si tratta di società in accomandita semplice;	<i>d)</i> dei soci accomandatari o del direttore tecnico, se si tratta di società in accomandita semplice;
dei membri del consiglio di amministrazione cui sia stata conferita la legale rappresentanza, ivi compresi institori e procuratori generali, del direttore tecnico o del socio unico persona fisica, ovvero del socio di maggioranza in caso di società con un numero di soci pari o inferiore a quattro , se si tratta di altro tipo di società o consorzio.	<i>e)</i> dei membri del consiglio di amministrazione cui sia stata conferita la legale rappresentanza, ivi compresi gli institori e i procuratori generali;
dei membri degli organi con poteri di direzione o di vigilanza o dei soggetti muniti di poteri di rappresentanza, di direzione o di controllo,	<i>f)</i> dei componenti degli organi con poteri di direzione o di vigilanza o dei soggetti muniti di poteri di rappresentanza, di direzione o di controllo;
del direttore tecnico o del socio unico persona fisica	<i>g)</i> del direttore tecnico o del socio unico;
	<i>h)</i> dell’amministratore di fatto nelle ipotesi di cui alle lettere precedenti.



Codice 50/2016 Art. 80, comma 3	Codice 36/2023 Art. 94, comma 3
<p>In ogni caso l'esclusione e il divieto operano anche nei confronti dei soggetti cessati dalla carica nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, qualora l'impresa non dimostri che vi sia stata completa ed effettiva dissociazione della condotta penalmente sanzionata; l'esclusione non va disposta e il divieto non si applica quando il reato è stato depenalizzato ovvero quando è intervenuta la riabilitazione ovvero, nei casi di condanna ad una pena accessoria perpetua, quando questa è stata dichiarata estinta ai sensi dell'articolo 179, settimo comma, del codice penale ovvero quando il reato è stato dichiarato estinto dopo la condanna ovvero in caso di revoca della condanna medesima.</p>	

Rimangono pertanto le figure soggettive, che possono essere coinvolte, con alcune modifiche (parte barrata dell'art. 80, comma 3) ma risultano meglio esposte nel comma 3 dell'art. 94.

Nella relazione tecnica si specifica che si è preferito espungere “la disposizione del comma 3 dell'art. 80 in punto di esclusione per fattispecie attingente i soggetti cessati, in quanto non presente nella direttiva; del pari è stato espunto il riferimento del socio di maggioranza in caso di società con un numero di soci pari o inferiore a quattro; ciò non sembra implicare alcun indebolimento delle esigenze di tutela sociale e di legalità e trasparenza degli affidamenti pubblici, anche laddove si consideri che il comma 3, nel fare riferimento alla formulazione «casistica», contempla (innovativamente rispetto al testo del «corrispondente» comma 3 dell'art. 80) la figura dell'«amministratore di fatto» (con ciò recependosi un consolidato orientamento della giurisprudenza)”.

In sostanza, segnalano gli estensori, “è sembrato che il riferimento ai soggetti cessati, per un verso comportasse un inutile appesantimento dei possibili oneri in capo agli offerenti, e, per altro verso, fosse privo di giustificazione, in quanto riferibile a soggetti non facenti (più) parte della compagine societaria e suscettibile di trovare «copertura», nella ipotesi di strumentale cessazione dalla carica e continuazione dell'attività gestoria, nel riferimento all'amministratore di fatto e che analoghe considerazioni

potessero traslarsi alla figura del socio di maggioranza in caso di società con un numero di soci pari o inferiore a quattro”.

Il comma 5 raggruppa talune cause di esclusione obbligatoria che prima si rinvenivano “sparse” nell’art. 80 del d.lgs. n. 50 del 2016; ivi, in particolare:

Codice 36/2023
Art. 94, comma 5

5. Sono altresì esclusi:

a) l’operatore economico destinatario della sanzione interdittiva di cui all’articolo 9, comma 2, lettera *c)*, del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, o di altra sanzione che comporta il divieto di contrarre con la pubblica amministrazione, compresi i provvedimenti interdittivi di cui all’articolo 14 del decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81;

b) l’operatore economico che non abbia presentato la certificazione di cui all’articolo 17 della legge 12 marzo 1999, n. 68, ovvero non abbia presentato dichiarazione sostitutiva della sussistenza del medesimo requisito;

c) in relazione alle procedure afferenti agli investimenti pubblici finanziati, in tutto o in parte, con le risorse previste dal regolamento (UE) n. 240/2021 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 10 febbraio 2021 e dal regolamento (UE) n. 241/2021 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 febbraio 2021, gli operatori economici tenuti alla redazione del rapporto sulla situazione del personale, ai sensi dell’articolo 46 del codice delle pari opportunità tra uomo e donna, di cui al decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198, che non abbiano prodotto, al momento della presentazione della domanda di partecipazione o dell’offerta, copia dell’ultimo rapporto redatto, con attestazione della sua conformità a quello trasmesso alle rappresentanze sindacali aziendali e alla consigliera e al consigliere regionale di parità ai sensi del comma 2 del citato articolo 46, oppure, in caso di inosservanza dei termini previsti dal comma 1 del medesimo articolo 46, con attestazione della sua contestuale trasmissione alle rappresentanze sindacali aziendali e alla consigliera e al consigliere regionale di parità;

d) l’operatore economico che sia stato sottoposto a liquidazione giudiziale o si trovi in stato di liquidazione coatta o di concordato preventivo o nei cui confronti sia in corso un procedimento per l’accesso a una di tali procedure, fermo restando quanto previsto dall’articolo 95 del codice della crisi di impresa e dell’insolvenza, di cui al decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14, dall’articolo 186-*bis*, comma 5, del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267 e dall’articolo 124 del presente codice. L’esclusione non opera se, entro la data dell’aggiudicazione, sono stati adottati i provvedimenti di cui all’articolo 186-*bis*, comma 4, del regio decreto n. 267 del 1942 e all’articolo 95, commi 3 e 4, del codice di cui al decreto legislativo n. 14 del 2019, a meno che non intervengano ulteriori circostanze escludenti relative alle procedure concorsuali;

e) l’operatore economico iscritto nel casellario informatico tenuto dall’ANAC per aver presentato false dichiarazioni o falsa documentazione nelle

procedure di gara e negli affidamenti di subappalti; la causa di esclusione perdura fino a quando opera l'iscrizione nel casellario informatico;

f) l'operatore economico iscritto nel casellario informatico tenuto dall'ANAC per aver presentato false dichiarazioni o falsa documentazione ai fini del rilascio dell'attestazione di qualificazione, per il periodo durante il quale perdura l'iscrizione.

La relazione tecnica, di cui sotto si riporta lo stralcio, chiarisce le modifiche intervenute relative al comma 5:

“I) è stata inserita alla lett. *c*) una specifica causa di esclusione obbligatoria (art. 47, comma 2, del decreto-legge n. 77/2021) riguardante la categoria di appalti PNRR: sebbene non riguardi tutti gli appalti è sembrato opportuno, per la centralità del PNRR, inserirla nell'articolato generale;

II) è stata inserita sub lett. *d*) di questo «nuovo» comma 5 la causa di esclusione relativa alle procedure concorsuali di cui alla lett. 5 *b*) dell'art. 80 del decreto legislativo n. 50/2016; essa va considerata «obbligatoria» in quanto discende dal nostro sistema giurisdizionale, opera automaticamente e necessariamente salvo provvedimento del giudice civile (in sostanza, facendo riferimento alla direttiva 24/2014 si dovrebbe fare riferimento all'art. 57 comma IV «gli Stati membri possono chiedere alle amministrazioni aggiudicatrici di escludere»); più specificatamente, non sembra dubitabile che essa possa essere considerata una causa obbligatoria di esclusione in quanto:

- le direttive europee sugli appalti, a partire dalla prima, la n. 305 del 1971, sino all'ultima, la n. 24 del 2014, pur contemplando (quest'ultima all'art. 57.4, lett. *b*) il fallimento e le altre procedure concorsuali tra i possibili motivi di esclusione, hanno tuttavia sempre rimesso agli Stati membri e alle loro amministrazioni aggiudicatrici la scelta se e come escludere i concorrenti che si trovano in tali situazioni;
- «non contempla un'uniformità di applicazione delle cause di esclusione che esso prevede a livello dell'Unione, in quanto gli Stati membri hanno la facoltà di non applicare affatto tali cause di esclusione o di inserirle nella normativa nazionale con un grado di rigore che potrebbe variare a seconda dei casi, in funzione di considerazioni di ordine giuridico, economico o sociale prevalenti a livello nazionale» (Corte di giustizia 28 marzo 2019, in causa C-101/18).

Ciò, per come formulata la disposizione («che l'operatore economico sia stato sottoposto a liquidazione giudiziale o si trovi in stato di liquidazione coatta o di concordato preventivo o sia in corso nei suoi confronti un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni, fermo restando quanto previsto dai commi da 1 a 4 dell'articolo 95 del codice della crisi di impresa e dell'insolvenza adottato in attuazione della delega di cui all'articolo 1 della legge 19 ottobre 2017, n. 155 e dall'articolo 110») deve essere valutata la sufficienza della procedura introdotta ai commi 7 e 8 dell'art. 80 così come proposto a «coprire» le situazioni enunciate

dalle Adunanze plenarie nn. 9, 10 e 11 del 2021, facendo espresso riferimento al concordato preventivo.

In base all'art. 186-*bis*, comma 4, della legge fallimentare (che è cosa diversa dall'ammissione alla procedura di concordato di cui all'art. 163), tra il deposito della domanda e il decreto di apertura della procedura la partecipazione alle gare pubbliche è possibile purché sia autorizzata dal tribunale, acquisito il parere del commissario giudiziale, se nominato (un ulteriore indice, in favore della possibilità di partecipare alle gare anche prima dell'ammissione al concordato, si ricava inoltre dall'art. 5 del d.m. 31 gennaio 2015 in tema di regolarità contributiva).

In base all'art. 110, comma 4, del codice della crisi di impresa, alle imprese che hanno depositato la domanda di cui all'art. 40 del codice della crisi di impresa e dell'insolvenza («domanda di accesso agli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza e alla liquidazione giudiziale») «si applica l'art. 95 del medesimo codice».

Ai sensi dei commi 3 e 4 dell'art. 95 «successivamente al deposito della domanda di cui all'articolo 40, la partecipazione a procedure di affidamento di contratti pubblici deve essere autorizzata dal tribunale, e, dopo il decreto di apertura, dal giudice delegato, acquisito il parere del commissario giudiziale ove già nominato» e «l'autorizzazione consente la partecipazione alla gara previo deposito di una relazione del professionista indipendente che attesta la conformità al piano, ove predisposto, e la ragionevole capacità di adempimento del contratto».

Nella relazione si ricorda che, ai sensi dell'Adunanza plenaria n. 9/2021:

- la presentazione di una domanda di concordato in bianco o con riserva, ai sensi dell'art. 161, comma 6, della legge fallimentare non integra una causa di esclusione automatica dalle gare pubbliche, per perdita dei requisiti generali, essendo rimesso in primo luogo al giudice fallimentare in sede di rilascio dell'autorizzazione di cui all'art. 186-*bis*, comma 4, e al quale l'operatore che ha chiesto il concordato si deve tempestivamente rivolgere fornendo all'uopo le informazioni necessarie, valutare la compatibilità della partecipazione alla procedura di affidamento in funzione e nella prospettiva della continuità aziendale;
- la partecipazione alle gare pubbliche è dal legislatore considerata, a seguito del deposito della domanda di concordato anche in bianco o con riserva, come un atto che deve essere comunque autorizzato dal tribunale, acquisito il parere del commissario giudiziale ove già nominato, ai sensi dell'art. 186-*bis*, comma 4, da ultimo richiamato anche dagli articoli 80 e 110 del codice dei contratti; a tali fini l'operatore che presenta domanda di concordato in bianco o con riserva è tenuto a richiedere senza indugio l'autorizzazione, anche qualora sia già partecipante alla gara, e ad informarne prontamente la stazione appaltante;

- l'autorizzazione giudiziale alla partecipazione alla gara pubblica deve intervenire entro il momento dell'aggiudicazione della stessa".

Sempre ai sensi dell'intervento in Adunanza plenaria sopra ricordato:

"l'autorizzazione giudiziale alla partecipazione alla gara pubblica deve intervenire entro il momento dell'aggiudicazione della stessa, non occorrendo che in tale momento l'impresa, inclusa quella che ha presentato domanda di concordato in bianco o con riserva, sia anche già stata ammessa al concordato preventivo con continuità aziendale.

La disciplina (contenuta nella legge fallimentare e nel codice della crisi di impresa) non specifica che l'autorizzazione (e gli altri atti richiesti) debba intervenire entro l'aggiudicazione. Il dato è però ricavabile dai commi 5 e 6 dell'art. 96.

Nondimeno si ritiene che, nel caso intervenga detta autorizzazione, la valutazione che deve operare la stazione appaltante non è discrezionale.

La disciplina necessita quindi di essere integrata sia in riferimento alla legge fallimentare, sia in riferimento alla disciplina contenuta nel codice della crisi di impresa, valutando se la modifica vada collocata nel comma 4 lett. *d*) o (forse più propriamente) nei commi 7 e 8 dell'art. 80 nella formulazione che viene proposta. La previsione contenuta nel codice della crisi di impresa, è stata recentemente modificata in quanto è entrata in vigore il 15 luglio 2022: pertanto si è ritenuto di fare rinvio dinamico al testo della medesima.

È stata altresì disposta all'art. 226, comma 8, una parziale modifica, però, del detto novellato art. 95 del codice della crisi di impresa, limitatamente al comma 5 («Fermo quanto previsto dal comma 4, l'impresa in concordato può concorrere anche riunita in raggruppamento temporaneo di imprese, purché non rivesta la qualità di mandataria e sempre che nessuna delle altre imprese aderenti al raggruppamento sia assoggettata ad una procedura concorsuale») soltanto espungendo da esso un periodo.

III) Tenuto conto della indicazione di cui al comma 15 dell'art. 96 (corrispondente all'art. 80 comma 12 del decreto legislativo n. 50/2016, il cui testo è stato conservato *in parte qua* immutato, salva la soppressione del riferimento alla colpa grave ...) sono state inserite nel comma 5, lett. *e*) ed *f*), del testo dell'art. [80] le fattispecie di cui all'art. *f-ter*) e *g*) del comma 5 dell'art. 80 del decreto legislativo n. 50 del 2016: dalle stesse è stato unicamente espunto il riferimento all'Osservatorio ANAC;

IV) quanto più in particolare al comma 5, lett. *f*), del testo proposto corrispondente alla lett. *g*) del comma 5 dell'art. 80 del decreto legislativo n. 50/2016 il riferimento è al regolamento previsto dall'art. 100 (corrispondente all'art. 83 del d.lgs n. 50 del 2016) commi 3, 4 e 7".

17.3. Le violazioni gravi definitivamente accertate

Il comma 6 dell'art. 94 corrisponde alla prima parte del comma 4 dell'art. 80 del d.lgs. n. 50 del 2016 (esclusione "obbligatoria" da omesso pagamento di imposte, tasse e contributi).

Come è noto, il comma 4 del codice del 2016 raggruppava sia una causa obbligatoria di esclusione, che una "facoltativa", aventi la medesima "causale" (omesso pagamento di imposte, tasse, contributi previdenziali).

In ossequio alle esigenze di chiarezza che hanno condotto a collocare in distinti articoli le cause "automatiche" e quelle "non automatiche" (rispettivamente: art. 94 e art. 95) si è preferito strutturare due distinte previsioni, la prima allocata tra le esclusioni "automatiche" (art. 94, comma 6) e l'altra (art. 95, comma 2) tra le "non automatiche"; l'articolato di cui al comma 6 del testo proposto è stato destrutturato in quanto la nozione di "grave violazione" definitivamente accertata comportante esclusione obbligatoria è stata innestata nell'allegato II.10 al codice, ed al successivo comma 7 è stata indicata la valenza dell'allegato suddetto e le modalità di eventuale successiva modifica del medesimo.

L'allegato II.10 (rubricato "Violazioni gravi degli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali") riproduce il recente d.m. 22 settembre 2022, emanato in attuazione dell'art. 80, comma 4, del vigente d.lgs. n. 50/2016, come modificato dall'art. 10, comma 1, lett. c), n. 2, della legge 23 dicembre 2021, n. 238 ("Legge europea 2019-2020").

Il comma 7 dell'art. 94 replica parte del comma 3 dell'art. 80, disciplinando il comportamento della stazione appaltante in caso di reato depenalizzato, intervenuta riabilitazione e nei casi in cui risulti estinta la pena accessoria perpetua "oppure quando il reato è stato dichiarato estinto dopo la condanna oppure in caso di revoca della condanna medesima". In questo caso l'esclusione non viene disposta e il divieto di aggiudicazione non si applica.

17.4. Le cause di esclusione non automatica

Il comma 1 dell'art. 95 prevede le cause di esclusione "non automatiche" (in passato in massima parte disciplinate al comma 5 dell'art. 80 del d.lgs. n. 50/2016).

La ragione della modifica rispetto alla denominazione di "cause di esclusione facoltativa", utilizzata nel codice del 2016, riposa nella constatazione che essa si prestava ad ingenerare l'equivoco per cui, pur in

presenza di un motivo di esclusione (rientrante tra quelli “facoltativi”), la stazione appaltante potesse stabilire di non disporre l’esclusione dell’operatore economico.

In realtà, il legislatore del 2016, nel trasporre l’art. 57 della direttiva n. 24/2014, ha fatto riferimento alla previsione ivi contenuta secondo la quale “gli Stati membri possono esigere che le amministrazioni aggiudicatrici escludano” (cfr. la disposizione di cui al comma 6 dell’art. 80 del d.lgs. n. 50/2016).

In sintesi, il “potere” demandato alla stazione appaltante implica un margine di apprezzamento della situazione concreta riconducibile al concetto di discrezionalità tecnica: apprezzata la sussistenza del presupposto enucleato nella disposizione di legge, la decisione di escludere si impone. Gli estensori, quindi, hanno ritenuto che l’aggettivo “non automatiche” (peraltro a più riprese utilizzato dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale: cfr. Consiglio di Stato, Ad. plen., 27 maggio 2021, n. 9) meglio rendesse detto concetto, al contempo tracciando un confine chiaro rispetto alle cause di esclusione “automatica” annoverate nell’art. 94 (laddove nessun margine di apprezzamento è rimesso alla stazione appaltante, che deve limitarsi a riscontrarne la sussistenza).

Quanto alla “organizzazione” del comma, come si legge nella relazione tecnica, gli estensori hanno ritenuto di:

1) indicare nella parte iniziale del comma tutte quelle cause facoltative di esclusione “diverse” dagli illeciti professionali, in particolare, quelle di cui al testo del comma 1, lett. *a*), *b*) e *c*), corrispondenti, nell’ordine, al comma 5 dell’art. 80, lett. *a*), *d*), *e*), del d.lgs. n. 50/2016, sono rimaste nella sostanza immutate;

2) quanto invece a quella di cui al testo del comma 1, lett. *d*) (corrispondente al comma 5 dell’art. 80, lett. *m*), la formulazione proposta tiene conto dell’art. 57, par. 4, lett. *d*) della direttiva e della giurisprudenza della Corte di giustizia.

Invero, in forza dell’art. 57, par. 4, lett. *d*) della direttiva, l’amministrazione deve disporre di “indicazioni sufficientemente plausibili per concludere che l’operatore economico ha sottoscritto accordi con altri operatori economici al fine di falsare la concorrenza”.

La Corte di giustizia, si legge ancora nella relazione tecnica, ha sottolineato che l’amministrazione deve valutare il concreto impatto, in termini di influenza, del comportamento dei soggetti che hanno presentato le offerte sulla procedura di gara (“il compito di accertare se il rapporto di controllo in questione abbia esercitato un’influenza sul contenuto delle rispettive offerte depositate dalle imprese interessate nell’ambito di una stessa procedura di aggiudicazione pubblica richiede un esame e

una valutazione dei fatti che spetta alle amministrazioni aggiudicatrici effettuare. La constatazione di un'influenza siffatta, in qualunque forma, è sufficiente per escludere tali imprese dalla procedura di cui trattasi. Per contro, la semplice constatazione dell'esistenza di un rapporto di controllo tra le imprese considerate, risultante dall'assetto proprietario o dal numero dei diritti di voto che possono esercitarsi nelle assemblee ordinarie, non è sufficiente affinché l'amministrazione aggiudicatrice possa escludere automaticamente tali imprese dalla procedura di aggiudicazione dell'appalto, senza verificare se un tale rapporto abbia avuto un impatto concreto sul loro rispettivo comportamento nell'ambito di questa procedura" (Corte di giustizia 19 maggio 2009, in causa C-538/07).

Gli estensori hanno ritenuto, pertanto, di qualificare gli elementi probatori di cui l'amministrazione deve essere in possesso al fine di valutare la ricorrenza della circostanza escludente in esame nel senso di richiedere che siano rilevanti e non solo plausibili, considerato che la giurisprudenza della Corte di giustizia richiede l'accertamento in concreto dell'impatto dell'offerta concordata sulla specifica gara.

Viene mantenuto il richiamo al presupposto, già previsto nella precedente formulazione, dell'imputabilità delle offerte ad un unico centro decisionale in quanto compatibile con la giurisprudenza della Corte di giustizia e con la giurisprudenza amministrativa (Corte di giustizia, 19 maggio 2009, in causa C-538/07).

In armonia con la previsione della lettera *n*) della legge delega, la categoria degli illeciti professionali ha formato oggetto di autonomo articolo (art. 98) nel quale sono confluite, tra l'altro, seppur parzialmente modificate, le previsioni di cui alle lettere *c-bis*), *c-ter*), *c-quater*), *h*), *l*) del comma 5 dell'art. 80 del d.lgs. n. 50/2016;

3) la formulazione della lettera *e*) fa richiamo proprio al successivo art. 98, delineandone il contenuto precettivo;

4) quanto alla previsione già contenuta nel comma 5, lett. *f-bis*), dell'art. 80 del codice del 2016, in cui si legge che "l'operatore economico che presenti nella procedura di gara in corso e negli affidamenti di subappalti documentazione o dichiarazioni non veritiere", gli estensori hanno ritenuto di sopprimerla, tenuto conto della affermazione della sua residualità contenuta nella decisione dell'Adunanza plenaria n. 16 del 28 agosto 2020 e della impostazione perimetrativa seguita in punto di definizione delle fattispecie di illecito professionale (che ritiene priva di rilevanza l'omissione, ove non assistita dal dolo specifico); a tale proposito, la relazione tecnica rammenta che l'ANAC, nel proprio atto di segnalazione n. 3 del 27 luglio 2022 (delibera n. 370 del 27 luglio 2022) al

capo 2.1. e 2.2.5. e 2.2.6. aveva segnalato la necessità di un chiarimento su tale delicata questione.

Quanto alle linee guida ANAC n. 6, al comma 4, lett. *h*), dell'art. 98, che tipizza l'illecito professionale, è stata recepita, tra l'altro, l'elencazione dei reati ("diversi" e di minor gravità di quelli comportanti l'esclusione obbligatoria di cui al comma 1 dell'art. 94, che ripropone inalterata l'elencazione di cui al comma 1 dell'art. 80 del codice del 2016) indicata nelle predette linee guida, approvate dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 1293 del 16 novembre 2016, aggiornate al d.lgs. n. 56 del 19 aprile 2017 con deliberazione del Consiglio n. 1008 dell'11 ottobre 2017, n. 6.

Nel comma 2 dell'art. 95 è stata allocata la causa non automatica di esclusione discendente dall'omesso pagamento di imposte, tasse, contributi previdenziali, di cui al comma 4 del codice del 2016 in cui si disciplina anche la causa "obbligatoria" di esclusione avente la medesima causale (quest'ultima contenuta nell'art. 94, comma 6). Quanto alla previsione di esclusione non automatica in oggetto, gli estensori hanno tenuto conto del recente d.m. 28 settembre 2022 recante "disposizioni in materia di possibile esclusione dell'operatore economico dalla partecipazione a una procedura d'appalto per gravi violazioni in materia fiscale non definitivamente accertate" le cui disposizioni sono state recepite nell'allegato II.12 del codice (e si è contestualmente disposta la abrogazione del citato d.m. 28 settembre 2022; v. art. 228, comma 3).

Al comma 3 è stata "replicata" la previsione di cui al comma 8 del testo dell'art. 94.

17.5. La disciplina dell'esclusione

L'art. 96 contiene la disciplina procedimentale comune agli "eventi" che conducono alla esclusione dell'operatore economico; come ci si accinge a chiarire, sono stati indicati gli oneri di comunicazione degli eventi idonei a condurre alla esclusione in capo agli operatori economici ed è stato disciplinato il c.d. *self cleaning*.

L'art. 96 ("Disciplina dell'esclusione") contiene (anche) una serie di commi già presenti nell'art. 80, pertanto, pure in questo caso, per una migliore comprensione si impone di predisporre una tabella a confronto:

Codice 50/2016 Art. 80	Codice 36/2023 Art. 96
6. Le stazioni appaltanti escludono un operatore economico in qualunque momento della procedura, qualora risulti che l'operatore economico si trova, a causa di atti compiuti o omessi prima o nel corso della procedura, in una delle situazioni di cui ai commi 1, 2, 4 e 5.	1. Salvo quanto previsto dai commi 2, 3, 4, 5 e 6, le stazioni appaltanti escludono un operatore economico in qualunque momento della procedura d'appalto, qualora risulti che questi si trovi, a causa di atti compiuti od omessi prima o nel corso della procedura, in una delle situazioni di cui agli articoli 94 e 95.
7. Un operatore economico che si trovi in una delle situazioni di cui al comma 1, limitatamente alle ipotesi in cui la sentenza definitiva abbia imposto una pena detentiva non superiore a 18 mesi ovvero abbia riconosciuto l'attenuante della collaborazione come definita per le singole fattispecie di reato, o al comma 5, è ammesso a provare di aver risarcito o di essersi impegnato a risarcire qualunque danno causato dal reato o dall'illecito e di aver adottato provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti.	2. L'operatore economico che si trovi in una delle situazioni di cui all'articolo 94, a eccezione del comma 6, e all'articolo 95, a eccezione del comma 2, non è escluso se si sono verificate le condizioni di cui al comma 6 del presente articolo e ha adempiuto agli oneri di cui ai commi 3 o 4 del presente articolo.
	3. Se la causa di esclusione si è verificata prima della presentazione dell'offerta, l'operatore economico, contestualmente all'offerta, la comunica alla stazione appaltante e, alternativamente:
	a) comprova di avere adottato le misure di cui al comma 6;
	b) comprova l'impossibilità di adottare tali misure prima della presentazione dell'offerta e successivamente ottempera ai sensi del comma 4.
	4. Se la causa di esclusione si è verificata successivamente alla presentazione dell'offerta, l'operatore economico adotta e comunica le misure di cui al comma 6.
	5. In nessun caso l'aggiudicazione può subire dilazioni in ragione dell'adozione delle misure di cui al comma 6.



Codice 50/2016 Art. 80	Codice 36/2023 Art. 96
<p>8. Se la stazione appaltante ritiene che le misure di cui al comma 7 sono sufficienti, l'operatore economico non è escluso dalla procedura d'appalto; viceversa dell'esclusione viene data motivata comunicazione all'operatore economico.</p>	<p>6. Un operatore economico che si trovi in una delle situazioni di cui all'articolo 94, a eccezione del comma 6, e all'articolo 95, a eccezione del comma 2, può fornire prova del fatto che le misure da lui adottate sono sufficienti a dimostrare la sua affidabilità. Se tali misure sono ritenute sufficienti e tempestivamente adottate, esso non è escluso dalla procedura d'appalto. A tal fine, l'operatore economico dimostra di aver risarcito o di essersi impegnato a risarcire qualunque danno causato dal reato o dall'illecito, di aver chiarito i fatti e le circostanze in modo globale collaborando attivamente con le autorità investigative e di aver adottato provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti. Le misure adottate dagli operatori economici sono valutate considerando la gravità e le particolari circostanze del reato o dell'illecito, nonché la tempestività della loro assunzione. Se la stazione appaltante ritiene che le misure siano intempestive o insufficienti, ne comunica le ragioni all'operatore economico.</p>
<p>9. Un operatore economico escluso con sentenza definitiva dalla partecipazione alle procedure di appalto non può avvalersi della possibilità prevista dai commi 7 e 8 nel corso del periodo di esclusione derivante da tale sentenza.</p>	<p>7. Un operatore economico escluso con sentenza definitiva dalla partecipazione alle procedure di appalto o di concessione non può avvalersi della possibilità prevista dai commi 2, 3, 4, 5 e 6 nel corso del periodo di esclusione derivante da tale sentenza.</p>
<p>10. Se la sentenza penale di condanna definitiva non fissa la durata della pena accessoria della incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione, la durata della esclusione dalla procedura d'appalto o concessione è:</p>	<p>8. Se la sentenza penale di condanna definitiva non fissa la durata della pena accessoria della incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione, la condanna produce effetto escludente dalle procedure d'appalto:</p>



Codice 50/2016 Art. 80	Codice 36/2023 Art. 96
<p>a) perpetua, nei casi in cui alla condanna consegue di diritto la pena accessoria perpetua, ai sensi dell'articolo 317-bis, primo comma, primo periodo, del codice penale, salvo che la pena sia dichiarata estinta ai sensi dell'articolo 179, settimo comma, del codice penale;</p>	<p>a) in perpetuo, nei casi in cui alla condanna consegue di diritto la pena accessoria perpetua, ai sensi dell'articolo 317-bis, primo comma, primo periodo, del codice penale, salvo che la pena sia dichiarata estinta ai sensi dell'articolo 179, settimo comma, del codice penale;</p>
<p>b) pari a sette anni nei casi previsti dall'articolo 317-bis, primo comma, secondo periodo, del codice penale, salvo che sia intervenuta riabilitazione;</p>	<p>b) per un periodo pari a sette anni nei casi previsti dall'articolo 317-bis, primo comma, secondo periodo, del codice penale, salvo che sia intervenuta riabilitazione;</p>
<p>c) pari a cinque anni nei casi diversi da quelli di cui alle lettere a) e b), salvo che sia intervenuta riabilitazione.</p>	<p>c) per un periodo pari a cinque anni nei casi diversi da quelli di cui alle lettere a) e b), salvo che sia intervenuta riabilitazione.</p>
<p>10-bis. Nei casi di cui alle lettere b) e c) del comma 10, se la pena principale ha una durata inferiore, rispettivamente, a sette e cinque anni di reclusione, la durata della esclusione è pari alla durata della pena principale. Nei casi di cui al comma 5, la durata della esclusione è pari a tre anni, decorrenti dalla data di adozione del provvedimento amministrativo di esclusione ovvero, in caso di contestazione in giudizio, dalla data di passaggio in giudicato della sentenza. Nel tempo occorrente alla definizione del giudizio, la stazione appaltante deve tenere conto di tale fatto ai fini della propria valutazione circa la sussistenza del presupposto per escludere dalla partecipazione alla procedura l'operatore economico che l'abbia commesso.</p>	<p>9. Nei casi di cui alle lettere b) e c) del comma 8, se la pena principale ha una durata inferiore, rispettivamente, a sette e cinque anni di reclusione, l'effetto escludente che ne deriva si produce per un periodo avente durata pari alla durata della pena principale.</p>
<p>11. Le cause di esclusione previste dal presente articolo non si applicano alle aziende o società sottoposte a sequestro o confisca ai sensi dell'articolo 12-sexies del decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 1992, n. 356 o degli articoli 20 e 24 del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, ed affidate ad un custode o amministratore giudiziario o finanziario, limitatamente a quelle riferite al periodo precedente al predetto affidamento.</p>	<p>10. Le cause di esclusione di cui all'articolo 95 rilevano:</p>



Codice 50/2016 Art. 80	Codice 36/2023 Art. 96
	a) per tre anni decorrenti dalla commissione del fatto, nel caso di cui all'articolo 95, comma 1, lettera a);
	b) per la sola gara cui la condotta si riferisce, nei casi di cui all'articolo 95, comma 1, lettere b), c) e d);
	c) nel caso di cui all'articolo 95, comma 1, lettera e), salvo che ricorra la condotta di cui al comma 3, lettera b), dell'articolo 98, per tre anni decorrenti rispettivamente:
	1) dalla data di emissione di uno degli atti di cui all'articolo 407-bis, comma 1, del codice di procedura penale oppure di eventuali provvedimenti cautelari personali o reali del giudice penale, se antecedenti all'esercizio dell'azione penale ove la situazione escludente consista in un illecito penale rientrante tra quelli valutabili ai sensi del comma 1 dell'articolo 94 oppure ai sensi del comma 3, lettera h), dell'articolo 98;
	2) dalla data del provvedimento sanzionatorio irrogato dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato o da altra autorità di settore nel caso in cui la situazione escludente discenda da tale atto;
	3) dalla commissione del fatto in tutti gli altri casi.
	11. L'eventuale impugnazione di taluno dei provvedimenti suindicati non rileva ai fini della decorrenza del triennio.
	12. L'operatore economico ha l'onere di comunicare immediatamente alla stazione appaltante la sussistenza di taluno dei provvedimenti menzionati ai numeri 1) e 2) della lettera c) del comma 10, ove non menzionati nel proprio fascicolo virtuale. Se contravviene all'onere di comunicazione il triennio inizia a decorrere dalla data in cui la stazione appaltante ha acquisito taluno di detti provvedimenti.



Codice 50/2016 Art. 80	Codice 36/2023 Art. 96
<p>12. In caso di presentazione di falsa dichiarazione o falsa documentazione, nelle procedure di gara e negli affidamenti di subappalto, la stazione appaltante ne dà segnalazione all'Autorità che, se ritiene che siano state rese con dolo o colpa grave in considerazione della rilevanza o della gravità dei fatti oggetto della falsa dichiarazione o della presentazione di falsa documentazione, dispone l'iscrizione nel casellario informatico ai fini dell'esclusione dalle procedure di gara e dagli affidamenti di subappalto ai sensi del comma 1 fino a due anni, decorso il quale l'iscrizione è cancellata e perde comunque efficacia.</p>	<p>13. Le cause di esclusione previste dagli articoli 94 e 95 non si applicano alle aziende o società sottoposte a sequestro o confisca ai sensi dell'articolo 240-bis del codice penale o degli articoli 20 e 24 del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, e affidate ad un custode o amministratore giudiziario o finanziario, limitatamente a quelle riferite al periodo precedente al predetto affidamento.</p>
	<p>14. L'operatore economico ha l'obbligo di comunicare alla stazione appaltante la sussistenza dei fatti e dei provvedimenti che possono costituire causa di esclusione ai sensi degli articoli 94 e 95, ove non menzionati nel proprio fascicolo virtuale. L'omissione di tale comunicazione o la non veridicità della medesima, pur non costituendo di per sé causa di esclusione, può rilevare ai sensi del comma 4 dell'articolo 98.</p>
	<p>15. In caso di presentazione di falsa dichiarazione o falsa documentazione, nelle procedure di gara e negli affidamenti di subappalto, la stazione appaltante ne dà segnalazione all'ANAC che, se ritiene che siano state rese con dolo o colpa grave tenuto conto della rilevanza o della gravità dei fatti oggetto della falsa dichiarazione o della presentazione di falsa documentazione, dispone l'iscrizione nel casellario informatico ai fini dell'esclusione dalle procedure di gara e dagli affidamenti di subappalto ai sensi dell'articolo 94, comma 5, lettera e), per un periodo fino a due anni, decorso il quale l'iscrizione è cancellata e perde comunque efficacia.</p>

La norma pertanto, a differenza di quanto stabilito nel codice 2016, introduce una nuova versione allargata del *self cleaning*. Alla luce delle modificazioni introdotte, l'operatore economico può:

- ove le cause di esclusione si siano verificate prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte, comprovare di avere adottato le misure di self cleaning ovvero comprovare l'impossibilità di adottare dette misure prima della presentazione dell'offerta e successivamente ottemperare;
- ove le cause di esclusione si siano verificate successivamente alla presentazione dell'offerta, adottare e comunicare alla stazione appaltante le suddette misure.

Inoltre, la norma individua la decorrenza iniziale del termine triennale per le fattispecie costituenti ipotesi di illecito professionale, fissandola alla data del provvedimento.

17.6. Una disposizione specifica per i raggruppamenti

Rispetto al codice del 2016, viene introdotta in un'unica e specifica disposizione la disciplina relativa alle esclusioni per i RTI e i consorzi. In particolare, si prevede che in caso di mancato possesso dei requisiti generali/speciali da parte di un'impresa partecipante al raggruppamento, quest'ultimo – per non essere escluso – può comprovare di aver estromesso l'impresa interessata o di averla sostituita con altro soggetto munito dei necessari requisiti, fatta salva l'immodificabilità sostanziale dell'offerta presentata (sul punto, v. Corte di giustizia, sez. IX, 3 giugno 2021, causa C-210/20).

Codice 36/2023

Art. 97

(Cause di esclusione di partecipanti a raggruppamenti)

1. Fermo restando quanto previsto dall'articolo 96, commi 2, 3, 4, 5 e 6, il raggruppamento non è escluso qualora un suo partecipante sia interessato da una causa automatica o non automatica di esclusione o dal venir meno di un requisito di qualificazione, se si sono verificate le condizioni di cui al comma 2 e ha adempiuto ai seguenti oneri:

a) in sede di presentazione dell'offerta:

1) ha comunicato alla stazione appaltante la causa escludente verificatasi prima della presentazione dell'offerta e il venir meno, prima della presentazione dell'offerta, del requisito di qualificazione, nonché il soggetto che ne è interessato;

2) ha comprovato le misure adottate ai sensi del comma 2 o l'impossibilità di adottarle prima di quella data;

b) ha adottato e comunicato le misure di cui al comma 2 prima dell'aggiudicazione, se la causa escludente si è verificata successivamente alla presentazione dell'offerta o il requisito di qualificazione è venuto meno successivamente alla presentazione dell'offerta.

2. Fermo restando l'articolo 96, se un partecipante al raggruppamento si trova in una delle situazioni di cui agli articoli 94 e 95 o non è in possesso di uno dei requisiti di cui all'articolo 100, il raggruppamento può comprovare di averlo estromesso o sostituito con altro soggetto munito dei necessari requisiti, fatta salva l'immodificabilità sostanziale dell'offerta presentata. Se tali misure sono ritenute sufficienti e tempestivamente adottate, il raggruppamento non è escluso dalla procedura d'appalto. Se la stazione appaltante ritiene che le misure siano intempestive o insufficienti, l'operatore economico è escluso con decisione motivata.

3. I commi 1 e 2 si applicano anche ai consorzi ordinari. Si applicano altresì ai consorzi fra imprese artigiane, nonché ai consorzi stabili limitatamente alle consorziate esecutrici e alle consorziate aventi i requisiti di cui i consorzi si avvalgono.

18. Gli illeciti professionali

18.1. Norma *ad hoc* per gli illeciti professionali

Il codice dei contratti, a differenza del codice del 2016, introduce una norma specifica (art. 98) in tema di grave illecito professionale al fine, evidente, di guidare la stazione appaltante (ed in particolare il RUP) sulla dinamica (la valutazione) da attuare al fine di applicare ipotesi di esclusione non automatica.

La norma contiene, oltre alle fattispecie, una disciplina della fase istruttoria che il RUP deve seguire, nel caso di illecito professionale dell'offerente o segnalato dagli operatori. L'esclusione, non automatica, può essere comminata se l'offerente abbia commesso un illecito professionale grave, tale da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità, dimostrato dalla stazione appaltante con mezzi adeguati.

All'art. 98 sono indicati, in modo tassativo, i gravi illeciti professionali, nonché i mezzi adeguati a dimostrare i medesimi, se ricorrono una serie di condizioni – che devono tutte ricorrere ed essere indicate nel provvedimento di esclusione (comma 8 della norma) –, in particolare:

- a) elementi sufficienti ad integrare il grave illecito professionale;
- b) idoneità del grave illecito professionale ad incidere sull'affidabilità e integrità dell'operatore;
- c) adeguati mezzi di prova indicati in relazione ad ogni fattispecie nel comma 6.

Per comprendere l'ultimo inciso occorre necessariamente riportare una tabella esplicativa:

Codice 36/2023 Art. 98, commi 3 e 6	
3. L'illecito professionale si può desumere al verificarsi di almeno uno dei seguenti elementi:	6. Costituiscono mezzi di prova adeguati, in relazione al comma 3:
a) sanzione esecutiva irrogata dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato o da altra autorità di settore, rilevante in relazione all'oggetto specifico dell'appalto;	a) ... i provvedimenti sanzionatori esecutivi resi dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato o da altra autorità di settore;
b) condotta dell'operatore economico che abbia tentato di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate a proprio vantaggio oppure che abbia fornito, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione;	b) ... la presenza di indizi gravi, precisi e concordanti che rendano evidente il ricorrere della situazione escludente;
c) condotta dell'operatore economico che abbia dimostrato significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione per inadempimento oppure la condanna al risarcimento del danno o altre sanzioni comparabili, derivanti da inadempienze particolarmente gravi o la cui ripetizione sia indice di una persistente carenza professionale;	c) ... l'intervenuta risoluzione per inadempimento o la condanna al risarcimento del danno o ad altre conseguenze comparabili;
d) condotta dell'operatore economico che abbia commesso grave inadempimento nei confronti di uno o più subappaltatori;	d) ... la emissione di provvedimenti giurisdizionali anche non definitivi;
e) condotta dell'operatore economico che abbia violato il divieto di intestazione fiduciaria di cui all'articolo 17 della legge 19 marzo 1990, n. 55, laddove la violazione non sia stata rimossa;	e) ... l'accertamento definitivo della violazione;



Codice 36/2023 Art. 98, commi 3 e 6	
<p><i>f)</i> omessa denuncia all'autorità giudiziaria da parte dell'operatore economico persona offesa dei reati previsti e puniti dagli articoli 317 e 629 del codice penale aggravati ai sensi dell'articolo 416-<i>bis</i>.1 del medesimo codice salvo che ricorrano i casi previsti dall'articolo 4, primo comma, della legge 24 novembre 1981, n. 689. Tale circostanza deve emergere dagli indizi a base della richiesta di rinvio a giudizio formulata nei confronti dell'imputato per i reati di cui al primo periodo nell'anno antecedente alla pubblicazione del bando e deve essere comunicata, unitamente alle generalità del soggetto che ha omesso la predetta denuncia, dal procuratore della Repubblica procedente all'ANAC, la quale ne cura la pubblicazione;</p>	<p><i>f)</i> ... gli elementi ivi indicati;</p>
<p><i>g)</i> contestata commissione da parte dell'operatore economico, ovvero dei soggetti di cui al comma 3 dell'articolo 94 di taluno dei reati consumati o tentati di cui al comma 1 del medesimo articolo 94;</p>	<p><i>g)</i> ... gli atti di cui all'articolo 407-<i>bis</i>, comma 1, del codice di procedura penale, il decreto che dispone il giudizio ai sensi dell'articolo 429 del codice di procedura penale, o eventuali provvedimenti cautelari reali o personali emessi dal giudice penale, la sentenza di condanna non definitiva, il decreto penale di condanna non irrevocabile, la sentenza non irrevocabile di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale;</p>
<p><i>h)</i> contestata o accertata commissione, da parte dell'operatore economico oppure dei soggetti di cui al comma 3 dell'articolo 94, di taluno dei seguenti reati consumati:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1) abusivo esercizio di una professione, ai sensi dell'articolo 348 del codice penale; 2) bancarotta semplice, bancarotta fraudolenta, omessa dichiarazione di beni da comprendere nell'inventario fallimentare o ricorso abusivo al credito, di cui agli articoli 216, 217, 218 e 220 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267; 	<p><i>h)</i> ... la sentenza di condanna definitiva, il decreto penale di condanna irrevocabile, la condanna non definitiva, i provvedimenti cautelari reali o personali, ove emessi dal giudice penale.</p>



Codice 36/2023 Art. 98, commi 3 e 6	
<p>3) i reati tributari ai sensi del decreto legislativo 10 marzo 2000, n. 74, i delitti societari di cui agli articoli 2621 e seguenti del codice civile o i delitti contro l'industria e il commercio di cui agli articoli da 513 a 517 del codice penale;</p> <p>4) i reati urbanistici di cui all'articolo 44, comma 1, lettere <i>b</i>) e <i>c</i>), del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di edilizia, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380, con riferimento agli affidamenti aventi ad oggetto lavori o servizi di architettura e ingegneria;</p> <p>5) i reati previsti dal decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231.</p>	

Il comma 7 chiarisce che il RUP deve valutare “i provvedimenti sanzionatori e giurisdizionali di cui al comma 6” evidenziando il nesso e quindi l'incidenza sull'affidabilità/integrità dell'offerente.

18.2. La valutazione della gravità della condotta

Come da approdo giurisprudenziale, il comma 4 precisa che nella valutazione (della gravità della condotta) il RUP – che adotta secondo l'allegato I.2 i provvedimenti di esclusione – deve tener conto del “bene giuridico” e dell'entità della lesione inferta nonché del tempo trascorso dalla violazione considerando anche comportamenti virtuosi nel frattempo adottati dall'operatore economico per evitare forme di recidiva. Le dichiarazioni omesse/non veritiere (comma 5) – purché non finalizzate ad influenzare le decisioni della stazione appaltante (finanche sull'esclusione di un operatore economico) – possono essere oggetto di valutazione sull'indice della gravità dell'illecito.

19. Requisiti degli appaltatori

19.1. Qualificazione anche per gli appalti di forniture e servizi

Gli artt. 99 e 100 dedicati ai requisiti di ordine generale e speciale degli operatori economici contengono novità (accanto alla conferma, sui requisiti speciali, per la SOA nel caso di lavori di importo pari o superiore ai 150.000 euro) rispetto agli “omologhi” artt. 81 e 83 del codice del 2016.

Il primo comma dell’art. 99 affida la verifica, circa l’assenza di cause di esclusione automatica di cui all’art. 94, all’escussione della documentazione contenuta nel fascicolo virtuale dell’operatore economico.

Il secondo comma contiene il riferimento alla necessaria verifica della sussistenza dei motivi di esclusione non automatici di cui all’art. 95 e del possesso dei requisiti di partecipazione di cui agli artt. 100 e 103, la cui verifica dovrà avvenire sempre attraverso il fascicolo virtuale dell’operatore considerando non solo la documentazione presente nello stesso ma anche quella allegata dall’operatore economico in sede di partecipazione.

Il terzo comma contiene una esplicazione del divieto di aggravamento del procedimento (e della posizione dell’operatore economico) visto che impedisce la richiesta di documenti già in possesso della stazione appaltante per effetto di precedenti aggiudicazione o conclusione di un accordo quadro, ovvero possono essere acquisiti tramite interoperabilità con la piattaforma digitale nazionale dati di cui all’art. 50-ter del codice di cui al d.lgs. n. 82 del 2005 e con le banche dati delle pubbliche amministrazioni.

L’art. 100 dispone in tema di requisiti di ordine speciale e viene mantenuta la distinzione tra requisiti relativi:

- a) all’idoneità professionale;
- b) alla capacità economica e finanziaria;
- c) alle capacità tecniche e professionali.

Il secondo comma ribadisce che i requisiti devono essere calibrati/proporzionati rispetto alla commessa che si intende affidare.

La novità di maggior rilievo riguarda la previsione di un sistema di qualificazione per gli operatori degli appalti di forniture e servizi (allineando questi settori ai lavori).

Più nel dettaglio, il comma 10 prevede che il regolamento – destinato a sostituire l'allegato II.12 rubricato “Sistema di qualificazione e requisiti per gli esecutori di lavori. Requisiti per la partecipazione alle procedure di affidamento dei servizi di ingegneria e architettura” – conterrà, tra l'altro, la definizione delle tipologie per le quali è possibile una classificazione per valore, la competenza a rilasciare la relativa attestazione, la procedura e le condizioni per la relativa richiesta, il regime sanzionatorio.

Il comma 12, quale clausola di chiusura, chiarisce che la stazione appaltante può richiedere solo i requisiti del presente articolo fatto salvo quanto previsto dall'art. 102.

L'articolo ultimo citato, ad integrazione di quanto appena detto, puntualizza che l'appaltatore deve assumere almeno i seguenti impegni:

- a) garantire la stabilità occupazionale del personale impiegato;
- b) 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 e di quelli il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto o della concessione svolta dall'impresa anche in maniera prevalente, nonché garantire le stesse tutele economiche e normative per i lavoratori in subappalto rispetto ai dipendenti dell'appaltatore e contro il lavoro irregolare;
- c) garantire le pari opportunità generazionali, di genere e di inclusione lavorativa per le persone con disabilità o svantaggiate.

19.2. L'avvalimento

Il nuovo codice, con l'art. 104 disciplina l'avvalimento, con alcune importanti novità. Nella relazione tecnica di accompagnamento, infatti, gli estensori chiariscono che nel disciplinare l'istituto dell'avvalimento si è cercato di procedere, piuttosto, ad un vero e proprio cambio di impostazione, “incentrando la disciplina sul contratto di avvalimento piuttosto che sul mero sistema del prestito dei requisiti”. Il nuovo articolo risulta

composto da 12 commi, invece che da 11 come l'art. 89 del codice del 2016.

19.3. L'avvalimento è un contratto oneroso

Il primo comma dell'art. 104 in esame ribadisce che l'avvalimento è un contratto “con il quale una o più imprese ausiliarie si obbligano a mettere a disposizione di un operatore economico che concorre in una procedura di gara dotazioni tecniche e risorse umane e strumentali per tutta la durata dell'appalto”.

Deve avere “forma scritta a pena di nullità con indicazione specifica delle risorse messe a disposizione dell'operatore economico”.

Il nuovo codice prende posizione sulla questione del carattere oneroso o meno del contratto di avvalimento. In questo senso, nella relazione tecnica si legge che “Prendendo posizione su di una questione più volte affacciata in giurisprudenza, si afferma che il contratto è normalmente oneroso (non potendosi escludere la gratuità nel caso in cui corrisponda anche ad un interesse proprio dell'impresa ausiliaria). La diversa impostazione incentrata sul contratto di avvalimento, anziché sul prestito dei requisiti, consente di ricomprendere nell'ambito dell'avvalimento anche quella particolare figura indicata come avvalimento c.d. premiale, in cui il prestito delle risorse è diretto ad ottenere un punteggio più elevato e non invece il prestito dei requisiti di capacità mancanti”.

Più nel dettaglio, l'ultimo periodo del comma 1 puntualizza che “Il contratto di avvalimento è normalmente oneroso, salvo che risponda anche a un interesse dell'impresa ausiliaria, e può essere concluso a prescindere dalla natura giuridica dei legami tra le parti”.

19.4. Avvalimento per partecipare alla gara e avvalimento premiale

Il comma 2 dell'art. 104 si sofferma sulla fattispecie del “prestito” dei requisiti per poter partecipare alla competizione evidenziando che se il contratto di avvalimento viene concluso (e prodotto) “per acquisire un requisito necessario alla partecipazione a una procedura di aggiudicazione di un appalto di lavori di importo pari o superiore a euro 150.000, o di un appalto di servizi e forniture” deve avere “per oggetto le dotazioni tecniche e le risorse che avrebbero consentito all'operatore economico di ottenere l'attestazione di qualificazione richiesta”.

Il comma 12 (avvalimento premiale) stabilisce la causa di incompatibilità tra ausiliario ed ausiliato prevedendo che solamente in questo caso ovvero nel caso in cui “l’avvalimento sia finalizzato a migliorare l’offerta, non è consentito che partecipino alla medesima gara l’impresa ausiliaria e quella che si avvale delle risorse da essa messe a disposizione”.

19.5. Ausiliaria in possesso dei requisiti non trasferibili

Il comma 3 dell’art. 104 stabilisce i casi in cui l’ausiliaria, in possesso di requisiti non trasferibili, è tenuta a svolgere in proprio la prestazione. La norma, quindi, contiene un rinvio alla disciplina del subappalto. Più nel dettaglio, la norma in parola chiarisce che “Qualora il contratto di avvalimento sia stipulato con impresa ausiliaria in possesso di autorizzazione o altro titolo abilitativo richiesto per la partecipazione alla procedura di aggiudicazione ai sensi dell’articolo 100, comma 3 [**“Requisiti di ordine speciale”**] ⁽¹⁾, o con un soggetto in possesso di titoli di studio o professionali necessari all’esecuzione della prestazione oggetto dell’appalto, i lavori o i servizi sono eseguiti direttamente dall’impresa ausiliaria. Si applicano le disposizioni in materia di subappalto”.

Nel comma 4 vengono indicati i documenti che il concorrente che si avvale di altri è tenuto a trasmettere alla stazione appaltante e la dichiarazione cui è tenuta l’ausiliaria, specificandosi, al comma 5, la facoltà di sostituzione dell’ausiliaria in casi di sua dichiarazione mendace e, al comma 6, che la valutazione sull’assenza di cause di esclusione va compiuta anche in relazione all’ausiliaria, mantenendo ferma la possibilità di sostituzione dell’impresa ausiliaria.

Rimane fermo che “L’impresa ausiliaria è tenuta a dichiarare alla stazione appaltante:

⁽¹⁾ L’art. 100, comma 3, prevede che “Per le procedure di aggiudicazione di appalti di servizi e forniture le stazioni appaltanti richiedono l’iscrizione nel registro della camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura o nel registro delle commissioni provinciali per l’artigianato o presso i competenti ordini professionali per un’attività pertinente anche se non coincidente con l’oggetto dell’appalto. All’operatore economico di altro Stato membro non residente in Italia è richiesto di dichiarare ai sensi del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa, di cui al decreto del Presidente della Repubblica del 28 dicembre 2000, n. 445, di essere iscritto in uno dei registri professionali o commerciali di cui all’allegato II.11. In sede di prima applicazione del codice, l’allegato II.11 è abrogato a decorrere dalla data di entrata in vigore di un corrispondente regolamento adottato ai sensi dell’articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri su proposta del Ministro per gli affari europei, ove nominato, che lo sostituisce integralmente anche in qualità di allegato al codice”.

- a) di essere in possesso dei requisiti di ordine generale di cui al Capo II del presente Titolo;
- b) di essere in possesso dei requisiti di cui all'articolo 100 per i servizi e le forniture;
- c) di impegnarsi verso l'operatore economico e verso la stessa stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse oggetto del contratto di avvalimento".

Il comma 5 – più nel dettaglio – ricorda che l'impresa ausiliaria è tenuta a trasmettere "la propria attestazione di qualificazione nel caso di avvalimento finalizzato all'acquisizione del requisito di partecipazione a una procedura di aggiudicazione di lavori".

Nell'ipotesi di dichiarazioni mendaci, ferma restando l'applicazione dell'art. 96, comma 15 ⁽²⁾, nei confronti dei sottoscrittori, la stazione appaltante assegna all'operatore economico concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, per **indicare un'altra impresa ausiliaria idonea**, purché la sostituzione dell'impresa ausiliaria non conduca a una modifica sostanziale dell'offerta dell'operatore economico. Se una nuova impresa ausiliaria non viene individuata – stiamo parlando della fattispecie tradizionale dell'avvalimento per poter partecipare alla gara – la stazione appaltante esclude l'operatore economico.

Il comma 6 evidenzia i controlli sull'impresa ausiliaria ovvero se questa sia "in possesso dei requisiti dichiarati con le modalità di cui agli articoli 91 e 105, quest'ultimo con riguardo ai mezzi di prova e al registro online, e se sussistono cause di esclusione ai sensi del Capo II del presente Titolo. La stazione appaltante consente all'operatore economico di sostituire i soggetti che non soddisfano un pertinente criterio di selezione o per i quali sussistono motivi di esclusione".

19.6. La responsabilità solidale

Il comma 7 dell'art. 104 in commento ribadisce la responsabilità in solido di ausiliaria e concorrente e l'applicazione della normativa antimafia

⁽²⁾ Il comma richiamato prevede che "In caso di presentazione di falsa dichiarazione o falsa documentazione, nelle procedure di gara e negli affidamenti di subappalto, la stazione appaltante ne dà segnalazione all'ANAC che, se ritiene che siano state rese con dolo o colpa grave tenuto conto della rilevanza o della gravità dei fatti oggetto della falsa dichiarazione o della presentazione di falsa documentazione, dispone l'iscrizione nel casellario informatico ai fini dell'esclusione dalle procedure di gara e dagli affidamenti di subappalto ai sensi dell'articolo 94, comma 5, lettera e), per un periodo fino a due anni, decorso il quale l'iscrizione è cancellata e perde comunque efficacia".

anche nei confronti della prima (già comma 5 dell'art. 89 del codice del 2016).

I commi da 8 a 10 – si precisa nella relazione tecnica – sono reiterativi delle previsioni del codice del 2016, anche nella parte in cui si esclude l'ammissibilità dell'avvalimento per soddisfare il requisito dell'iscrizione all'Albo nazionale dei gestori ambientali.

Nel comma 11 è previsto che la stazione appaltante possa disporre che talune attività siano svolte direttamente dall'operatore. Tale disposizione innovativa trova applicazione anche nel caso delle opere c.d. super specialistiche (ovvero le opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti e opere speciali).

Il comma 12, come anticipato, si occupa del nuovo avvalimento premiale. Testualmente la norma prevede che "Nei soli casi in cui l'avvalimento sia finalizzato a migliorare l'offerta, non è consentito che partecipino alla medesima gara l'impresa ausiliaria e quella che si avvale delle risorse da essa messe a disposizione".

20. La commissione giudicatrice. Le novità sul RUP

20.1. La commissione di gara. Le principali novità

La prima novità in tema di commissione di gara è la decisione di innestare nel nuovo codice due norme differenti. La prima (art. 51) dedicata alla commissione negli appalti da aggiudicare con il multicriterio nel sotto soglia (le soglie sono definite dall'art. 14) ed una seconda (art. 93) dedicata a disciplinare la composizione del collegio negli appalti sopra soglia.

La sintesi delle novità principali è data dalla:

- a) possibilità del RUP di partecipare ai lavori come componente e, nel sotto soglia, anche presiedere il collegio;
- b) eliminazione per il presidente ed i commissari della c.d. incompatibilità "endo-procedimentale" (ovvero per atti adottati/predisposti durante il procedimento);
- c) rimessione alla stazione appaltante della decisione di riconvocare lo stesso collegio nel caso di annullamento degli atti di gara non dipendenti da vizi di composizione della commissione;
- d) disciplina per il seggio di gara.

20.2. La posizione del RUP

L'art. 51 (compresa tra le norme applicabili agli appalti sotto la soglia comunitaria) prevede quindi, nel suo unico comma, la possibilità che il RUP possa addirittura presiedere la commissione di gara a prescindere dal fatto che sia un funzionario (senza poteri a valenza esterna) o dirigente/responsabile del servizio. Si tratta di una forte novità che, per gli enti locali, comporta anche la modifica dell'art. 107 del d.lgs. n. 267/2000. Non a caso, l'art. 224, comma 3, prevede la modifica dell'articolo citato con la previsione per cui "la commissione giudicatrice, nel caso di aggiudica-

zione dei contratti di importo inferiore alle soglie europee con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, può essere presieduta dal responsabile unico del procedimento”.

Considerato che la norma si sviluppa in un unico comma, in merito alla nomina (la proposta di nomina deve essere predisposta dal RUP) si ritiene che possano essere applicate, circa le modalità di individuazione, competenza e incompatibilità, le disposizioni di cui all'art. 93.

Nel caso degli appalti sopra soglia, sia pur con riscrittura delle norme, si prevede che il RUP possa far parte del collegio ma non anche presiederlo. La specifica dovrebbe essere valutata considerando il ruolo rivestito dal RUP. Se questo coincide con il responsabile del servizio si deve ritenere che possa anche presiedere il collegio. Rimane fermo, però, che la stazione appaltante dovrà ben valutare possibili/potenziali ricorsi.

20.3. La commissione di gara negli appalti sopra soglia comunitaria

L'art. 93 contiene una disciplina esaustiva sul percorso che deve seguire il RUP nella predisposizione della proposta di nomina. La norma ribadisce che la commissione deve essere nominata, a pena di illegittimità degli atti adottati, dopo la scadenza del termine per presentare le offerte. Viene meno – altra importante novità – “l'ipotesi della incompatibilità endo-procedimentale, che aveva comportato disagi alle stazioni appaltanti (specie di dimensioni ridotte) impendendo loro di nominare commissari dipendenti che nelle fasi precedenti della procedura si erano occupati dell'appalto. Si è reputato opportuno superare la presunzione di condizionamento sulla scelta dell'aggiudicataria, preferendo l'idea che essi, conoscendo in maniera più approfondita l'oggetto dell'appalto, possano più agevolmente individuare l'offerta migliore” (relazione tecnica).

Pertanto la commissione è composta dai dipendenti della stazione appaltante, in assenza di soggetti competenti, con dipendenti di altre amministrazioni e, quale ultima possibilità, attingendo dall'esterno. Il RUP, nella predisposizione della proposta di nomina, deve affidarsi ad una istruttoria trasparente, che valorizzi la competenza applicando la rotazione. Questo criterio, pertanto, a far data dal 1° luglio 2023 (per le procedure non avviate prima di tale data) sarà il nuovo riferimento normativo. Diventa facoltativa la possibilità di operare da “remoto”.

Si riportano i commi 4 e 5, in tema di incompatibilità che vengono confermate:

Codice 36/2023**Art. 93****(Commissione giudicatrice)**

4. La commissione può riunirsi con modalità telematiche che salvaguardino la riservatezza delle comunicazioni. La commissione opera attraverso la piattaforma di approvvigionamento digitale per la valutazione della documentazione di gara e delle offerte dei partecipanti.

5. Non possono essere nominati commissari:

a) coloro che nel biennio precedente all'indizione della procedura di aggiudicazione sono stati componenti di organi di indirizzo politico della stazione appaltante;

b) coloro che sono stati condannati, anche con sentenza non passata in giudicato, per i reati previsti nel Capo I del Titolo II del Libro II del codice penale;

c) coloro che si trovano in una situazione di conflitto di interessi con uno degli operatori economici partecipanti alla procedura; costituiscono situazioni di conflitto di interessi quelle che determinano l'obbligo di astensione previste dall'articolo 7 del regolamento recante il codice di comportamento dei dipendenti pubblici, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 16 aprile 2013, n. 62.

20.4. La riconvocazione dello stesso collegio

Nuovo è anche il comma 6 dell'art. 93 in tema di riconvocazione del collegio nel caso di annullamento di atti di gara non dipendenti da un vizio di composizione (art. 77, comma 12, abrogato dal 1° aprile 2023, data di entrata in vigore del nuovo codice).

La norma pregressa imponeva la riconvocazione obbligatoria del collegio, la nuova disposizione invece rimette la facoltà se riconvocare o meno lo stesso collegio direttamente alla stazione appaltante.

In particolare, il comma 6 dell'art. 93 precisa che "Salvo diversa motivata determinazione della stazione appaltante, in caso di rinnovo del procedimento di gara per effetto dell'annullamento dell'aggiudicazione o dell'esclusione di taluno dei concorrenti, è riconvocata la medesima commissione, tranne quando l'annullamento sia derivato da un vizio nella composizione della commissione".

Anche in questo caso, quindi, il legislatore ha scelto di intervenire nell'ampio conflitto giurisprudenziale e rispondere alla frequente obiezione di incompatibilità dei componenti della commissione – in caso di riconvocazione – considerato che questi soggetti hanno avuto accesso alle (e valutato le) offerte di gara. Il pericolo forte, evidentemente, è quello del

condizionamento che, in questo caso, il legislatore vuole evitare o meglio rimettere la problematica alla stazione appaltante.

20.5. Il seggio di gara

Il comma che chiude l'art. 93, novità assoluta, prevede che la valutazione delle offerte – negli appalti al ribasso – possa essere effettuata dal seggio di gara. Il seggio deve essere composto dal personale della stazione appaltante (si deve ritenere esclusa, quindi, la possibilità di attingere dall'esterno) e i componenti devono essere scelti secondo trasparenza e competenza. Operano nei confronti dei componenti (ed in caso in cui il seggio sia monocratico) le cause di incompatibilità di cui si è visto sopra, ma le sole ipotesi *b*) e *c*) del comma 5. Non costituirà incompatibilità, quindi, l'essere stato membro nei due anni precedenti la nomina di organi di indirizzo politico (ciò, si deve ritenere, stante il carattere automatico della valutazione).

Osservazioni

L'innesto di queste due norme, di cui una ultra semplificata (art. 51), è una novità di rilievo. L'essenzialità dell'unico comma dell'art. 51 potrebbe indurre ad un approccio discrezionale; ovviamente non è così visto che anche nel sotto soglia andranno applicate le disposizioni dell'art. 93 in tema, in particolare, di composizione e di incompatibilità. Ovviamente non è così; pertanto, pur senza richiamo, si deve ritenere che le norme procedurali dell'art. 93 debbano essere applicate anche per il sotto soglia. Il chiarimento sulla partecipazione (e presidenza del RUP nel sotto soglia) con l'eliminazione della c.d. incompatibilità per atti endo-procedimentali rappresenta una importante novità che dovrebbe far cessare l'infinito conflitto giurisprudenziale.

La possibile presenza del RUP in commissione (anche nel ruolo di presidente) determinerà anche la cessazione del conflitto sui poteri del RUP in relazione all'offerta: l'attuale orientamento giurisprudenziale, evidentemente, esclude che questo possa incidere nella valutazione dell'offerta. In futuro, ovviamente, se il RUP farà parte del collegio (o addirittura dovesse presiederlo) il problema non si porrà.

Dovrà essere, invece, attentamente valutata la scelta di rimettere alla stazione appaltante la riconvocazione (o meno) del collegio in caso di annullamento degli atti non dipendenti da vizi nella composizione. L'attuale norma impone la riconvocazione. La scelta rimessa alla stazione appaltante nell'un caso o nell'altro aprirà a nuovi contenziosi.

21. Le offerte anormalmente basse

21.1. Premessa

L'art. 110, in tema di offerte anomale, contiene delle sostanziali modifiche rispetto alle disposizioni "omologhe" (art. 97) del codice del 2016 al fine – obiettivo degli estensori – di semplificare la relativa disciplina, responsabilizzare le stazioni appaltanti nella scelta del sistema di anomalia e nella sua applicazione, tenere in considerazione l'eterogeneità delle situazioni concrete. Al tempo stesso, anche in considerazione della differente qualificazione richiesta per lo svolgimento di procedure relative a contratti di importo superiore e inferiore alle soglie europee, si è optato per una disciplina differenziata tra i due sistemi. Sono pertanto eliminate dall'articolo le disposizioni dedicate alle procedure sotto soglia.

Si legge nella relazione tecnica come sia emersa l'opzione di rimettere alla discrezionalità della stazione appaltante (alla luce dei risultati di gara, del mercato di riferimento e di ogni altro elemento che possa essere ritenuto utile) l'individuazione delle offerte che *prima facie* appaiono anomale e che quindi andranno sottoposte a verifica, con un conclusivo epilogo dotato di motivazione adeguata (eliminando dunque le soglie fissate *ex lege*). La scelta appare coerente con la *ratio* di restituire alle stazioni appaltanti la propria discrezionalità amministrativa e tecnica, conferendo pertanto alle stesse il potere e il dovere di compiere le scelte amministrative di loro pertinenza, in coerenza con i principi del risultato di cui all'art. 1, della fiducia di cui all'art. 2 e di buona fede e affidamento di cui all'art. 5. Il regime di qualificazione delle stazioni appaltanti, per le procedure sopra soglia, appare d'altro canto un sistema in grado di rendere le stazioni appaltanti in grado di gestire in modo adeguato e completo le soglie di anomalia e predeterminare, adattandoli al caso concreto, i criteri e i parametri della relativa valutazione, compatibilmente con le previsioni di legge.

Da notare che in una prospettiva comparatistica – si legge sempre dalla relazione tecnica – si deve rilevare che diversi Stati membri si sono limitati a riprendere testualmente l'art. 69 della direttiva, non introducendo pertanto soglie, *ex ante*, identificative delle offerte anomale e oggetto di obbligatoria verifica di anomalia. Approccio, rilevano gli estensori, che risulta coerente con il divieto di *gold plating* (l'eccesso normativo).

21.2. La nuova norma

Quindi l'art. 110, evidentemente, in alcune parti ricalca la norma del codice del 2016. Il primo comma, in particolare, rammenta che le stazioni appaltanti valutano “la congruità, la serietà, la sostenibilità e la realizzabilità della migliore offerta, che in base a elementi specifici, inclusi i costi dichiarati ... appaia anormalmente bassa”. Non viene pertanto indicato un riferimento specifico. In ogni caso la legge di gara deve specificare “gli elementi” che verranno utilizzati “ai fini della valutazione”.

Osservazioni

Come annotato gli estensori hanno preferito non determinare una soglia di valutazione *ex ante* di anomalia, ma si è rimessa la relativa indicazione alle stazioni appaltanti, le quali nella loro discrezionalità potranno pertanto utilizzare, nei limiti in cui siano compatibili con le altre disposizioni dell'articolo e del codice, i criteri previsti dal codice del 2016 ovvero i criteri e i parametri previsti all'allegato II.2, ovvero ancora i diversi e nuovi criteri o parametri individuati dalle stesse stazioni appaltanti.

Nella relazione si legge che “Qualunque sia il criterio scelto dalla stazione appaltante è comunque necessario seguire il procedimento descritto all'art. 110 e, in particolare, la regola in base alla quale l'esclusione dell'operatore economico potrà avvenire solo ed esclusivamente nel rispetto del contraddittorio procedimentale ivi previsto, in conformità con le previsioni di diritto europeo. Pertanto, qualora la stazione appaltante decida di utilizzare i criteri previsti dall'allegato per le procedure di soglia inferiore a quella europea dovrà comunque rispettare il procedimento previsto nell'art. 110, senza poter procedere ad alcuna esclusione automatica degli operatori economici.

In ogni caso, anche al fine di valutare se sottoporre a giudizio di anomalia una determinata offerta, così come nella predisposizione dei criteri, la stazione appaltante può fondare la propria determinazione su parere del collegio consultivo tecnico di cui all'art. 218, il quale potrà pertanto offrire un contributo tecnico alle amministrazioni nelle scelte da compiere.

A titolo esemplificativo, come già evidenziato, fermo il rispetto del procedimento descritto all'art. 110, la stazione appaltante potrà utilizzare i criteri previsti dall'art. 97, commi 2 e 2-bis, del codice del 2016.

Le stazioni appaltanti, in ogni caso, potranno indicare anche altri criteri ritenuti idonei sulla base delle specificità dell'affidamento ovvero ancora fare riferimento ad altri parametri o criteri utilizzati in altri Stati membri. A titolo esemplificativo: in Germania la giurisprudenza ha affermato che una deviazione pari o superiore al 20% dell'offerta più bassa rispetto all'offerta immediatamente più alta o ad un *market price* (calcolato internamente dalla stazione appaltante) può costituire un idoneo indizio di anomalia; la BCE, pur non soggetta al diritto tedesco per la fase pubblicistica della gara, segue tendenzialmente simili principi in via di prassi; in Grecia – sistema che prevede una soglia di anomalia predeterminata per legge – per contratti di lavori, progettazione e servizi tecnici, un'offerta è considerata sospetta di anomalia se presenta un ribasso maggiore del 10% della media dei ribassi delle offerte ammesse (per quanto riguarda gli altri appalti pubblici, la norma rimette alla fonte regolamentare la fissazione della soglia/criteri per l'identificazione di offerte sospette di anomalia).

Secondo un *modus operandi* conosciuto, nel caso di offerta anormalmente bassa, il RUP (a cui l'allegato I.2 affida il compito di presidio anche di questo sub-procedimento con il supporto, se ritiene opportuno, degli altri soggetti coinvolti – si pensi al caso della commissione di gara –) deve chiedere per iscritto “all'operatore economico le spiegazioni sul prezzo o sui costi proposti, assegnando a tal fine un termine non superiore a quindici giorni”.

Il comma 3 prevede che le spiegazioni fornite dal concorrente possono riguardare: a) l'economia del processo di fabbricazione dei prodotti, dei servizi prestati o del metodo di costruzione; b) le soluzioni tecniche prescelte o le condizioni eccezionalmente favorevoli di cui dispone l'offerente per fornire i prodotti, per prestare i servizi o per eseguire i lavori; c) l'originalità dei lavori, delle forniture o dei servizi proposti dall'offerente.

Il comma 5 si occupa delle esclusioni – come già detto di competenza del RUP (allegato I.2) – disponendo che il provvedimento di estromissione deve essere adottato “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 in quanto:

- a) non rispetta gli obblighi in materia ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dalla normativa europea e nazionale, dai contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali di diritto del lavoro indicate nell'allegato X alla direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014;

- b) non rispetta gli obblighi di cui all'art. 119;
- c) sono incongrui gli oneri aziendali della sicurezza di cui all'articolo 108, comma 9, rispetto all'entità e alle caratteristiche dei lavori, dei servizi e delle forniture;
- d) il costo del personale è inferiore ai minimi salariali retributivi indicati nelle apposite tabelle di cui all'articolo 41, comma 13".

Se – dispone il comma 6 (come già previsto nell'omologo comma dell'art. 97) – si accertasse che l'offerta è anormalmente bassa in quanto l'offerente ha ottenuto un aiuto di Stato, il RUP può escluderla unicamente per questo motivo, "soltanto dopo aver consultato l'offerente e se quest'ultimo non è in grado di dimostrare, entro un termine sufficiente stabilito dalla stazione appaltante, che l'aiuto era compatibile con il mercato interno ai sensi dell'articolo 107 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea. In caso di esclusione la stazione appaltante informa la Commissione europea".

Da notare che la norma non disciplina più, direttamente, la possibilità dell'esclusione automatica prevista invece dall'art. 54 con innesto nella parte adeguata relativa al sotto soglia comunitario.

22. Disposizioni in tema di anticipazione sul prezzo del contratto

22.1. Premessa

Il nuovo codice registra delle novità anche in tema di anticipazione sul prezzo del contratto che, con il codice del 2016, prevede una specifica disciplina nel comma 18 dell'art. 35 e nel comma 4-*bis* dell'art. 159 (per appalti relativi ai settori della difesa e sicurezza, secondo l'innesto determinato dall'art. 47 della legge n. 58/2019) – c.d. anticipazione obbligatoria (nei limiti del 20% del prezzo del contratto) – ed una ipotesi di anticipazione facoltativa (la possibilità di incrementare la percentuale appena riportata fino al 30%, prevista nel d.l. n. 34/2020 come convertito con legge n. 77/2020) rimessa, appunto, ad una valutazione della stazione appaltante nei limiti dei fondi a disposizione.

Più nel dettaglio il comma da ultimo citato (art. 207, comma 1) – che è rilevante riportare, pur non risultando più applicabile, vista la novità che oggi si legge nell'art. 125 del nuovo codice – prevedeva che in relazione alle procedure disciplinate dal codice del 2016 “i cui bandi o avvisi, con i quali si indice una gara, sono già stati pubblicati alla data di entrata in vigore del presente decreto [n.d.a.: il 19 maggio 2020], nonché, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o avvisi, alle procedure in cui, alla medesima data, siano già stati inviati gli inviti a presentare le offerte o i preventivi, ma non siano scaduti i relativi termini, e in ogni caso per le procedure disciplinate dal medesimo decreto legislativo avviate a decorrere dalla data di entrata in vigore del presente decreto e fino alla data del 31 dicembre 2022, l'importo dell'anticipazione prevista dall'articolo 35, comma 18, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, può essere incrementato fino al 30 per cento, nei limiti e compatibilmente con le risorse annuali stanziare per ogni singolo intervento a disposizione della stazione appaltante”.

Pertanto, i due impianti normativi (codice e d.l. n. 34/2020) fanno riferimento a due ben definite fattispecie: il codice del 2016 (art. 35, comma

18) all'anticipazione obbligatoria che costituisce un diritto dell'appaltatore e una fattispecie assolutamente facoltativa che non può essere imposta alla stazione appaltante (in realtà quest'ultima applicabile solo in caso di procedura bandita entro il 31 dicembre 2022).

22.2. La novità

Con l'art. 125, comma 1, il legislatore – in pratica – estende la dinamica del pagamento, circa l'anticipazione obbligatoria, prevista nell'art. 159, comma 4-*bis*, per i contratti dei settori della difesa e della sicurezza. Dando certezza anche sotto il profilo, appunto, dei pagamenti, visto che anche l'ANAC ha evidenziato l'impossibilità di rateizzare l'anticipazione obbligatoria (ammettendo però delle pattuizioni, successive all'aggiudicazione, tra le parti). Detta impossibilità viene sconfessata per i contratti, beni/servizi, pluriennali, consentendo, per queste fattispecie, il superamento delle problematiche determinate dagli appalti di importo considerevole.

Da notare che l'ANAC, con il parere n. 325/2022, pur escludendo la rateizzabilità dell'anticipazione obbligatoria, ammetteva però “Tuttavia, le parti potrebbero prevedere pattiziamente una diversa regolamentazione del rapporto contrattuale, in ragione delle specificità del caso concreto, convenendo, ad esempio, la rateizzazione dell'anticipazione nel corso delle diverse annualità di durata del contratto. Ciò consentirebbe, da un lato, alla stazione appaltante di ridurre l'impegno di spesa iniziale, e dall'altro, all'operatore economico, di contenere gli oneri relativi alla costituzione della garanzia fideiussoria e agli interessi legali dovuti sull'anticipazione”.

Il primo comma sopra richiamato oggi prevede che “Sul valore del contratto di appalto è calcolato l'importo dell'anticipazione del prezzo pari al 20 per cento da corrispondere all'appaltatore entro quindici giorni dall'effettivo inizio della prestazione anche nel caso di consegna dei lavori o di avvio dell'esecuzione in via d'urgenza, ai sensi dell'articolo 17, commi 8 e 9”.

Inoltre, “con i documenti di gara può essere previsto un incremento dell'anticipazione del prezzo fino al 30 per cento”.

Il terzo periodo chiarisce che “Tali disposizioni non si applicano ai contratti di forniture e servizi indicati nell'allegato II.14”.

Il quarto periodo – quindi si ribadisce ciò che con il codice del 2016 è previsto solamente per i contratti di difesa e sicurezza (art. 159, comma 4-*bis*) – precisa che “Per i contratti pluriennali l'importo dell'anticipazione deve essere calcolato sul valore delle prestazioni di ciascuna annualità contabile, stabilita nel cronoprogramma dei pagamenti, ed è corrisposto entro quindici giorni dall'effettivo inizio della prima prestazione utile relativa a ciascuna annualità, secondo il cronoprogramma delle prestazioni”.

Si estende, pertanto, quella dinamica oggi prevista solo per questo particolare tipo di contratti. Parcellizzazione del pagamento dell'anticipazione determinata da oggettive necessità come si legge nell'allora relazione illustrativa alla legge del 28 giugno 2019, n. 58, di conversione in legge, con modificazioni, del d.l. 30 aprile 2019, n. 34 (c.d. "decreto crescita").

Nel dossier che accompagna la legge in parola si legge che "la disposizione è finalizzata ad adeguare il funzionamento dell'istituto dell'anticipazione ad alcune fattispecie ricorrenti nell'attività delle stazioni appaltanti della Difesa che realizzano programmi di investimento di durata pluriennale e di notevole volume finanziario (si pensi alla realizzazione di una unità navale o di un sistema satellitare o aereo). In tali ipotesi la corresponsione di anticipazione in ragione del valore complessivo del programma non sarebbe allineata al normale sviluppo dell'esecuzione contrattuale e dilaterrebbe molto il tempo di recupero dell'anticipazione stessa creando difficoltà alle imprese a causa dei costi legati all'obbligo di accensione di polizze fideiussorie di importi molto elevati e di durata molto lunga. Viceversa, la corresponsione dell'anticipazione anno per anno assicura alle imprese un volano di liquidità costante senza esporle ad oneri fideiussori esorbitanti e facilita, d'altro canto, la pianificazione delle risorse finanziarie da parte dell'Amministrazione committente, senza generare rischi di indisponibilità di cassa che si risolverebbero in ritardi nei pagamenti verso le imprese".

Il nuovo codice, quindi, introduce una dinamica di pagamento dell'anticipo distinto per le annualità di contratto (relativi a beni e servizi) in modo da stemperare l'impatto economico di pagamento di una cifra rilevante, si pensi ad esempio a certi appalti come quello relativo alla raccolta rifiuti, sicuramente pluriennale e di importo non irrilevante).

La parte conclusiva del comma ribadisce quanto già noto con le attuali norme codicistiche ovvero che "L'erogazione dell'anticipazione è subordinata alla costituzione di garanzia fideiussoria bancaria o assicurativa di importo pari all'anticipazione maggiorato del tasso di interesse legale applicato al periodo necessario al recupero dell'anticipazione stessa secondo il cronoprogramma della prestazione. La garanzia è rilasciata dai soggetti di cui all'articolo 106, comma 3, con le modalità previste dal secondo periodo dello stesso comma. L'importo della garanzia è gradualmente e automaticamente ridotto nel corso della prestazione, in rapporto al progressivo recupero dell'anticipazione da parte delle stazioni appaltanti. Il beneficiario decade dall'anticipazione, con obbligo di restituzione, se l'esecuzione della prestazione non procede, per ritardi a lui imputabili, secondo i tempi contrattuali. Sulle somme restituite sono dovuti gli interessi legali con decorrenza dalla data di erogazione della anticipazione".

23. Le nuove disposizioni in tema di clausole sociali

23.1. Premessa

L'art. 57 del nuovo codice (“Clausole sociali del bando di gara e degli avvisi e criteri di sostenibilità energetica e ambientale”) riscrive le disposizioni in tema di clausole sociali, finalizzate a mantenere stabile il livello occupazionale nel passaggio tra aggiudicatari dell'appalto. La principale novità è, forse, l'aver superato la frammentarietà prevista nell'impianto normativo del codice del 2016 (con previsioni nell'art. 51 e, per il sotto soglia, l'obbligo previsto dall'art. 36 ed il riferimento alle linee guida ANAC n. 13 che dettano disposizioni in tema di applicazione della clausola in argomento). Altra novità è che la nuova norma, al secondo comma, si riferisce ai criteri di sostenibilità energetica e ambientale (disciplinati nell'art. 34 del codice del 2016). Le clausole sociali vengono configurate come “requisiti necessari dell'offerta”.

23.2. Le novità

A differenza dell'obbligo imposto dall'art. 51 (e art. 36 per il sotto soglia) del codice del 2016, la norma generalizza l'inserimento della clausola in parola senza distinguere sull'intensità della manodopera. Clausola la cui applicazione viene esclusa solo con riferimento agli appalti aventi natura intellettuale. La calibratura della clausola viene stabilita anche per i contratti di concessione, oltre che per gli appalti, “tenuto conto della tipologia di intervento, in particolare ove riguardi il settore dei beni culturali e del paesaggio, e nel rispetto dei principi dell'Unione europea”.

Il mancato richiamo ad allegati, in sostituzione delle linee guida ANAC n. 13 (in ogni caso non vincolanti) ha l'effetto di liberalizzare, per l'operatore economico, le modalità con cui deve indicare le “misure orientate ... a garantire”:

- la stabilità occupazionale del personale impiegato;
- l'applicazione dei contratti collettivi nazionali e territoriali di settore, tenendo conto, in relazione all'oggetto dell'appalto o della concessione 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 e di quelli il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto o della concessione svolta dall'impresa anche in maniera prevalente;
- le stesse tutele economiche e normative per i lavoratori in subappalto rispetto ai dipendenti dell'appaltatore e contro il lavoro irregolare.

Le linee guida ANAC n. 13 prevedono la necessità di compilare un autentico piano di riassorbimento in cui, l'operatore economico, preventivamente all'atto della domanda, era tenuto a chiarire il proprio comportamento rispetto alle implicazioni della clausola sociale. Gli estensori non hanno ignorato gli equivoci conseguenti, come anche si legge nella relazione tecnica. Ad esempio sulla natura del piano di riassorbimento, sulla possibilità di attribuire un punteggio allo stesso (possibilità negata dall'ANAC ma ammessa in diverse sentenze del Consiglio di Stato, oltre che nel parere sulle linee guida medesime, parere n. 2703/2018).

23.3. Gli impegni dell'operatore economico

Legato a quanto appena evidenziato è il disposto contenuto nell'art. 102 ("Impegni dell'operatore economico"), in cui si chiarisce che le stazioni appaltanti, all'atto della pubblicazione dei bandi, degli avvisi e negli inviti, richiedono agli operatori di assumere una serie di impegni, ed in particolare:

- a) garantire la stabilità occupazionale del personale impiegato;
- b) 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 e di quelli il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto o della concessione svolta dall'impresa anche in maniera prevalente, nonché garantire le stesse tutele economiche e normative per i lavoratori in subappalto rispetto ai dipendenti dell'appaltatore e contro il lavoro irregolare;
- c) garantire le pari opportunità generazionali, di genere e di inclusione lavorativa per le persone con disabilità o svantaggiate.

Sul come l'operatore chiarirà in che modo intenda ossequiare questi impegni dispone il secondo comma dell'articolo, in cui si prevede che il partecipante deve indicare nell'offerta le modalità che intende utilizzare per adempiere agli obblighi predetti e che la stazione appaltante verifica l'attendibilità degli impegni assunti con qualsiasi adeguato mezzo, anche con le modalità di cui all'art. 110, ma, per non aggravare il procedimento, solo nei confronti dell'offerta dell'aggiudicatario. L'art. 110 (si rinvia al commento specifico) disciplina il procedimento – le giustificazioni richieste – in tema di offerta potenzialmente anomala (che riscrive quasi totalmente l'art. 97 del codice del 2016).

24. L'appalto integrato

24.1. Premessa

Previsione assolutamente nuova è quella relativa all'appalto integrato, ovvero la possibilità di affidare progettazione ed esecuzione dell'appalto. In generale, come si legge nella relazione tecnica, l'appalto integrato risulta vietato in ragione della disciplina contenuta nell'art. 59, comma 1, del codice del 2016. Dal divieto sono esclusi gli affidamenti a contraente generale, con finanza di progetto, in concessione, in partenariato pubblico privato, con contratto di disponibilità o locazione finanziaria e in caso di realizzazione di opere di urbanizzazione a scomputo. L'art. 1-*bis* della predetta disposizione (inserito dall'art. 38, comma 1, lett. *c*), del d.lgs. n. 56/2017) consente tuttavia l'espletamento di questa tipologia di appalto se l'elemento tecnologico o innovativo delle opere oggetto di affidamento è "nettamente prevalente rispetto all'importo complessivo".

Il divieto in parola ha trovato – in particolare con il d.l. n. 32/2019 ovvero con la legislazione sblocca cantieri – una sospensione fino al 30 giugno 2023 (al netto delle eccezioni introdotte dal d.l. n. 13/2023 per gli appalti del PNRR/PNC, visto che l'applicazione è stata differita, per questi appalti, al 31 dicembre 2023). Modifica apportata all'art. 1, comma 1, lett. *b*) della legge n. 55/2019, dall'art. 8, comma 7 del d.l. n. 76/2020, convertito nella legge n. 120/2020, ed ancora, per effetto del differimento previsto dall'art. 52, comma 1, lett. *a*) della legge n. 108/2021.

L'appalto integrato per gli appalti nell'ambito del PNRR/PNC è ammesso sulla base di quanto previsto dall'art. 48, comma 5 del d.l. n. 77/2021, convertito nella legge n. 108/2021.

Con la legge delega ha affidato al legislatore delegato il compito di individuare le "ipotesi in cui le stazioni appaltanti possono ricorrere all'affidamento congiunto della progettazione e dell'esecuzione dei lavori, fermi restando il possesso della necessaria qualificazione per la redazione dei progetti non-

ché l'obbligo di indicare nei documenti di gara o negli inviti le modalità per la corresponsione diretta al progettista, da parte delle medesime stazioni appaltanti, della quota del compenso corrispondente agli oneri di progettazione indicati espressamente in sede di offerta dall'operatore economico, al netto del ribasso d'asta" (art. 1, comma 2, lett. *ee*) della legge n. 78/2022).

24.2. La norma

Il primo comma dell'art. 44 precisa che la decisione a contrarre può specificare che il contratto abbia ad oggetto la progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori sulla base di un progetto di fattibilità tecnico-economica approvato. Si esclude espressamente che tale prerogativa possa essere decisa per gli appalti di opere di manutenzione ordinaria. È necessario, ovviamente, che la stazione appaltante sia qualificata.

Il comma 2 impone la motivazione nella determina, in caso di scelta per l'appalto integrato, con riferimento alle esigenze tecniche, tenendo sempre conto del rischio di eventuali scostamenti di costo nella fase esecutiva rispetto a quanto contrattualmente previsto. Gli operatori economici, comma 3, devono essere in possesso dei requisiti stabiliti per i progettisti o, in ogni caso, avvalersi di soggetti qualificati da indicarsi nell'offerta. Si ammette, evidentemente, la possibilità di partecipare "in raggruppamento con soggetti qualificati per la progettazione. La qualificazione per la progettazione comprende anche l'uso di metodi e strumenti digitali per la gestione informativa mediante modellazione".

Il quarto comma – chiarendo una problematica di non facile soluzione nell'attuale impianto normativo – precisa che il criterio da utilizzare nel caso di specie è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo. L'offerta deve avere per oggetto il progetto esecutivo e il prezzo, indicando distintamente il corrispettivo richiesto per la progettazione e per l'esecuzione dei lavori.

Ai sensi del comma 5 si ricorda che l'esecuzione può avere avvio solo dopo che la stazione appaltante abbia approvato il progetto esecutivo (valutato ai sensi dell'art. 42 del codice).

Devono essere indicate – negli atti di gara – le modalità di pagamento diretta (da parte della stazione appaltante) dei progettisti al netto del ribasso d'asta, previa approvazione del progetto e previa presentazione dei documenti fiscali del progettista.

L'art. 108 del codice – come già evidenziato in tema di commento della norma – impone con il secondo comma (lett. *e*) che l'appalto integrato venga aggiudicato "esclusivamente sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo".

25. La disciplina delle modifiche del contratto

25.1. Premessa

L'art. 120 del nuovo codice riscrive parzialmente la disciplina relativa alla modifica del contratto, oggi prevista nell'art. 106 del codice dei contratti del 2016.

Nella relazione tecnica, a tal riguardo, si legge che la “disposizione riproduce, con modifiche, l'art. 106 del decreto legislativo n. 50 del 2016, la cui rubrica è stata modificata (da «modifica dei contratti durante il periodo di efficacia» a «modifica dei contratti in corso di esecuzione») per renderla più coerente con le fasi dell'appalto”.

Questo perché il riferimento al periodo di efficacia appare eccessivo visto che “lo *ius variandi* del committente presuppone che gli effetti del contratto non siano cessati”. In generale, le principali questioni affrontate dalla disposizione proposta attengono:

- per un verso, alla definizione di varianti “sostanziali”, come tali vietate dalle direttive;
- per altro verso, alla necessità di dare attuazione al criterio di cui alla lettera *u*), dell'art. 1, comma 1, della legge delega (“ridefinizione della disciplina delle varianti in corso d'opera, nei limiti previsti dall'ordinamento europeo, in relazione alla possibilità di modifica dei contratti durante la fase dell'esecuzione”).

Quanto al primo profilo, va sottolineato che, in riferimento alla questione delle modifiche o varianti “sostanziali”, la direttiva 2014/24/UE utilizza una terminologia piuttosto generica consentendo le modifiche che non alterano “la natura generale del contratto”. L'art. 106 del d.lgs. n. 50 del 2016 parla di “modifiche che avrebbero l'effetto di alterare la natura generale del contratto o dell'accordo quadro” (comma 1, lett. *a*) oppure di modifica che “non altera la natura generale del contratto” (comma 1, lett. *c*)).

25.2. Sintesi della norma

Nel primo comma dell'art. 120 non viene riprodotto il riferimento alla autorizzazione delle modifiche da parte del RUP (riportato nel comma 13 dell'art. 120) e si preferisce specificare che, in certe ipotesi (lett. *a* e *c* del primo comma) l'operazione economica della modifica non deve snaturare la struttura del contratto/accordo quadro.

In tema, l'allegato II.14 (rubricato "Direzione dei lavori e direzione dell'esecuzione dei contratti. Modalità di svolgimento delle attività della fase esecutiva. Collaudo e verifica di conformità" in sostituzione di norme del d.P.R. n. 207/2010 e d.m. 7 marzo 2018, n. 49) prevede – art. 5 (rubricato "Modifiche, variazioni e varianti contrattuali"), comma 1 – che il DL (direttore lavori ma omologo nel caso di servizi/forniture il DEC direttore dell'esecuzione se nominato) fornisce ogni ausilio al RUP per la verifica/l'accertamento della sussistenza delle condizioni di cui all'art. 120 per poter modificare il contratto.

In generale, sulla struttura della norma, gli estensori hanno mantenuto l'impostazione dell'art. 106, visto che questa norma ricalca il disposto contenuto nell'art. 72 della direttiva 24/2014, ed in particolare:

- al comma 1 le modifiche consentite dal punto di vista qualitativo che non snaturano il contratto;
- al comma 2 le modifiche ammesse in ragione del dato quantitativo che non snaturano il contratto;
- al comma 6 le modifiche non sostanziali;
- al comma 7 tipologia/fattispecie di modifiche comunque ammesse.

In dettaglio:

- la lettera *a*) del primo comma dell'articolo del nuovo codice non riporta il riferimento alla revisione visto che il nuovo testo alla revisione dedica una specifica disciplina (art. 60). Si ribadisce che le clausole, che possono prevedere delle opzioni di prosecuzione del contratto, consentono le modifiche anche a prescindere dal valore monetario (si tratta di prosecuzioni già programmate nella legge di gara che si assegnano con l'aggiudicazione sempre con scelta, se attivarle o meno, rimessa alla stazione appaltante che ha l'obbligo di comportarsi sempre secondo buona fede e trasparenza);
- la lettera *b*) disciplina il caso delle prestazioni "supplementari" – non previste in fase di appalto – con l'indicazione delle condizioni essenziali (che devono ricorrere entrambe) ovvero che l'affidamento ad altri soggetti (diversi dall'aggiudicatario) risulti impraticabile per motivi economici o tecnici e, in ogni caso, comporti per la stazione appaltante notevoli disagi o un sostanziale incremento dei costi. In relazione alla

prima condizione viene meno (rispetto all'omologo art. 106) il riferimento ai motivi "tecnici quali il rispetto dei requisiti di intercambiabilità o interoperabilità tra apparecchiature, servizi o impianti esistenti forniti nell'ambito dell'appalto iniziale".

L'art. 5, comma 11, dell'allegato II.14 sottolinea che "La stazione appaltante comunica all'ANAC le modificazioni al contratto di cui all'**articolo 120, commi 1, lettera b), e 3**, del codice, entro trenta giorni dal loro perfezionamento. L'Autorità pubblica sulla sezione del sito Amministrazione trasparente l'elenco delle modificazioni contrattuali comunicate, indicando l'opera, l'amministrazione o l'ente aggiudicatore, l'aggiudicatario, il progettista, il valore della modifica".

In base al comma 2 – come del resto già noto dal comma 7 dell'art. 106 – il contratto può essere modificato solo se l'eventuale aumento di prezzo non ecceda il 50 per cento del valore del contratto iniziale. In caso di più modifiche successive, la limitazione si applica al valore di ciascuna modifica. Tali modifiche successive non eludono l'applicazione del codice. Il successivo comma 4 (come già il comma 3 dell'art. 106) ribadisce che "Ai fini del calcolo del prezzo di cui ai commi 1, lettere *b*) ..., quando il contratto prevede una clausola di indicizzazione, il valore di riferimento è il prezzo aggiornato".

25.2.1. Le varianti

Sulle varianti, il comma 1, lett. *c*) dell'art. 120 ribadisce quanto già previsto nel comma 1, lett. *c*) dell'art. 106 e quindi: "*c*) per le varianti in corso d'opera, da intendersi come modifiche rese necessarie in corso di esecuzione dell'appalto per effetto di circostanze imprevedibili da parte della stazione appaltante. Rientrano in tali circostanze nuove disposizioni legislative o regolamentari o provvedimenti sopravvenuti di autorità o enti preposti alla tutela di interessi rilevanti".

Anche alla fattispecie in parola si applicano le disposizioni sopra richiamate (comma 2, comma 4 e comma 14).

L'allegato II.14, art. 5, comma 2, rammenta che "il direttore dei lavori descrive la situazione di fatto ai fini dell'accertamento da parte del RUP della sua non imputabilità alla stazione appaltante, della sua non prevedibilità al momento della redazione del progetto o della consegna dei lavori e delle ragioni per cui si rende necessaria la variazione".

Si ribadisce la previsione relativa alla sostituzione dell'aggiudicatario, già prevista nell'art. 106, comma 1, lett. *d*):

Codice 36/2023
Art. 120, comma 1, lett. d)

(...)

d) se un nuovo contraente sostituisce l'aggiudicatario a causa di una delle seguenti circostanze:

1) le modifiche soggettive implicanti la sostituzione del contraente originario sono previste in clausole chiare, precise e inequivocabili dei documenti di gara;

2) all'aggiudicatario succede, per causa di morte o insolvenza o a seguito di ristrutturazioni societarie, che comportino successione nei rapporti pendenti, un altro operatore economico che soddisfi gli iniziali criteri di selezione, purché ciò non implichi ulteriori modifiche sostanziali al contratto e non sia finalizzato ad eludere l'applicazione del codice, fatto salvo quanto previsto dall'articolo 124;

3) nel caso in cui la stazione appaltante assume gli obblighi del contraente principale nei confronti dei suoi subappaltatori.

La nuova norma non riproduce la lettera *e)* dell'art. 106 secondo cui "se le modifiche non sono sostanziali ai sensi del comma 4. Le stazioni appaltanti possono stabilire nei documenti di gara soglie di importi per consentire le modifiche". Tale precisazione, infatti, viene direttamente inserita nel comma 5 dell'art. 120. In questo si legge che "Sono sempre consentite, a prescindere dal loro valore, le modifiche non sostanziali".

25.3. Modifiche senza procedura

Il comma 3 dell'art. 120 ribadisce il disposto contenuto nel comma 2 dell'art. 106 relativo alle modifiche nel sotto soglia comunitario.

In particolare questi contratti possono essere modificati, oltre a quanto previsto dal comma 1, senza necessità di una nuova procedura, sempre che nonostante le modifiche, la struttura del contratto o dell'accordo quadro e l'operazione economica sottesa possano ritenersi inalterate, se il valore della modifica è al di sotto di entrambi i seguenti valori:

a) le soglie fissate all'articolo 14 (e quindi sotto la soglia comunitaria);

b) gli importi non sono superiori al 10 per cento del valore iniziale del contratto per i contratti di servizi e forniture ed al 15 per cento del valore iniziale del contratto per i contratti di lavori; in caso di più modifiche successive, il valore è accertato sulla base del valore complessivo del contratto al netto delle successive modifiche".

Si applicano il comma 4 e il comma 11, art. 5, dell'allegato II.14.

25.4. Le modifiche sostanziali

Il comma 6 riproduce quanto già previsto nel comma 4 dell'art. 106 sulla configurazione giuridica delle modifiche sostanziali:

“6. La modifica è considerata sostanziale quando altera considerevolmente la struttura del contratto o dell'accordo quadro e l'operazione economica sottesa. In ogni caso, fatti salvi i commi 1 e 3, una modifica è considerata sostanziale se si verificano una o più delle seguenti condizioni:

- a) la modifica introduce condizioni che, se fossero state contenute nella procedura d'appalto iniziale, avrebbero consentito di ammettere candidati diversi da quelli inizialmente selezionati o di accettare un'offerta diversa da quella inizialmente accettata, oppure avrebbero attirato ulteriori partecipanti alla procedura di aggiudicazione;
- b) la modifica cambia l'equilibrio economico del contratto o dell'accordo quadro a favore dell'aggiudicatario in modo non previsto nel contratto iniziale;
- c) la modifica estende notevolmente l'ambito di applicazione del contratto;
- d) un nuovo contraente sostituisce quello cui la stazione appaltante aveva inizialmente aggiudicato l'appalto in casi diversi da quelli previsti dal comma 1, lettera d)”.

25.5. Le modifiche non sostanziali

L'art. 120 contiene poi il nuovo comma 7 in cui si elencano i casi in cui le modifiche non possono essere ritenute sostanziali.

Nella relazione si legge che nel comma in parola si sono previste le modifiche “che, invece, tenuto conto dei limiti posti dalle direttive, possono comunque essere ammesse. Al riguardo si è tratto spunto dalle modifiche introdotte nel codice dei contratti pubblici con la conversione in legge del d.l. 30 aprile 2022, n. 36, convertito dalla legge 29 giugno 2022, n. 79, recante ulteriori misure urgenti per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR), che all'art. 7, comma 2-*quater*, ha previsto che, nel caso di incrementi del costo dei materiali previsti dal precedente comma 2-*ter*, sono consentite «senza che sia alterata la natura generale del contratto e ferma restando la piena funzionalità dell'opera» varianti in corso d'opera che assicurino «risparmi, rispetto alle previsioni iniziali, da utilizzare esclusivamente in compensazione per far fronte alle variazioni in aumento dei costi dei materiali». L'emergere dell'obiettivo di risultato evidenziato nel PNRR anche come «risultato da conseguire in tempo utile» e la contestuale necessità di consentire elasticità al progetto per com-

pensare gli aumenti dei costi delle costruzioni ha portato ad introdurre con la citata conversione in legge del decreto-legge n. 36 del 2022 la regola appena enunciata. In linea di continuità con tale previsione ed in coerenza col principio del risultato di cui all'art. 1 del codice, con il comma 7 dell'art. 120 si propone che, a regime, le varianti che trovano copertura nelle somme a disposizione del quadro economico e non comportano aumenti di spesa e che mantengono la piena funzionalità dell'opera (e, quindi, a maggior ragione la natura del contratto) siano sempre ammesse se adeguatamente motivate da miglioramenti in termini di qualità dell'opera e/o di tempi di ultimazione. Infatti è interesse precipuo della stazione appaltante e della comunità di entrare nella disponibilità dell'oggetto del contratto nel più breve tempo possibile, senza contare il fatto che a tempi di realizzazione più brevi si associano minori rischi di sopravvenienza di eventi incidenti sull'andamento previsto, il primo dei quali è proprio l'aumento dei costi. Il rischio di ribassi eccessivi in fase di gara, con il successivo «abusivo» ricorso all'istituto delle varianti in corso d'opera, dovrebbe essere arginato dalla previsione della necessaria copertura e dal divieto di aumenti di spesa”.

Secondo il legislatore non è sembrata opportuna “un'apposita previsione dell'errore progettuale nella norma sulle modifiche poiché tale causa della variante/modifica non è determinante ai fini dell'inserimento nell'una o nell'altra delle fattispecie di modifica consentite in pendenza di esecuzione, che restano tutte e soltanto quelle del testo come proposto. La disciplina delle conseguenze sulla responsabilità dei progettisti (come peraltro da criterio di legge delega che impone la stipulazione di polizze assicurative con oneri a carico della stazione appaltante) è stata inserita nella parte del codice destinata a regolamentare la progettazione. (al netto del riferimento agli errori dei progettisti esterni)”.

Sempre dalla relazione tecnica emerge che “nella disposizione proposta si è inteso recepire la nozione della direttiva inserendo, nei diversi commi interessati, una nozione unitaria di modifica «snaturante», quindi trasponendo il concetto di «non alterazione» della «natura generale del contratto» di cui alla direttiva con la seguente dizione: «nonostante le modifiche, la struttura del contratto o dell'accordo quadro e l'operazione economica sottesa possano ritenersi inalterate»”.

Ciò vale anche per i commi 5 e 6 (omologo del comma 4 dell'art. 106 del d.lgs. n. 50/2016).

25.6. Varianti con risparmi

Il comma 7 ha il pregio di prevedere l'ammissibilità delle varianti nel caso in cui "a) si assicurino risparmi, rispetto alle previsioni iniziali, da utilizzare in compensazione per far fronte alle variazioni in aumento dei costi delle lavorazioni; b) si realizzino soluzioni equivalenti o migliorative in termini economici, tecnici o di tempi di ultimazione dell'opera".

Nella relazione tecnica si legge che "Con la disposizione del proposto comma 7 e la ridefinizione dei commi precedenti si è inteso dare attuazione al criterio della legge delega sopra detto volto ad ampliare la portata delle varianti in corso d'opera, pur nei limiti fissati dal diritto europeo, al fine di realizzare il delicato bilanciamento, posto a fondamento del criterio di delega, tra le regole comunitarie sulla concorrenza (che impongono la corrispondenza fra l'appalto eseguito e quello messo in gara) e le esigenze sopravvenute della stazione appaltante, che richiedono una modifica del contratto senza la quale l'interesse che sta alla base della stipula verrebbe ad essere in vario modo frustrato, in particolare negli appalti di lavori in riferimento alla necessità di realizzare l'opera pubblica".

Nell'allegato II.14, art. 5, comma 3, si prevede che "In tutti i casi in cui siano necessarie modifiche del progetto, anche ai sensi dell'art. 120, comma 7, del codice, il direttore dei lavori, acquisito il parere del progettista, redige una relazione motivata contenente i presupposti per la modifica, sulla cui fondatezza si esprime il RUP per sottoporla all'approvazione della stazione appaltante. Gli eventuali costi per la progettazione delle modifiche devono trovare capienza nell'invarianza del quadro economico".

In ogni caso (comma 4) il direttore dei lavori risponde delle conseguenze derivanti dall'aver ordinato o lasciato eseguire modifiche o addizioni al progetto, senza averne ottenuto regolare autorizzazione, sempre che non derivino da interventi volti a evitare danni gravi a persone o cose o a beni soggetti alla legislazione in materia di beni culturali e ambientali o comunque di proprietà delle stazioni appaltanti.

Se le modifiche non sono disposte dal DL evidentemente (comma 5) "quest'ultimo fornisce all'esecutore le disposizioni per la rimessa in pristino con spese a carico dell'esecutore stesso".

In tema l'art. 5 dell'allegato II.14 al comma 7 (e segg.) prevede, rispettivamente:

ALLEGATO II-14**CAPO I – Dell'esecuzione dei contratti di lavori****Sezione I – Direzione dei lavori****Art. 5 (Modifiche, variazioni e varianti contrattuali)**

(...)

7. Le variazioni sono valutate in base ai prezzi di contratto, ma se comportano categorie di lavorazioni non previste o si debbano impiegare materiali per i quali non risulta fissato il prezzo contrattuale si provvede alla formazione di nuovi prezzi. I nuovi prezzi delle lavorazioni o materiali sono valutati:

- a) desumendoli dai prezzi di cui all'articolo 41 del codice, ove esistenti;
- b) ricavandoli totalmente o parzialmente da nuove analisi effettuate avendo a riferimento i prezzi elementari di mano d'opera, materiali, noli e trasporti alla data di formulazione dell'offerta, attraverso un contraddittorio tra il direttore dei lavori e l'esecutore, e approvati dal RUP.

8. Qualora dai calcoli effettuati ai sensi del comma 7 risultino maggiori spese rispetto alle somme previste nel quadro economico, i prezzi prima di essere ammessi nella contabilità dei lavori sono approvati dalla stazione appaltante, su proposta del RUP. Se l'esecutore non accetta i nuovi prezzi così determinati e approvati, la stazione appaltante può ingiungergli l'esecuzione delle lavorazioni o la somministrazione dei materiali sulla base di detti prezzi, comunque ammessi nella contabilità; ove l'esecutore non iscriva riserva negli atti contabili, i prezzi si intendono definitivamente accettati.

9. Il direttore dei lavori può disporre modifiche di dettaglio non comportanti aumento o diminuzione dell'importo contrattuale, comunicandole preventivamente al RUP.

10. Il direttore dei lavori, entro dieci giorni dalla proposta dell'esecutore, redatta in forma di perizia tecnica corredata anche degli elementi di valutazione economica, di variazioni migliorative di sua esclusiva ideazione e che comportino una diminuzione dell'importo originario dei lavori, trasmette la stessa al RUP unitamente al proprio parere. Possono formare oggetto di proposta le modifiche dirette a migliorare gli aspetti funzionali, nonché singoli elementi tecnologici o singole componenti del progetto, che non comportano riduzione delle prestazioni qualitative e quantitative stabilite nel progetto stesso e che mantengono inalterati il tempo di esecuzione dei lavori e le condizioni di sicurezza dei lavoratori. Le varianti migliorative, proposte nel rispetto di quanto previsto dall'articolo 120 del codice, non alterano in maniera sostanziale il progetto né le categorie di lavori.

(...)

25.7. Le comunicazioni all'ANAC

Il comma 12 dell'art. 5 dell'allegato II.14 ribadisce – come già previsto nel secondo periodo del comma 14 dell'art. 106 – che:

12. Per i contratti pubblici di **importo pari o superiore alla soglia di rilevanza europea**, le varianti in corso d'opera di importo eccedente il 10 per cento dell'importo originario del contratto, incluse le varianti in corso d'opera riferite alle infrastrutture prioritarie, sono trasmesse dal RUP all'ANAC, unitamente al progetto esecutivo, all'atto di validazione e a una apposita relazione del RUP, entro trenta giorni dall'approvazione da parte della stazione appaltante.

25.8. Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale

Il comma 8 prevede la possibilità di modificare il contratto in coerenza con il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale (art. 9 del nuovo codice) ed in presenza di clausole di rinegoziazione. Fermo restando che l'operatore può comunque presentare al RUP le richieste di rinegoziazione.

Le richieste in parola, in ogni caso, non giustificano comunque la sospensione dell'esecuzione.

In tali ipotesi il RUP deve formulare – non oltre tre mesi – una proposta di nuovo accordo e qualora a questo non si dovesse pervenire entro un tempo ragionevole “la parte svantaggiata può agire in giudizio per ottenere l'adeguamento del contratto all'equilibrio originario, salva la responsabilità per la violazione dell'obbligo di rinegoziazione”.

Il comma successivo riscrive la norma sul quinto d'obbligo che può essere imposto dalla stazione appaltante e l'appaltatore è tenuto ad adempiere alla richiesta senza poter attivare la risoluzione del contratto. La novità, però, è la necessità di prevedere il quinto d'obbligo sin dai documenti di gara iniziali “per rendere la previsione compatibile con le fattispecie di modifica consentite dalla direttiva” (così nella relazione tecnica).

25.9. Il nuovo quinto d'obbligo

Il comma 9 registra una importante novità in relazione al c.d. quinto d'obbligo (nell'art. 106 disciplinato dal comma 12), che consiste nell'obbligo della previa indicazione negli atti di gara. Solo in questo caso, qualora in corso di esecuzione si renda necessario un aumento o una diminuzione delle prestazioni fino a concorrenza del quinto dell'importo del contratto, la stazione appaltante può imporre all'appaltatore l'esecuzione alle condi-

zioni originariamente previste. In tal caso, ribadisce anche la nuova norma, l'appaltatore non può fare valere il diritto alla risoluzione del contratto.

In tema, il comma 6 dell'art. 5 dell'allegato II.14 dispone che in relazione alla norma sul quinto d'obbligo "l'esecutore non può far valere il diritto alla risoluzione del contratto e la perizia suppletiva è accompagnata da un atto di sottomissione che l'esecutore è tenuto a sottoscrivere in segno di accettazione o di motivato dissenso. Nel caso in cui la stazione appaltante disponga variazioni in diminuzione nel limite del quinto dell'importo del contratto, deve comunicarlo all'esecutore tempestivamente e comunque prima del raggiungimento del quarto quinto dell'importo contrattuale; in tal caso nulla spetta all'esecutore a titolo di indennizzo. Ai fini della determinazione del quinto, l'importo dell'appalto è formato dalla somma risultante dal contratto originario, aumentato dell'importo degli atti di sottomissione e degli atti aggiuntivi per varianti già intervenute, nonché dell'ammontare degli importi, diversi da quelli a titolo risarcitorio, eventualmente riconosciuti all'esecutore ai sensi degli articoli 212 e 213 del codice".

25.10. Le nuove proroghe (il differimento della scadenza del contratto)

L'art. 120 ripropone la norma (comma 10) sulla proroga prevista fin dagli atti di gara con l'eliminazione del riferimento secondo cui la proroga tecnica riguarda il "tempo strettamente necessario alla conclusione delle procedure necessarie per l'individuazione di un nuovo contraente". Ciò non sembra snaturare, però, la configurazione della proroga programmata.

Completa però il microsistema in parola la previsione – e legittimazione – della proroga eccezionale, che può essere utilizzata tanto nel caso in cui la proroga programmata sia già stata utilizzata, quanto nel caso in cui questa non sia stata prevista nella legge di gara.

Nell'articolo in commento (comma 11) infatti si legge che "In casi eccezionali nei quali risultino oggettivi e insuperabili ritardi nella conclusione della procedura di affidamento del contratto, è consentito, per il tempo strettamente necessario alla conclusione della procedura, prorogare il contratto con l'appaltatore uscente qualora l'interruzione delle prestazioni possa determinare situazioni di pericolo per persone, animali, cose, oppure per l'igiene pubblica, oppure nei casi in cui l'interruzione della prestazione dedotta nella gara determinerebbe un grave danno all'interesse pubblico che è destinata a soddisfare. In tale ipotesi il contraente originario è tenuto all'esecuzione delle prestazioni contrattuali ai prezzi, patti e condizioni previsti nel contratto".

La proroga in parola – soggetta quindi ai limiti predetti a pena di ille-

gittimità – viene definita nel codice come proroga “tecnica” (ed in quanto tale si distingue dalla proroga programmata). Nella relazione tecnica si legge che “Per quest’ultima, è stata esclusa la possibilità per l’amministrazione di applicare prezzi più favorevoli, poiché il gestore uscente «subisce» una proroga che è indipendente dalla sua volontà. L’opzione di proroga può invece prevedere la variabilità dei prezzi (da inserire peraltro in corrispondenti clausole contrattuali)”.

25.11. L’allegato II.14

Tra le altre novità si prevede lo spostamento nell’allegato II.14 di tutte le fattispecie di comunicazione e trasmissione all’ANAC di modifiche e varianti in corso d’opera, compresa la disciplina della cessione dei crediti (commi 12, 13 e 15).

Il comma 15, in particolare, in tema di comunicazioni all’ANAC, prevede che “Si osservano, in relazione alle modifiche del contratto, nonché in relazione alle varianti in corso d’opera, gli oneri di comunicazione e di trasmissione all’ANAC, a cura del RUP, individuati dall’allegato II.14. Nel caso in cui l’ANAC accerti l’illegittimità della variante in corso d’opera approvata, esercita i poteri di cui all’articolo 222. In caso di inadempimento agli obblighi di comunicazione e trasmissione delle modifiche e delle varianti in corso d’opera previsti dall’allegato II.14, si applicano le sanzioni amministrative pecuniarie di cui all’articolo 222, comma 13”.

Quest’ultimo comma, nel suo primo periodo, prevede che “l’ANAC ha il potere di irrogare sanzioni amministrative pecuniarie nei confronti dei soggetti che rifiutano od omettono, senza giustificato motivo, di fornire le informazioni o di esibire i documenti richiesti dalla stessa, e nei confronti degli operatori economici che non ottemperano alla richiesta della stazione appaltante o dell’ente aggiudicatore di comprovare il possesso dei requisiti di partecipazione alla procedura di affidamento, entro il limite minimo di euro 500 e il limite massimo di euro 5.000”.

Sugli obblighi di pubblicazione – in caso di modifica del contratto nelle ipotesi di cui al comma 1, lett. *b*) e *c*) –, il comma 14 prevede la pubblicazione nella *Gazzetta Ufficiale* dell’Unione europea.

La pubblicazione deve contenere le informazioni di cui all’allegato II.16.

Per i contratti di importo inferiore alla soglia di cui all’art. 14, evidentemente, la pubblicità avviene in ambito nazionale.

L’allegato II.16 contiene le informazioni da pubblicare a livello europeo in caso di modifiche di contratti d’appalto in corso di esecuzione (nei casi in cui ciò è consentito); riproduce integralmente e senza variazioni la lettera E della Parte I dell’allegato XIV del d.lgs. n. 50/2016.

26. Gli incentivi per funzioni tecniche

26.1. Premessa

Gli incentivi per funzioni tecniche, nel nuovo codice, trovano specifica disciplina nell'art. 45, contenuto nel Libro I, Parte IV rubricata "Della progettazione". La norma, esplicitamente, rinvia all'allegato I.10 per l'elenco delle attività incentivabili.

Come si legge nella relazione tecnica che accompagna il testo del codice e gli allegati, la previsione, sebbene semplificata rispetto alla versione precedente contenuta nell'art. 113 del codice del 2016, reca una disciplina "non limitata alle linee generali, ma estesa a profili di dettaglio, e ciò allo scopo di prevenire le difficoltà e le incertezze in cui incorrono le amministrazioni nella fase applicativa, anche per i timori di responsabilità amministrativa connessa all'erogazione di incentivi non dovuti. La finalità è quella di stimolare, attraverso la corretta erogazione degli incentivi, l'incremento delle professionalità interne all'amministrazione e il risparmio di spesa per mancato ricorso a professionisti esterni".

26.2. Incentivi alle funzioni tecniche

La prima annotazione che deve essere espressa riguarda la stessa rubrica dell'art. 45 oggi declinata in un "Incentivi alle funzioni tecniche" (e quindi non "per" le funzioni tecniche come l'attuale codice prevede all'art. 113).

Il primo comma puntualizza – secondo disposizioni già note – che "Gli oneri relativi alle attività tecniche indicate nell'allegato I.10 sono a carico degli stanziamenti previsti per le singole procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture negli stati di previsione della spesa o nei bilanci

delle stazioni appaltanti e degli enti concedenti. In sede di prima applicazione del codice, l'allegato I.10 è abrogato a decorrere dalla data di entrata in vigore di un corrispondente regolamento emanato ai sensi dell'art. 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, con decreto del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, sentito il Consiglio superiore dei lavori pubblici, che lo sostituisce integralmente anche in qualità di allegato al codice”.

Nella relazione tecnica, che accompagna il testo del codice, si segnala che il comma in parola stabilisce che le risorse per remunerare le attività tecniche continuano a caricare sugli stanziamenti relativi alle procedure di affidamento, estendendo la previsione alle attività tecniche relative a tutte le procedure e non solo all'appalto.

L'annotazione, come si spiega nella relazione tecnica, consente di riconoscere gli incentivi anche per le ipotesi di affidamento diretto “puro”, le concessioni e il *project financing*. Si superano, in tal modo – evidenziano quindi gli estensori delle norme –, le difficoltà discendenti dalla vigente formulazione che, a parità di funzioni tecniche svolte, consentiva l'erogazione dell'incentivo ai dipendenti solo in caso di appalti ed escludeva tutte le altre procedure e gli affidamenti diretti.

Oggettivamente, la modifica ha rilievo visto che sottolinea che l'attività contrattuale non si esaurisce solo nel frangente dell'assegnazione dell'appalto ma implica (e quindi anche nel caso di affidamento diretto, si pensi di lavori) delle attività e responsabilità comunque di rilievo.

Per le attività incentivabili, la disposizione rinvia a un allegato al codice che contiene l'elenco – tassativo – delle attività tecniche da remunerare. Le attività richiamate sono praticamente simili a quelle attuali.

Più in dettaglio, l'allegato riproduce, in modo più analitico e preciso il contenuto del comma 1 dell'attuale art. 113, codice del 2016, nella parte in cui indicava in modo più generico le “funzioni tecniche” a cui favore devono essere stanziati gli incentivi disciplinati dallo stesso articolo.

In pratica, l'allegato I.10, rubricato “Attività tecniche a carico degli stanziamenti previsti per le singole procedure”, precisa che le funzioni incentivabili sono:

- Programmazione della spesa per investimenti;
- Responsabile unico del progetto;
- Collaborazione all'attività del Responsabile unico del progetto (responsabili e addetti alla gestione tecnico-amministrativa dell'intervento);
- Redazione del Documento di fattibilità delle alternative progettuali;
- Redazione del Progetto di fattibilità tecnica ed economica;
- Redazione del progetto esecutivo;
- Coordinamento per la sicurezza in fase di progettazione;

- Verifica del progetto ai fini della sua validazione;
- Predisposizione dei documenti di gara;
- Direzione dei lavori;
- Ufficio di direzione dei lavori (Direttore/i operativo/i, Ispettore/i di cantiere);
- Coordinamento per la sicurezza in fase di esecuzione;
- Direzione dell'esecuzione;
- Collaboratori del Direttore dell'esecuzione;
- Coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione;
- Collaudo tecnico-amministrativo;
- Regolare esecuzione;
- Verifica di conformità;
- Collaudo statico (ove necessario).

26.3. La destinazione delle risorse finanziarie

Ai sensi del comma 2 dell'art. 45 "Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti destinano risorse finanziarie per le funzioni tecniche svolte dai dipendenti specificate nell'allegato I.10 e per le finalità indicate al comma 5, a valere sugli stanziamenti di cui al comma 1, in misura non superiore al 2 per cento dell'importo dei lavori, dei servizi e delle forniture, posto a base delle procedure di affidamento. Il presente comma si applica anche agli appalti relativi a servizi o forniture nel caso in cui è nominato il direttore dell'esecuzione. È fatta salva, ai fini dell'esclusione dall'obbligo di destinazione delle risorse di cui al presente comma, la facoltà delle stazioni appaltanti e degli enti concedenti di prevedere una modalità diversa di retribuzione delle funzioni tecniche svolte dai propri dipendenti".

La previsione contiene alcune novità e conferme rispetto all'attuale disciplina. In questo senso, tra le conferme, viene ribadito che il limite percentuale del due per cento delle risorse – a valere sugli stanziamenti delle procedure di affidamento – può essere destinato alle remunerazioni delle funzioni tecniche e alle ulteriori finalità contemplate dalla disposizione. Il limite massimo – si spiega nella relazione tecnica – è volto ad evitare l'espansione incontrollata della spesa in questione (sul punto cfr. Corte dei conti, sezione delle autonomie, delibera n. 6/SEZAUT/2018/QMIG).

Si ribadisce, inoltre, che la disciplina si applica anche agli appalti relativi a servizi o forniture nel caso in cui sia nominato il direttore dell'esecuzione. È, in ogni caso, fatta salva la possibilità per le stazioni appaltanti e gli enti concedenti di prevedere una modalità diversa di remunerazione

delle funzioni tecniche del proprio personale. In tal caso, l'incentivo non si applica, escludendo qualunque sovraincentivazione.

L'ultimo periodo, ovvero la possibilità della stazione appaltante di procedere con modalità alternative per compensare le attività appare "oscuro" ed anche problematico (di che tipo di spese si tratta?). Non a caso in Conferenza regioni, e con l'ANCI, si è proposta l'eliminazione di detta possibilità che, oggettivamente, potrebbe creare qualche problema (sicuramente sotto il profilo applicativo).

26.4. L'esigenza del regolamento interno

Il terzo comma dell'art. 45 nello schema ribadiva – come anche previsto tradizionalmente e nel codice del 2016 – l'esigenza di un regolamento interno che disciplinasse il riparto e le condizioni di erogazione (fermo restando che gli incentivi devono essere previsti nel fondo sviluppo delle risorse umane e non più si prevede il c.d. fondo incentivi). In fase di approvazione definitiva, il riferimento al regolamento è stato espunto. In questo modo, il comma 3 puntualizza che "L'80 per cento delle risorse di cui al comma 2, è ripartito, per ogni opera, lavoro, servizio e fornitura, tra il RUP e i soggetti che svolgono le funzioni tecniche indicate al comma 2, nonché tra i loro collaboratori. Gli importi sono comprensivi anche degli oneri previdenziali e assistenziali a carico dell'amministrazione. I criteri del relativo riparto, nonché quelli di corrispondente riduzione delle risorse finanziarie connesse alla singola opera o lavoro, a fronte di eventuali incrementi ingiustificati dei tempi o dei costi previsti dal quadro economico del progetto esecutivo, sono stabiliti dalle stazioni appaltanti e dagli enti concedenti, secondo i rispettivi ordinamenti, entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore del codice". L'eliminazione del riferimento al regolamento induce a ritenere che la disciplina del riparto possa essere declinata in una fonte diversa (ad esempio nel contratto decentrato).

Come anticipato, attuando una notevole semplificazione rispetto all'attuale previsione (che prevede la costituzione del c.d. fondo incentivi in cui effettuare il giro contabile – dal capitolo interessato al fondo incentivi – per poter procedere, in spesa, con l'erogazione concreta), si precisa che gli incentivi sono erogati direttamente al personale dipendente.

L'erogazione avviene senza la confluenza nel fondo per l'incentivazione come previsto dal vigente art. 113 del d.lgs. n. 50/2016, attuando una notevole semplificazione sul piano finanziario, burocratico e contabile. Si specifica che: *i)* l'incentivo è ripartito tra il RUP e i soggetti che svolgono le funzioni tecniche indicate nell'allegato nonché tra i loro collaboratori;

ii) gli importi sono comprensivi anche degli oneri previdenziali e assistenziali a carico dell'amministrazione.

La norma, quindi, rinvia alla singola amministrazione per la determinazione dei criteri del riparto delle somme, ivi compresa (con una previsione in chiave di incentivo al rispetto di tempi e costi) la riduzione delle risorse a fronte di eventuali incrementi di tempi o costi rispetto a quanto previsto dal progetto esecutivo.

26.5. L'erogazione dell'incentivo

Il quarto comma dell'art. 45 si occupa dei compiti del soggetto che dovrà procedere con l'erogazione.

Il comma introduce importanti novità laddove dispone (nel secondo periodo) che "L'incentivo complessivamente maturato dal dipendente nel corso dell'anno di competenza, anche per attività svolte per conto di altre amministrazioni, non può superare il trattamento economico complessivo annuo lordo percepito dal dipendente". La novità, pertanto, è il superamento del tradizionale 50% del trattamento.

Dal terzo periodo si precisa, secondo norme già note, che "L'incentivo eccedente, non corrisposto, incrementa le risorse di cui al comma 5 [n.d.a.: il fondo spese «tecnologiche» e/o di formazione specialistica]. Per le amministrazioni che adottano i metodi e gli strumenti digitali per la gestione informativa dell'appalto il limite di cui al secondo periodo è aumentato del 15 per cento. Incrementa altresì le risorse di cui al comma 5 la parte di incentivo che corrisponde a prestazioni non svolte dai dipendenti, perché affidate a personale esterno all'amministrazione medesima oppure perché prive dell'attestazione del dirigente".

L'ultimo periodo della norma in parola, dedicata al personale dirigenziale, nonostante qualche dubbio residuo anche nella formulazione dell'ultimo degli schemi, si risolve nel senso tradizionale con la precisazione che le disposizioni relative agli incentivi "non si applicano al personale con qualifica dirigenziale".

Da notare che il d.l. n. 13/2023, convertito con legge n. 41/2023, prevede nel comma 5 dell'art. 8 che "... per gli anni dal 2023 al 2026, gli enti locali e gli enti e le aziende del Servizio sanitario nazionale prevedono nei propri regolamenti e previa definizione dei criteri in sede di contrattazione decentrata, la possibilità di erogare, relativamente ai progetti del PNRR, l'incentivo di cui all'articolo 113 del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, anche al personale di qualifica dirigenziale coinvolto nei predetti progetti, in deroga al limite

di cui all'articolo 23, comma 2, del decreto legislativo 25 maggio 2017, n. 75".

A maggior chiarimento, sul comma, nella relazione tecnica si legge che "Il comma 4 subordina l'erogazione dell'incentivo di cui al comma precedente all'accertamento e attestazione, ad opera del responsabile del servizio della struttura competente o da altro dirigente incaricato, dell'effettivo svolgimento, da parte del dipendente, delle specifiche funzioni tecniche. È previsto un tetto massimo individuale: gli importi complessivamente maturati (secondo il criterio della competenza, a prescindere dalla data di pagamento) nel corso dell'anno di competenza, anche per attività svolte per conto di altre amministrazioni, non possono superare il trattamento economico complessivo annuo lordo percepito dal dipendente, l'ammontare eccedente incrementa la quota di incentivo alle finalità di cui al comma 5. Alle medesime finalità sono destinate le quote di incentivo non erogato per prestazioni non svolte o prive dell'attestazione del dirigente".

26.6. La destinazione del 20%

Il quinto comma dell'art. 45, anche in questo caso, secondo principi e regole operative già note – con importanti modifiche comunque sancite nei commi 6 e 7 dell'art. 45 – si occupa del 20% (sull'80%) che non viene erogato come incentivo.

La norma rammenta che "Il 20 per cento delle risorse finanziarie di cui al comma 2, escluse le risorse che derivano da finanziamenti europei o da altri finanziamenti a destinazione vincolata, incrementato delle quote parti dell'incentivo corrispondenti a prestazioni non svolte o prive dell'attestazione del dirigente, oppure non corrisposto per le ragioni di cui al comma 4, secondo periodo, è destinato ai fini di cui ai commi 6 e 7".

Il comma, pertanto, prevede che la residua percentuale delle risorse indicate al comma 2 (20 per cento), con esclusione – come oggi anche previsto nell'art. 113 – delle somme a destinazione vincolata, sia destinata a una serie di finalità, specificate ai successivi commi 6 e 7. Come già chiarito le somme in questione sono incrementate dai seguenti importi: *i*) importi relativi a prestazioni non svolte o prive dell'attestazione del dirigente; *ii*) importi eccedenti il limite massimo annuo previsto al comma 4 per ciascun dipendente.

26.7. La destinazione del fondo “spese”

I commi 6 e 7 chiariscono la destinazione del fondo di cui si è detto in relazione al comma 5 con importanti novità rispetto all’attuale disciplina.

Più in dettaglio, ai sensi del comma 6, “con le risorse di cui al comma 5 l’ente acquista beni e tecnologie funzionali a progetti di innovazione, anche per incentivare: *a)* la modellazione elettronica informativa per l’edilizia e le infrastrutture; *b)* l’implementazione delle banche dati per il controllo e il miglioramento della capacità di spesa; *c)* l’efficientamento informatico, con particolare riferimento alle metodologie e strumentazioni elettroniche per i controlli”.

Ai sensi del successivo comma 7 si puntualizza, ulteriormente, che “Una parte delle risorse di cui al comma 5 è in ogni caso utilizzata: *a)* per attività di formazione per l’incremento delle competenze digitali dei dipendenti nella realizzazione degli interventi; *b)* per la specializzazione del personale che svolge funzioni tecniche; *c)* per la copertura degli oneri di assicurazione obbligatoria del personale”.

Nella relazione tecnica si chiarisce che i commi ultimi citati indicano le destinazioni delle risorse dei commi precedenti. Tra queste, in particolare, si segnalano l’obbligo di destinazione alla formazione per l’incremento delle competenze digitali, alla specializzazione del personale che svolge funzioni tecniche, all’assicurazione obbligatoria del personale. Infine il comma 8 prevede che una quota degli incentivi previsti dal comma 2, non superiore al 25 per cento possono essere destinate alle funzioni tecniche svolte dal personale delle centrali di committenza.

27. La nuova trasparenza nei contratti pubblici

27.1. Premessa

Il nuovo codice innova anche in materia di trasparenza nei contratti pubblici con la riscrittura dell'art. 29 del codice del 2016. Modifiche che coinvolgono fin dalla rubrica. L'art. 29 citato infatti, rubricato "Principi in materia di trasparenza", diventa un più efficace "Trasparenza dei contratti pubblici" nell'art. 28 del nuovo codice 2023, a disciplinare, quindi, gli obblighi di pubblicazione per adempiere alle prescrizioni in materia di trasparenza di cui al d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33. La norma entra in vigore dal 1° gennaio 2024, pertanto fino al 31 dicembre trova applicazione l'art. 29 del codice 2016.

27.2. Le novità

Prima dell'esame della norma sopra citata occorre soffermarsi anche sull'art. 20 (anch'essa norma che acquisterà efficacia a far data dal 1° gennaio 2024), rubricato "Principi in materia di trasparenza". La disposizione in parola risulta focalizzata sull'indicazione degli strumenti apprestati dall'ordinamento per sostanziare il principio e le esigenze sottese.

Più nel dettaglio la norma (primo comma) evidenzia che – al netto della questione della pubblicità legale – per la finalità della totale accessibilità/comprendibilità dell'azione amministrativa contrattuale la P.A. è tenuta a pubblicare i dati/informazioni/atti di cui al successivo art. 28 ("Trasparenza dei contratti pubblici") con dinamiche di pubblicazione disciplinate dal d.lgs. n. 33/2013. Viene fissato (secondo comma) il principio dell'unicità del luogo di invio delle pubblicazioni e delle comunicazioni in modo da semplificare gli adempimenti in capo al RUP della stazione appaltante. È evidente il vantaggio rispetto all'attuale situazione in cui il RUP è onerato di pubblicazione e popolazione di diverse banche dati.

L'art. 20, pur nel suo minimalismo (risultando composto da soli 3 commi), tende quindi a realizzare la c.d. moderna democrazia e a tal proposito nella relazione tecnica che accompagna il codice si legge che “La trasparenza ... concorre ad attuare il principio democratico e i principi costituzionali di eguaglianza, di imparzialità, buon andamento, responsabilità, efficacia ed efficienza nell'utilizzo di risorse pubbliche, integrità e lealtà nel servizio alla nazione. Essa è condizione di garanzia delle libertà individuali e collettive, nonché dei diritti civili, politici e sociali, integra il diritto ad una buona amministrazione e concorre alla realizzazione di una amministrazione aperta, al servizio del cittadino”. Il tentativo, quindi, è quello di realizzare una effettiva trasparenza e non solo ribadire una espressione stereotipata.

Sull'art. 28, il nuovo primo comma prevede un obbligo generalizzato di invio di tutti gli atti/dati afferenti la programmazione e dell'intera fase del ciclo dell'appalto alla Banca dati nazionale dei contratti (come visto a gestione ANAC). Le stazioni appaltanti, quindi, devono assicurare il collegamento tra la propria sezione trasparenza amministrativa e detta banca dati. Nella sezione trasparenza, sottosezione relativa ai contratti verrà pubblicato il *link* di collegamento (le comunicazioni avverranno tramite caricamento su piattaforma). È evidente l'intento di uniformare e semplificare, evitando duplicazioni, gli adempimenti in materia di trasparenza. Non devono essere pubblicati i dati/atti “considerati riservati ai sensi dell'articolo 35 ovvero secretati ai sensi dell'articolo 139”.

Come già nella disposizione attuale, al secondo comma dell'art. 28 si chiarisce che sono oggetto di pubblicazione “nella sezione di cui al primo periodo la composizione della commissione giudicatrice e i curricula dei suoi componenti, nonché i resoconti della gestione finanziaria dei contratti al termine della loro esecuzione”.

Il comma 3 che segue chiarisce che i dati da pubblicare – e faranno fede i dati trasmessi alla BDNC – sono:

- la struttura proponente;
- l'oggetto del bando;
- l'elenco degli operatori invitati a presentare offerte;
- l'aggiudicatario;
- l'importo di aggiudicazione;
- i tempi di completamento dell'opera, servizio o fornitura;
- l'importo delle somme liquidate.

Dati già previsti dall'art. 1, comma 32, della legge n. 190/2012 che viene abrogato dal 1° luglio 2023, data di efficacia del codice.

Il comma di chiusura demanda all'ANAC l'adozione del provvedimento – entro 60 giorni dal 1° aprile 2023 – destinato ad individuare “i dati e le relative modalità di trasmissione per l'attuazione del presente articolo”.

28. Il subappalto

28.1. Subappalto senza limiti

L'art. 119, di disciplina del subappalto, pur ricalcando il testo dell'art. 105, come modificato dall'art. 49 del secondo decreto-legge emergenziale (d.l. n. 77/2021, convertito con legge n. 108/2021 e dalla legge n. 231/2021) – in relazione al superamento dei limiti di quantità (liberalizzazione definitiva da novembre 2022, ed al rispetto da parte del subappaltatore dell'obbligo di indicare una terna di nominativi di sub-appaltatori in fase di aggiudicazione e di offerta – prevede una importante novità in tema di subappalto c.d. a cascata ovvero della possibilità di prevedere (o escludere), da parte della stazione appaltante le prestazioni ulteriormente subappaltabili.

Pe comprendere la nuova disposizione è sufficiente riportare a confronto il comma 19 dell'art. 105 con il comma 17 dell'art. 119.

Codice 50/2016 Art. 105, comma 19	Codice 36/2023 Art. 119, comma 17
19. L'esecuzione delle prestazioni affidate in subappalto non può formare oggetto di ulteriore subappalto.	17. Le stazioni appaltanti indicano nei documenti di gara le prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto che, pur subappaltabili, non possono formare oggetto di ulteriore subappalto, in ragione delle specifiche caratteristiche dell'appalto e dell'esigenza, tenuto conto della natura o della complessità delle prestazioni o delle lavorazioni da effettuare, di rafforzare il controllo delle attività di cantiere e più in generale dei luoghi di lavoro o di garantire una più intensa tutela delle condizioni di lavoro e della salute e sicurezza dei lavoratori oppure di prevenire il rischio di infiltra-



Codice 50/2016 Art. 105, comma 19	Codice 36/2023 Art. 119, comma 17
	zioni criminali. Si prescinde da tale ultima valutazione quando i subappaltatori ulteriori siano iscritti nell'elenco dei fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori di cui al comma 52 dell'articolo 1 della legge 6 novembre 2012, n. 190, ovvero nell'anagrafe antimafia degli esecutori istituita dall'articolo 30 del decreto-legge 17 ottobre 2016, n. 189, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 dicembre 2016, n. 229.

In pratica si è passati da un divieto fissato per norma della “ulteriore subappaltabilità” ad una decisione rimessa alla stazione appaltante che può motivare l'esclusione.

Le ragioni di tale apertura, come si legge nella relazione tecnica, sono dovute alla necessità di adattare l'impianto normativo alle norme comunitarie.

In particolare, in questa si legge che con il nuovo comma 17 si tende a soddisfare le prescrizioni delle direttive UE in ordine al divieto di limitazioni al ricorso al c.d. subappalto di subappalto fissate in maniera astratta, a prescindere dalla possibilità di verificare le capacità di eventuali subappaltatori e senza menzione del carattere essenziale degli incarichi. Le limitazioni devono, pur nel rispetto necessario dei principi di trasparenza e di tutela del mercato del lavoro, essere dunque specifiche e motivate. Gli estensori hanno deciso quindi di non fare rinvio alla norma generale in materia di subappalto, ma di prevedere uno specifico comma – appunto il comma 17 – sia per l'esigenza di rispondere puntualmente alla procedura di infrazione in corso, sia per rendere più chiara la necessità di un'apposita previsione nei documenti di gara che, nel prevedere il subappalto, si occupi anche del subappalto da parte del subappaltatore. La disposizione, così come quella del codice del 2016, non affronta il tema del subappalto c.d. qualificatorio o necessario, perché, a rigore, è quest'ultimo istituito ad essere “singolare” rispetto alla causa del contratto di subappalto quale delineata nel comma 2. Si sono mantenute, coordinandole anche con quanto previsto dall'art. 11 in tema di applicazione dei contratti collettivi nazionali e territoriali, la disciplina delle tutele economiche e normative dei lavoratori dipendenti dal subappaltatore e la responsabilità solidale dell'affidatario con il subappaltatore in merito agli obblighi di sicurezza previsti dalla normativa vigente.

29. Il nuovo soccorso istruttorio

29.1. Premessa

Con il nuovo codice, il soccorso istruttorio avrà una disciplina *ad hoc* declinata nell'art. 101. Ciò, evidentemente, rappresenta una delle novità di rilievo rispetto a quanto previsto nel codice del 2016 in cui al soccorso (peraltro nella sola fattispecie integrativa) viene dedicato il solo comma 9 dell'art. 83. In generale la disposizione si lascia preferire per una maggiore chiarezza rispetto a quella attuale.

29.2. Soccorso integrativo e soccorso specificativo

La norma, nel nuovo codice, disciplina non solo la fattispecie integrativa della documentazione amministrativa prodotta all'atto della partecipazione alla competizione (tra l'altro con alcuni esempi che esprimono altrettanti approdi giurisprudenziali), secondo quanto oramai consolidato, ma altresì la fattispecie del soccorso istruttorio specificativo (nell'ordinamento disciplinato nella legge n. 241/1990 nell'art. 6).

Se il primo (soccorso integrativo) continua a subire il contingentamento circa il suo utilizzo in relazione alla sola documentazione amministrativa (pertanto non potrà essere applicato ad irregolarità, mancanze relative all'offerta o nel caso di assoluto anonimato), la fattispecie specificativa potrà riguardare ogni aspetto della documentazione e, quindi, anche chiarimenti relativi all'offerta.

Come detto, la norma – comma 1, lett. a) – prevede espressamente l'integrazione nel caso di “mancata presentazione della garanzia provvisoria, del contratto di avvalimento e dell'impegno a conferire mandato collettivo speciale in caso di raggruppamenti di concorrenti non ancora costituiti ... mediante documenti aventi data certa anteriore al termine fissato per la presentazione delle offerte”.

29.3. Le altre novità

Altra novità, importante, rispetto alla fattispecie già conosciuta, è la previsione anche di un termine minimo e non solo massimo da assegnare all'operatore per l'integrazione e/o per fornire i chiarimenti richiesti.

All'operatore economico, qualora la documentazione non sia presente nel fascicolo virtuale, non possono essere assegnati meno di 5 giorni per adempiere e non oltre 10 giorni. Si tratta, oggettivamente, di una novità importante stante il non irrilevante contenzioso in caso di concessione di termini esigui per gli adempimenti richiesti all'operatore economico.

L'innovazione, sicuramente di maggior rilievo, riguarda la previsione della possibilità di correggere errori materiali, non sostanziali, dell'offerta tecnica ed economica da parte dell'operatore interessato prima della data fissata per l'apertura delle offerte.

In questo senso, il comma 4 dell'art. 101 prevede che "Fino al giorno fissato per la loro apertura [n.d.a.: delle offerte], l'operatore economico", utilizzando le stesse modalità di presentazione della domanda di gara, "può richiedere la rettifica di un errore materiale contenuto nell'offerta tecnica o nell'offerta economica di cui si sia avveduto dopo la scadenza del termine per la loro presentazione".

È necessario però, perché la correzione venga considerata legittima, che "la rettifica non comporti la presentazione di una nuova offerta, o comunque la sua modifica sostanziale, e che resti comunque assicurato l'anonimato".

Si tratta, pertanto, come si legge nella relazione tecnica, della innovativa possibilità di correggere meri errori materiali, in riferimento alle sole offerte (visto che per la documentazione amministrativa può essere utilizzato il soccorso integrativo) come ad esempio "una incongruenza tra importi unitari e importo complessivo dell'offerta economica" prima che la stessa sia esaminata e, in particolare, fino al giorno fissato per l'apertura delle buste contenenti l'offerta.

Secondo gli estensori una simile possibilità concessa all'operatore economico "non sembra creare particolari problemi di trasparenza, né impone particolari oneri all'amministrazione appaltante di rendere edotti gli altri concorrenti, dal momento che questi ultimi potranno esercitare le loro facoltà di accesso alle offerte e agli altri atti di gara".

In realtà, si tratta di verificare cosa accadrà nell'applicazione pratica e soprattutto nel caso in cui gli operatori possano innestare il dubbio (con correlata censura) che la correzione postuma (rispetto alla presentazione dell'offerta) concreti in realtà una modifica sostanziale e tale da determinare l'esclusione.

30. L'accesso e le nuove norme procedurali

30.1. Premessa

Il nuovo codice dei contratti contiene anche un microsistema normativo in tema di accesso e riservatezza (artt. 35 e 36 del nuovo codice), prevalentemente inedito rispetto all'attuale codice.

Microsistema normativo che, per effetto delle modifiche apportate in fase di approvazione definitiva del codice, troverà applicazione solo a far data dal 1° gennaio 2024. In questo senso dispone il comma 2 dell'art. 225.

Tra le novità di maggior rilievo (art. 35) si deve registrare la definitiva conferma dell'applicazione – con espresso richiamo normativo – agli atti dell'appalto e dell'esecuzione del contratto dell'accesso civico generalizzato ex art. 5, comma 2 del d.lgs. n. 33/2013.

L'applicabilità dell'accesso civico generalizzato agli appalti risultava confermata – dopo pronunce divergenti – dalla giurisprudenza ed in particolare con la sentenza n. 10/2020, in Adunanza plenaria del Consiglio di Stato.

Nel nuovo codice (comma 1, art. 35) se ne statuisce, con norma, l'applicazione anche agli appalti. Pur ad applicazione differita, come detto, la giurisprudenza oggi pacificamente ne impone l'applicazione pertanto, l'eventuale richiesta di accesso agli atti di gara (anche relativi all'esecuzione) pur priva di riferimenti normativi dovrà essere, dal RUP (o dal responsabile della fase amministrativa), analizzata *in primis* alla luce della normativa in tema di accesso civico generalizzato.

30.2. L'accesso agli atti

La nuova disciplina dell'accesso (art. 35) subisce una minima riscrittura (rispetto a quanto stabilito nell'attuale art. 53) coinvolgendo nella prerogativa anche i “verbali e atti” della gara, anche informali. Vengono

ribaditi i differimenti all'accesso, già contemplati nell'art. 53, ovvero i casi in cui l'ostensione è differita fino al momento dell'aggiudicazione.

Da ricordare che nel nuovo codice l'aggiudicazione sarà "unica" (ovvero solo quella efficace conseguente alla verifica dei requisiti).

Una delle novità riguarda l'accesso "escluso". Si ribadiscono, infatti, le esclusioni per le "informazioni fornite nell'ambito dell'offerta o a giustificazione della medesima che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali" e per i "pareri legali acquisiti dai soggetti tenuti all'applicazione del codice, per la soluzione di liti, potenziali o in atto, relative ai contratti pubblici" nonché per "le relazioni riservate del direttore dei lavori, del direttore dell'esecuzione e dell'organo di collaudo sulle domande e sulle riserve del soggetto esecutore del contratto".

Ulteriore caso di esclusione (frutto delle novità telematiche) riguarda le informazioni relative "alle piattaforme digitali e alle infrastrutture informatiche utilizzate dalla stazione appaltante o dall'ente concedente, ove coperte da diritti di privativa intellettuale".

Tuttavia, per le superiori esigenze – costituzionali – di difesa in giudizio non solo sono accessibili le informazioni che l'operatore interessato intende far oscurare (in quanto implicanti segreti commerciali/industriali) ma anche le informazioni relative alle piattaforme digitali e infrastrutture informatiche utilizzate dalla stazione appaltante.

30.3. Le norme procedurali

Le disposizioni più rilevanti ed innovative sono quelle contenute nell'art. 36 rubricato "Norme procedurali e processuali in tema di accesso".

La norma imporrà – a far data dal 1° gennaio 2024, come detto – il c.d. accesso digitale ovvero la messa a disposizione dell'offerta dell'aggiudicatario e di ogni atto/informazione presupposto dell'affidamento "a tutti i candidati e offerenti non definitivamente esclusi contestualmente alla comunicazione digitale dell'aggiudicazione".

Il secondo comma risolve il problema dell'accesso imponendo la messa a disposizione – sempre tramite la piattaforma digitale utilizzata dalla stazione appaltante – dei documenti predetti e delle offerte presentate dagli ulteriori 4 graduati. Si crea, pertanto, quella conoscenza reciproca (tra i primi 5 in graduatoria) che velocizza conoscenza e trasparenza semplificando i compiti della stazione appaltante.

Altra novità riguarda i casi di presenza, nelle offerte, di informazioni riservate (segreti commerciali/industriali) per cui gli offerenti segnalano immediatamente l'esigenza dell'oscuramento e della non divulgazione.

Il terzo comma della norma impone alla stazione appaltante di chiarirne l'eventuale presenza e di specificare la decisione di oscurare i dati dichiarati riservati fin dal momento della comunicazione dell'aggiudicazione.

Avverso la decisione in parola gli interessati dovranno proporre ricorso al giudice amministrativo "entro 10 giorni dalla comunicazione digitale dell'aggiudicazione".

È evidente la semplificazione visto che gli obblighi della stazione appaltante, propedeutici all'accesso, si risolvono con le pubblicazioni e messa in disponibilità di informazioni contenute nelle piattaforme digitali e con, se richiesto, l'oscuramento dei dati previa istruttoria da parte del RUP.

Novità ulteriori – e semplificazioni "deflative" del contenzioso – si registrano nei commi 5 e 6 della norma.

Il comma 5 prevede che nel caso in cui la stazione appaltante ritenga "insussistenti le ragioni di segretezza indicate dall'offerente ... l'ostensione delle parti dell'offerta di cui è stato richiesto l'oscuramento non è consentita prima del decorso del termine di impugnazione" di 10 giorni. Da notare che, pertanto, la norma sembra alleggerire il gravoso compito del RUP (o eventualmente del responsabile di fase, se nominato) visto che, con una disposizione come quella ora prevista, il responsabile unico potrebbe limitarsi a ribadire quanto evidenziato dall'operatore economico pur manifestando delle riserve, evidentemente non tali da superare le obiezioni dell'appaltatore interessato, ferma restando, poi, la possibilità di consentire la visione e l'invio della segnalazione (comma 6) all'ANAC.

Il comma 6 tende, invece, ad evitare "la pratica abbastanza diffusa tra gli operatori economici di indicare come segrete parti delle offerte senza che sussistano reali ragioni" (come si legge nella relazione) con la previsione che, "qualora vi siano reiterati rigetti di istanze di oscuramento", la stazione appaltante segnali la circostanza all'ANAC "la quale può irrogare una sanzione pecuniaria nella misura stabilita dall'articolo 222, comma 9, ridotta alla metà nel caso di pagamento entro 30 giorni dalla contestazione"(da 500 a 10.000 euro).

31. Gli allegati

31.1. Premessa

In merito alla normativa attuativa delle disposizioni, il nuovo codice ricorre alla tecnica degli allegati. Ciascuna disposizione che esige integrazioni con norme di dettaglio rinvia infatti ad uno o più specifici allegati al codice (aventi dunque un iniziale valore di legge) disponendo che, in sede di prima applicazione, l'allegato in questione è abrogato a decorrere dalla data di entrata in vigore di un corrispondente regolamento ministeriale, adottato ai sensi dell'art. 17, comma 3, della legge n. 400/1988, con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti (acquisiti i pareri o il concerto degli altri Ministri competenti ed eventualmente, ove richiesta, l'intesa con la Conferenza unificata), che lo sostituisce integralmente anche in qualità di allegato al codice. La relazione illustrativa evidenzia che "si è scelto di redigere un codice che non rinvii a ulteriori provvedimenti attuativi e sia immediatamente «autosecutivo», consentendo da subito una piena conoscenza dell'intera disciplina da attuare. Ciò è stato possibile grazie a un innovativo meccanismo di delegificazione che opera sugli allegati al codice (legislativi in prima applicazione, regolamentari a regime)". Poiché la previsione in esame autorizza l'abrogazione e la sostituzione integrale degli allegati a decorrere dall'entrata in vigore dei corrispondenti regolamenti ministeriali, appare da escludere, quindi, la possibilità che tali regolamenti si limitino ad intervenire esclusivamente su singole parti dei contenuti degli allegati comportandone una delegificazione solo parziale (la quale darebbe vita ad atti in cui conviverebbero norme di valore legislativo e norme di rango regolamentare).

31.2. Le definizioni del codice (allegato I.1)

L'allegato I.1 è rubricato "Definizioni dei soggetti, dei contratti, delle procedure e degli strumenti" (in sostituzione dell'art. 3 del codice del 2016).

Gli artt. 1, 2 e 3 dell'allegato (che per la loro stretta connessione vengono illustrati congiuntamente) recano le definizioni su cui si basa l'impianto del nuovo codice.

Le norme proposte introducono una significativa semplificazione dei contenuti definitivi rispetto all'art. 3 del codice del 2016 e, in un quadro di classificazione sistematica, suddividono le definizioni (prima racchiuse in un'unica disposizione) in tre macrocategorie:

- a) i soggetti cui il codice si applica (art. 1);
- b) i contratti che il codice disciplina (art. 2);
- c) le procedure e gli strumenti di cui possono avvalersi le stazioni appaltanti e gli enti concedenti (art. 3).

Nell'ottica della semplificazione dei contenuti, si è, in particolare, scelto di escludere dal testo normativo:

- i) una pedissequa riproduzione di nozioni e istituti che trovano una compiuta definizione nelle direttive UE 23, 24 e 25 del 2014 e rispetto ai quali non sussistono esigenze di chiarimento o specificazione (come ad esempio accade per "lavori", "servizi", "forniture", "diritto esclusivo", "diritto speciale");
- ii) le definizioni che fanno riferimento a istituti oggetto di disciplina specifica (e autosufficiente) in altre parti del codice (come, ad esempio, accade per partenariato pubblico-privato e per i contratti attraverso i quali esso si attua);
- iii) le nozioni che sono, comunque, oramai entrate nell'uso corrente (come ad esempio "scritto o per iscritto", "documento di gara", "documento di concessione") e non richiedono, pertanto, ulteriori specificazioni normative.

L'attenzione, sul piano dei soggetti (art. 1), si è concentrata su alcune macronozioni, il cui utilizzo ha consentito di aggregare una serie di espressioni prima utilizzate in maniera, a volte, ridondante e ripetitiva.

Nel nuovo art. 1 dell'allegato, l'introduzione delle nozioni omnicomprensive di "stazione appaltante" ed "ente concedente" ha consentito, da un lato, di evitare la moltiplicazione e la frammentazione delle definizioni soggettive e, dall'altro, di introdurre un riferimento nominalistico unitario che, anche coerentemente con la disciplina dettata dal d.lgs. n. 104/2010 (codice del processo amministrativo, art. 133, lett. e), n. 1) valorizza l'obbligo di seguire la procedura di evidenza pubblica per l'affida-

mento del contratto, a prescindere dalla forma giuridica e dalla natura dell'ente che di volta in volta viene in considerazione.

Sul piano della definizione dei soggetti, si segnala ancora l'adattamento di alcune nozioni di derivazione eurounitaria all'elaborazione giurisprudenziale nel frattempo divenuta diritto vivente: in quest'ottica si spiega, ad esempio, nella definizione del requisito dell'organismo di diritto pubblico (art. 3, lett. c)), la scelta di riferire il carattere non commerciale o industriale all'attività svolta e non più al bisogno soddisfatto o il riferimento nella definizione di "operatore economico" all'irrelevanza della forma rivestita o della natura giuridica pubblica o privata (art. 3, lett. e)).

Sul piano della definizione dei contratti, la norma (art. 2) chiarisce, anzitutto, che i "contratti pubblici" sono "contratti" a tutti gli effetti, espressione dell'autonomia negoziale della pubblica amministrazione, sottoposti nella fase esecutiva al diritto privato, salvo le deroghe espressamente previste dal codice (come indirettamente confermato, peraltro, dall'art. 11 del codice). Si vuole, in tal modo, sottolineare che i "contratti pubblici" (cui fa più volte riferimento anche la legge delega) sono i "contratti" stipulati da soggetti che rivestono la qualità di stazioni appaltanti ed enti concedenti, così tenendoli distinti dalla categoria "pubblicistica" dei c.d. contratti ad oggetto pubblico. La circostanza che la conclusione dei "contratti pubblici" sia preceduta da una fase di evidenza pubblica (attraverso la quale si forma la volontà dell'amministrazione e si individua il contraente) non ne fa venire meno, infatti, la natura negoziale.

L'art. 2 dell'allegato aggiunge, inoltre, la distinzione tra onerosità, gratuità economicamente interessata e liberalità, rilevante ai fini delle diverse conseguenze che ne derivano in punto di applicazione della procedura di gara, sia sul piano nell'*an* (non si applica alle donazioni: cfr. art. 3, comma 3, del progetto di codice), sia sul piano del livello di dettaglio della disciplina che regola la procedura applicabile (i contratti gratuiti economicamente interessati soggiacciono ai c.d. principi generali e non all'intera disciplina del codice: cfr. art. 16).

Ulteriore novità è la modifica, rispetto alla disciplina vigente, della nozione di "lavori complessi": la nuova definizione non pone limiti di importo e ha ad oggetto solo le caratteristiche intrinseche dei lavori. Aggiungendo le ulteriori esigenze, di tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori, che il nuovo testo della norma tende a tutelare.

Si interviene sulla definizione del contratto di disponibilità, eliminando e sostituendo espressioni atecniche e sovrabbondanti, quali "messa a disposizione", "fruibilità", "parametri di funzionalità", "perfetta manutenzione", con l'utilizzo di categorie già codificate per tipi contrattuali quali appalto e locazione; si chiarisce, inoltre, già nella norma definitoria

– trattandosi di elemento causalmente connotante il negozio – la possibilità che al “godimento” dell’immobile si affianchi e si aggiunga la successiva traslazione del diritto dominicale, dietro versamento di un corrispettivo “ulteriore” (ulteriore, rispetto al “canone di disponibilità” che è legato sinallagmaticamente alla prestazione volta a garantire il “miglior godimento” dell’opera).

Viene modificata la definizione della parte “privata” del contratto, utilizzando invece della espressione “affidatario” la *dictio* “operatore economico”, utilizzata giustappunto per le figure di “partenariato pubblico-privato” di cui il contratto è espressione.

Con una norma da inserire nel “glossario generale” del codice, si definisce l’oggetto di tali specifiche figure contrattuali, ovvero le “prestazioni in esse deducibili”.

Di qui la nuova nozione di “servizi globali”, con tale espressione facendosi riferimento a tutte quelle prestazioni, complesse ed eterogenee, funzionali al perseguimento di un complessivo “risultato”, in termini di efficienza e qualità, affidate ad un operatore economico particolarmente qualificato.

31.3. L’attività del RUP (allegato I.2)

L’allegato I.2, rubricato “Attività del RUP”, disciplina i requisiti e i compiti del responsabile unico del progetto (non più, dall’approvazione del codice, il momento della nomina). Per maggior completezza si rinvia alla sede di trattazione del RUP. L’allegato sostituisce le linee guida ANAC n. 3 espressamente dedicate al RUP a far data dal 1° luglio 2023 (per le procedure d’appalto avviate da quel momento).

31.4. I termini delle procedure di appalto (allegato I.3)

Una delle novità di maggior rilievo è la previsione codicistica (finora disposizioni rinvenibili solo nel d.l. n. 76/2020) declinata appunto nell’allegato I.3 dedicato ai termini delle procedure ed alle conseguenze in caso di mancato rispetto. L’allegato – per la cui analisi si rinvia ai capitoli dedicati alla procedura di affidamento – sostituisce gli artt. 1 e 2 del d.l. n. 76/2020.

Nella relazione tecnica si specifica che i termini dell’allegato sono stati calcolati assumendo a paradigma la procedura aperta, che necessita mediamente di nove mesi. Per la procedura ristretta l’incremento di un mese corrisponde alla necessità di selezionare le domande di partecipazione e

inviare le lettere invito. I termini per le altre procedure sono quantificati proporzionalmente. Nel calcolo dei tempi massimi di conclusione delle procedure si è considerato che l'utilizzo dei criteri basati sul miglior rapporto tra qualità e prezzo o sul costo del ciclo di vita richiede ulteriori adempimenti, anche complessi, rispetto alle fattispecie in cui il contratto venga affidato utilizzando il criterio del minor prezzo.

Il concetto di “gara”, cui applicare i termini indicati nell'allegato, comprende tutti gli adempimenti compresi tra la pubblicazione del bando o l'invio dell'invito ad offrire e l'individuazione della migliore offerta; i tempi necessari all'espletamento dell'eventuale verifica di anomalia e all'effettuazione della (necessaria) verifica sul possesso dei requisiti dichiarati dal concorrente aggiudicatario per partecipare alla procedura si aggiungono a quelli previsti per lo svolgimento delle gare.

31.5. Imposta di bollo (allegato I.4)

L'allegato I.4 è dedicato alla disciplina dell'imposta di bollo relativa alla “stipulazione del contratto”. Gli estensori, sul punto, hanno evidenziato che le norme dell'allegato semplificano le modalità di calcolo dell'imposta di bollo su atti e documenti formati in esito a una delle procedure disciplinate dal codice dei contratti pubblici. Viene chiarito che il pagamento dell'imposta, come determinata sulla base della tabella contenuta nel presente allegato, cui l'appaltatore ai sensi dell'art. 18, comma 10, del codice deve provvedere al momento della stipula del contratto, tiene luogo dell'imposta di bollo dovuta per tutti gli atti e documenti riguardanti la procedura di selezione e l'esecuzione dell'appalto, fatta eccezione per le fatture, note e simili di cui all'art. 13, punto 1, della tabella A allegata al d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 642.

31.6. Gli elementi per la programmazione e gli schemi tipo (allegato I.5)

L'allegato I. 5, rubricato “Elementi per la programmazione dei lavori e dei servizi. Schemi tipo” sostituisce il d.m. n. 14/2018.

L'allegato in parola riprende il contenuto del d.m. 16 gennaio 2018, n. 14, senza variazioni particolarmente rilevanti salvi gli adattamenti alle nuove terminologie e ai nuovi istituti introdotti dal nuovo codice (per esempio, programmazione triennale dell'acquisizione di beni e servizi anziché biennale) e quelli imposti dalla “riscrittura” in modo più organico e

razionale dell'art. 37 del nuovo codice rispetto al vigente art. 21 del d.lgs. n. 50/2016.

31.7. Il dibattito pubblico obbligatorio (allegato I.6)

Questo allegato, rubricato “Dibattito pubblico obbligatorio” riprende i contenuti del d.P.C.M. 10 maggio 2018, n. 76, adottato in attuazione dell'art. 22 del d.lgs. n. 50/2016. Oltre ad alcune scelte di semplificazione anche terminologica (ad esempio, il “coordinatore del dibattito pubblico” diventa il “responsabile” dello stesso), la principale novità è costituita dalla soppressione della Commissione nazionale per il dibattito pubblico, già istituita dall'art. 4 del citato d.P.C.M. n. 76/2018 con compiti di monitoraggio, regolazione e pubblicità dei dibattiti pubblici attivati dalle varie stazioni appaltanti.

31.8. DOCFAP, DIP, progettazione e verifica della progettazione (allegato I.7)

Questo allegato contiene la disciplina dei contenuti della progettazione nei suoi due diversi livelli, nonché della verifica della progettazione medesima, dando attuazione agli artt. da 41 a 44 del codice.

Si tratta di un allegato innovativo rispetto alla disciplina esistente, nella cui predisposizione si è tenuto conto delle norme del d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, costituenti ancora la disciplina attuativa vigente su questi aspetti, ma anche di provvedimenti elaborati e mai entrati in vigore, quali lo schema di decreto ministeriale recante “Definizione dei contenuti della progettazione nei tre livelli progettuali” e lo schema di regolamento unico predisposto in attuazione dell'art. 216, comma 27-*octies*, del d.lgs. n. 50/2016, nonché del d.m. 1° dicembre 2017, n. 560, con il quale, ai sensi dell'art. 23, comma 13, del codice vigente, sono stati definiti i tempi e le modalità della progressiva, obbligatoria introduzione, da parte delle stazioni appaltanti, delle amministrazioni concedenti e degli operatori economici, nelle fasi di progettazione, costruzione e gestione delle opere e relative verifiche, dei metodi e strumenti elettronici specifici, quali quelli di modellazione per l'edilizia e le infrastrutture (c.d. “appalti BIM”).

Tra i principali aspetti innovativi introdotti dal nuovo codice, in relazione ai contenuti e alle modalità di elaborazione del progetto, ai quali l'allegato si conforma, vanno richiamati in particolare:

- a) la semplificazione dei livelli di progettazione, con la riduzione degli stessi a due, il progetto di fattibilità tecnico-economica (PFTE) e il progetto esecutivo (art. 41 del codice);
- b) la crescente valorizzazione dell'uso di tecnologie digitali per l'attività di progettazione (art. 43 del codice).

Per quanto riguarda la verifica e la validazione del progetto, le norme dell'allegato recepiscono le ulteriori novità introdotte dal nuovo codice, con la tendenziale devoluzione di tali attività alla stessa stazione appaltante, per tramite del RUP o delle proprie strutture tecniche e amministrative, e la perimetrazione a casi tipizzati della esternalizzazione di tali prestazioni tecniche.

31.9. Verifica preventiva dell'interesse archeologico (allegato I.8)

L'allegato I.8, rubricato "Verifica preventiva dell'interesse archeologico", in base alla delegificazione operata dall'art. 41, comma 4, riprende in larga parte i contenuti del vigente art. 25, d.lgs. n. 50/2016, con alcune significative modifiche, e in particolare:

- a) sono eliminati i passaggi procedurali e gli istituti contemplati nei commi da 4 a 7 del suindicato art. 25, rendendo la procedura più rapida e snella;
- b) il termine di conclusione della verifica archeologica, dapprima rimesso alla determinazione della competente Soprintendenza, oggi è direttamente stabilito dalla norma;
- c) scompare la previsione speciale di cui al comma 15 dell'attuale art. 22 a proposito degli interventi in aree di particolare interesse produttivo.

31.10. Metodi e strumenti di gestione informativa digitale delle costruzioni (allegato I.9)

L'allegato in parola, in sostituzione del d.m. n. 507/2016, sintetizza la disciplina attuativa di quanto previsto dall'art. 43 del codice in tema di progettazione digitale, e quindi non soltanto i requisiti tecnici delle piattaforme informatiche utilizzabili e della loro interoperabilità, ma anche le misure organizzative e di formazione del personale che le stazioni appaltanti dovranno adottare al fine di rendere effettiva la possibilità di operare sulla base di un progetto interamente digitalizzato.

Le disposizioni contenute nell'allegato riprendono, aggiornandole e superandole, quelle già contenute nel d.m. 1° dicembre 2017, n. 560, emanato in attuazione dell'art. 23, comma 13, del d.lgs. n. 50/2016.

31.11. Attività tecniche a carico degli stanziamenti previsti per le singole procedure (allegato I.10)

L'allegato I.10 declina le varie attività (uniche indicate) incentivabili in sostituzione della previsione di cui all'art. 113 del codice del 2016. In pratica riproduce, in modo più analitico e preciso, il contenuto del comma 1 dell'attuale art. 113 del d.lgs. n. 50/2016, nella parte in cui indicava in modo più generico le "funzioni tecniche" a cui favore devono essere stanziati gli incentivi disciplinati dallo stesso articolo.

In particolare le attività che possono essere compensate con l'incentivo alle funzioni tecniche sono:

- programmazione della spesa per investimenti;
- responsabile unico del progetto;
- collaborazione all'attività del responsabile unico del progetto (responsabili e addetti alla gestione tecnico-amministrativa dell'intervento);
- redazione del documento di fattibilità delle alternative progettuali;
- redazione del progetto di fattibilità tecnica ed economica;
- redazione del progetto esecutivo;
- coordinamento per la sicurezza in fase di progettazione;
- verifica del progetto ai fini della sua validazione;
- predisposizione dei documenti di gara;
- direzione dei lavori;
- ufficio di direzione dei lavori (direttore/i operativo/i, ispettore/i di cantiere);
- coordinamento per la sicurezza in fase di esecuzione;
- direzione dell'esecuzione;
- collaboratori del direttore dell'esecuzione;
- coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione;
- collaudo tecnico-amministrativo;
- regolare esecuzione;
- verifica di conformità;
- collaudo statico (ove necessario).

31.12. Disposizioni di organizzazione, competenze, regole di funzionamento e attribuzioni CSLP (allegato I.11)

L'allegato I.11 sostituisce il d.P.R. n. 204/2006, in attuazione dell'art. 47, comma 4, del codice e ridisciplina il Consiglio superiore dei lavori pubblici, riordinandone non solo le attribuzioni ulteriori oltre a quelle previste dalle norme del codice, ma anche l'organizzazione e le regole di

funzionamento. L'allegato riprende la disciplina già contenuta nel decreto del Presidente della Repubblica del 2006 richiamato, semplificandola e aggiornandola anche in relazione alle nuove attribuzioni e competenze successivamente intervenute: in particolare, vengono inserite organicamente nell'allegato le previsioni relative all'organizzazione, alle competenze e al funzionamento della Sezione speciale del Consiglio superiore istituita, per gli interventi finanziati in tutto o in parte con le risorse del PNRR e del PNC, dall'art. 45 del d.l. 31 maggio 2021, n. 77, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 luglio 2021, n. 108.

31.13. Opere di urbanizzazione a scomputo del contributo di costruzione (allegato I.12)

L'allegato I.12 dispone sulle opere di urbanizzazione a scomputo del contributo di costruzione ed individua (art. 1) le modalità di affidamento delle opere di urbanizzazione a scomputo previste dall'art. 13, comma 7, dello stesso codice, per le quali non trovano applicazione gli artt. 37, 45 e 81 dello stesso codice. In relazione alla fase di esecuzione del contratto si applicano esclusivamente le norme che disciplinano il collaudo di cui all'art. 116 del codice.

31.14. Parametri per la progettazione (allegato I.13)

L'allegato I.13, rubricato "Determinazione dei parametri per la progettazione" è stato introdotto in fase di approvazione definitiva (non risultando previsto negli schemi posti in circolazione) e disciplina (art. 1) le modalità di determinazione dei corrispettivi dovuti per le fasi progettuali da porre a base degli affidamenti dei servizi di ingegneria e architettura, determinati, mediante attualizzazione del quadro tariffario di cui alla tabella Z-2 del decreto del Ministro della giustizia 17 giugno 2016, pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* n. 174 del 27 luglio 2016.

31.15. Criteri di formazione ed aggiornamento dei prezzi regionali (allegato I.14)

L'allegato I.14, rubricato "Criteri di formazione ed aggiornamento dei prezzi regionali", anch'esso non previsto negli schemi, sostituisce il decreto del Ministero delle infrastrutture del 13 luglio 2022.

L'art. 1 dell'allegato, dopo aver precisato che "I prezzi regionali sono redatti ai sensi dell'articolo 41, comma 13, del codice dalle regioni e dalle province autonome territorialmente competenti, di concerto con le articolazioni territoriali del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti", puntualizza che lo stesso allegato "contiene indicazioni per la determinazione dei prezzi, nel rispetto dell'autonomia organizzativa di ciascuna regione e provincia autonoma, promuovendo l'omogeneità dei relativi criteri di formazione e aggiornamento. Il prezzo opera come strumento posto a supporto dell'intera filiera degli appalti pubblici, al fine di garantire la qualità delle opere pubbliche, la sicurezza nei cantieri e la congruità del costo delle opere, tenendo conto delle specificità dei sistemi produttivi delle singole regioni".

31.16. La disciplina delle indagini di mercato ed elenchi degli operatori nel sotto soglia (allegato II.1)

L'allegato II.1, rubricato "Elenchi degli operatori economici e indagini di mercato per gli affidamenti di contratti di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea", in attuazione dell'art. 50, commi 2 e 3, declina disposizioni già contenute nelle linee guida ANAC n. 4. Per un commento si rinvia alle analisi degli appalti del sotto soglia comunitario.

31.17. Metodi di calcolo della soglia di anomalia per l'esclusione automatica delle offerte (allegato II.2)

L'allegato II.2 riscrive le disposizioni contenute nell'art. 97 del codice del 2016.

Dell'allegato, nella relazione tecnica, si presenta una compiuta analisi che si preferisce – stante la rilevanza – riportare integralmente. L'analisi è distinta, evidentemente, per metodi (A, B e C) che la stazione appaltante può scegliere anche con metodo casuale (o preventivamente esplicitare nella legge di gara).

Il Metodo A). Questo metodo replica esattamente il metodo introdotto, all'art. 97, commi 2 e 2-bis, del decreto legislativo n. 50 del 2016, dalla lett. u), n. 1), dell'art. 1, comma 20, del decreto-legge n. 32 del 2019, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 55 del 2019. La scelta di mantenere la possibilità di ricorrere a questo metodo è duplice. In primo luogo, esso permette alle stazioni appaltanti di ricorrere ad un metodo da loro già ampiamente utilizzato e, quindi, riduce le

complessità di adeguarsi nell'immediato a sistemi potenzialmente più efficaci, ma anche più complessi quali quelli dei due metodi presentati di seguito come Metodo B e Metodo C. In secondo luogo, elemento innovativo del metodo come formulato nella legge n. 55 del 2019, era stato quello di introdurre una componente randomica (ovvero casuale) nella soglia di determinazione dell'anomalia che rendesse la stessa meno prevedibile e manipolabile dalle imprese, ma senza le elevate problematiche che erano state introdotte dal meccanismo originariamente previsto dal legislatore nel 2016 che, all'art. 97 del decreto legislativo n. 55 del 2016, aveva previsto l'estrazione casuale dopo il ricevimento delle offerte del meccanismo di calcolo della soglia di anomalia. Come chiarito nella Relazione illustrativa della legge n. 55 del 2019: "18) All'articolo 97, vengono apportate modificazioni ai commi 2, 3, 3-bis e 8. In particolare la modifica è tesa a risolvere le problematiche segnalate da vari stakeholders concernenti il calcolo della soglia di anomalia. Infatti il meccanismo della determinazione della soglia di anomalia, basato sul sorteggio tra cinque metodi alternativi, è risultato nella prassi alquanto farraginoso. Peraltro la proposta è volta a prevenire il contenzioso laddove un'offerta di operatore economico, a seconda della scelta casuale di uno degli attuali cinque metodi, potrebbe risultare vincitrice o addirittura anomala. Pertanto, nell'ottica di continuare a garantire l'imprevedibilità della soglia di anomalia in chiave «antiturbativa», consentendo, al contempo, un maggior livello di snellezza procedurale ed un maggior contenimento dei ribassi, la proposta «riduce» i sistemi di calcolo della soglia ad uno solo, nell'ambito del quale si introducono alcune variabili individuate dopo l'apertura di tutte le offerte. Infine, al fine di non rendere nel tempo predeterminabili dagli offerenti i parametri di riferimento per il calcolo della soglia di anomalia, si prevede la possibilità di emanare, da parte del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, un decreto per la rideterminazione delle modalità di calcolo per l'individuazione della soglia di anomalia. Le modifiche al comma 3, in analogia a quanto previsto relativamente all'aggiudicazione con il criterio del prezzo più basso, introducono, nell'ottica della semplificazione, in caso di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, una deroga in merito all'effettuazione del calcolo della soglia di anomalia, in presenza di massimo due offerte, ferma restando la facoltà, in capo alle stazioni appaltanti, di valutare la congruità di ogni offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa. Inoltre si provvede a modificare il comma 3-bis per coordinarlo con le modifiche apportate all'articolo. Infine si prevede, attraverso una modifica del comma 8, una deroga all'esclusione automatica per gli appalti sotto soglia aventi carattere transfrontaliero: essa è tesa a risolvere la procedura d'infrazione nei confronti dell'Italia a seguito della lettera di costituzione in mora n. 2018/2273. Inoltre, sempre al comma 8, la modifica interviene sulla materia riguardante le offerte anomale basse e stabilisce che la stazione appaltante prevede nel bando, non più come facoltà, l'esclusione automatica dalla gara delle offerte che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia".

Il Metodo B). Questo metodo deriva dai più recenti studi accademici in materia, integrando queste conoscenze con le specificità del contesto di riferimento. Il metodo si fonda su due elementi: una soglia di anomalia e l'applicazione di una regola del c.d. "secondo prezzo". Per quanto riguarda la soglia di anomalia, idealmente il metodo presupporrebbe la capacità della stazione appaltante di determinare, non soltanto la base d'asta, ma anche il prezzo minimo accettabile, al di sotto del quale non accettare offerte. Al fine di semplificare il problema delle stazioni appaltanti, si è, tuttavia, ritenuto di mantenere una determinazione della soglia di anomalia quasi identica a quella proposta nel Metodo A sopra illustrato, con l'unica, fondamentale differenza che l'algoritmo applicato non necessariamente esclude lo sconto maggiore presentato in gara. Questa, potenziale, maggiore spinta concorrenziale è tuttavia bilanciata dal secondo elemento, la regola del "secondo prezzo", secondo cui risulta aggiudicataria del contratto l'impresa che abbia offerto il prezzo più basso tra quelli non anomali, ma il prezzo di aggiudicazione non è il prezzo più basso (offerto dalla impresa aggiudicataria), ma il secondo prezzo più basso, ovvero il prezzo offerto dalla seconda classificata. In caso di pareggio tra imprese con il prezzo più basso, viene sorteggiata quella vincitrice.

La logica sottesa è che, sotto condizioni realistiche, il meccanismo al "secondo prezzo" rende ottimale per le imprese fare offerte uguali al loro reale costo di produzione. La spiegazione intuitiva del perché sia così è legata al fatto che in un sistema di questo tipo è ottimale per ogni azienda offrire un valore esattamente uguale al proprio costo, giacché: (a) questa strategia consente all'azienda di vincere l'asta se, e solo se, può fare profitto positivo; e (b) offrire un valore diverso non può aumentare i profitti fatti dall'impresa vincitrice, giacché il prezzo vincente non dipende dall'offerta del vincitore. (Incidentalmente, si osserva che meccanismi analoghi al Metodo B sono ampiamente impiegati in varie tipologie di aste, ad esempio, in quelle per la fissazione del prezzo dell'elettricità, c.d. "aste del giorno prima"). Il beneficio per le stazioni appaltanti (e per la collettività), derivante dall'applicazione del Metodo B, è che se le offerte rispecchiano i costi, allora le stazioni appaltanti beneficiano della maggiore efficienza produttiva dell'impresa vincente rispetto alle rivali.

Il Metodo C). Questo metodo deriva dall'esperienza internazionale con metodi simili, integrando queste conoscenze con le specificità del contesto di riferimento. La stazione appaltante che applichi tale metodo deve indicare nel bando di gara lo "sconto di riferimento." Tale sconto è espresso come percentuale della base d'asta rispetto a cui le imprese formulano i loro sconti e rappresenta l'indicazione che la stazione appaltante offre alle imprese della soglia di anomalia, al netto di una componente randomica determinata successivamente in base alle offerte ricevute. Al fine di coadiuvare le stazioni appaltanti nella scelta di questo valore, è stata predisposta nell'allegato II.2 la tabella A che contiene una serie di parametri di riferimento (alcuni percentili della distribuzione dei ribassi di aggiudicazione) basati sullo storico di gare associate a conduzione dei lavori non

patologiche, segnatamente, con aumenti dei costi di esecuzione non eccedenti il 25% e dei tempi di esecuzione non eccedenti il 200%. Alla stazione appaltante viene in ogni caso lasciata la possibilità di discostarsi dai valori di riferimento della tabella A motivando la scelta in base all'esigenza di selezionare un'offerta con caratteristiche di prezzo-qualità congrue rispetto ai bisogni della stazione appaltante stessa. In questo caso, la stazione appaltante applica criteri verificabili per determinare lo sconto di riferimento confrontando i benefici di sconti maggiori con i costi di selezionare un'offerta vincitrice con qualità potenzialmente inferiore.

Dopo aver ricevuto le offerte, la stazione appaltante applica una componente randomica allo sconto di riferimento per definire la soglia di anomalia. Lo sconto maggiore tra quelli non superiori a tale soglia vince. Questa componente randomica implica che nel Metodo C tutte le offerte possano essere indicate come anomale; in questo caso si deve ricorrere alla valutazione in contraddittorio e non al nuovo espletamento della gara.

I numeri indicati nella tabella A sono ottenuti a partire dai dati Open ANAC basati sulle comunicazioni delle stazioni appaltanti all'Autorità. La popolazione di riferimento è costituita dai contratti pubblici avviati tra il 2012 e il 2021 e aggiudicati entro giugno 2022. L'analisi è svolta a livello di CIG: in caso di suddivisione in lotti, ciascun lotto costituisce un'unità statistica distinta. Sono esclusi dall'analisi gli appalti sopra la soglia di rilevanza europea (in quanto ad essi non si applica la disciplina dell'esclusione automatica); gli appalti integrati; i contratti affidati tramite procedure diverse da quelle competitive o negoziate; i lavori eseguiti nell'ambito di concessioni o affidamenti *in house*.

Nella tabella A sono riportati i seguenti percentili della distribuzione degli sconti di aggiudicazione: 50° pct, 60° pct, 70° pct, 80° pct, 90° pct, 95° pct e 99° pct. Con sconto di aggiudicazione si intende il ribasso di aggiudicazione come disponibile nei dati Open ANAC. Sono incluse per il calcolo esclusivamente i casi di contratti la cui esecuzione soddisfi entrambi i seguenti criteri:

- scostamenti di costo non superiori a un quarto della base d'asta (detto altrimenti: soglia di incremento del 25% del prezzo contrattuale);
- scostamenti di tempo non superiori a due volte il tempo contrattuale definito al momento dell'affidamento del contratto (detto altrimenti: soglia di incremento del 200% sul tempo contrattuale).

Lo scostamento di tempo è definito come la differenza percentuale fra la durata effettiva dei lavori (tempo trascorso tra la data di aggiudicazione e l'ultima data indicativa del termine della fase esecutiva) e la durata preventivata in sede contrattuale. Lo scostamento di costo è dato dalla differenza percentuale tra l'importo complessivo finale, al netto di eventuali costi di progettazione, e l'importo di aggiudicazione, in termini percentuali rispetto all'importo a base d'asta.

Le righe della tabella che presentano il simbolo (*) sono state stimate ripetendo i valori relativi alla classe di importo immediatamente più piccola in quanto il numero di osservazioni disponibili per effettuare il calcolo dei percentili è inferiore a 100 osservazioni.

Le categorie OG/OS mancanti in tabella sono state accorpate nella categoria finale “Altro” in quanto non contenevano il numero minimo di 100 osservazioni in nessuna delle tre classi di importo considerate.

31.18. Soggetti con disabilità o svantaggiati cui può essere riservata la partecipazione ad appalti (allegato II.3)

L'allegato II.3, rubricato “Soggetti con disabilità o svantaggiati cui può essere riservata la partecipazione ad appalti”, attua le disposizioni di cui all'art. 61 relativo ai “contratti riservati”.

La norma, come si legge nella relazione tecnica, attua il criterio di delega di cui alla lettera h) nella parte riguardante i principi e i criteri in materia di “appalti riservati”. È prevista, per le stazioni appaltanti, la “facoltà” di riservare il diritto di partecipazione alle procedure di appalto o di riservarne l'esecuzione a operatori economici il cui scopo principale sia l'integrazione sociale e professionale delle persone con disabilità o svantaggiate.

Il contenuto dell'allegato risulta coerente con la direttiva 24/2014/UE, che, fin dal Considerando n. 2, chiarisce come gli appalti pubblici siano il mezzo per una “crescita intelligente, sostenibile e inclusiva” che debba tendere anche al “conseguimento di obiettivi condivisi a valenza sociale”. In quest'ottica “lavoro e occupazione contribuiscono all'integrazione nella società e sono elementi chiave per garantire pari opportunità a tutti” (Considerando n. 36).

L'art. 61 mantiene l'ampliamento dei soggetti a cui riservare le procedure di gara: da un lato, le imprese sociali, le cooperative e i loro consorzi, dall'altro qualsiasi altra impresa che impieghi nello svolgimento delle prestazioni oggetto dell'appalto almeno il 30% composto da lavoratori disabili o svantaggiati.

Nello specifico, il comma 1, in larga parte, ripropone il contenuto dell'art. 20 della citata direttiva 2014/24/UE, peraltro già trasposto nell'antevigente comma 1 dell'art. 112 del codice del 2016.

Il comma 2 introduce la possibilità per le stazioni appaltanti di prevedere “meccanismi e strumenti idonei a realizzare le pari opportunità generazionali, di genere e di inclusione lavorativa per le persone con disabilità o svantaggiate”.

Lo scopo della riserva rimane l'integrazione sociale e professionale delle persone con disabilità o svantaggiate attraverso lo strumento dell'appalto pubblico, con la possibilità, quindi, di attivare appalti “a causa mista”, la cui finalità non sia solo l'acquisizione della prestazione del

bene, servizio o lavoro, ma anche la possibilità di favorire l'inserimento socio-lavorativo di soggetti meritevoli di particolare tutela.

Il comma 3 ripropone, immutato, il terzo comma dell'art. 112 del d.lgs. n. 50 del 2016.

Il comma 4 fa riferimento all'allegato II.3 per la individuazione della platea dei soggetti beneficiari della disposizione: ivi sono state trasfuse numerose disposizioni contenute nell'art. 47 del d.l. 31 maggio 2021, n. 77.

Al comma 5 si prevede che, in sede di prima applicazione del codice, l'allegato II.3 è abrogato a decorrere dalla data di entrata in vigore di un corrispondente regolamento emanato ai sensi dell'art. 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, di concerto con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, il Ministro del lavoro e delle politiche sociali e il Ministro per le disabilità, che lo sostituisce integralmente anche in qualità di allegato al codice.

31.19. Qualificazione delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza (allegato II.4)

Per l'allegato in parola si rinvia all'analisi delle nuove disposizioni in tema di qualificazione.

31.20. Specifiche tecniche ed etichettature (allegato II.5)

Si tratta di allegato che riproduce integralmente i contenuti degli artt. 68 e 69 e dell'allegato XIII del codice del 2016.

31.21. Informazioni in avvisi e bandi (allegato II.6)

Anche questo allegato riproduce disposizioni già note, in particolare adeguando le nuove norme del codice, i contenuti dell'allegato XIV del d.lgs. n. 50/2016, a loro volta *in parte qua* riproduttivi, rispettivamente per i settori ordinari e per quelli speciali, dei contenuti dell'allegato V alla direttiva 2014/24/UE e dell'allegato VI alla direttiva 2014/25/UE.

31.22. Caratteristiche relative alla pubblicazione (allegato II.7)

Questo allegato riproduce, adeguandoli alla nuova normativa primaria, i contenuti dell'allegato V al d.lgs. n. 50/2016, che a loro volta recepivano – rispettivamente, in relazione agli appalti nei settori ordinari e nei settori speciali – la corrispondente parte dell'allegato VIII alla direttiva 2014/24/UE e dell'allegato IX alla direttiva 2014/25/UE.

31.23. Rapporti di prova, certificazioni qualità, mezzi di prova, registro dei certificati e costi del ciclo vita (allegato II.8)

Questo allegato riproduce e delegifica, con i necessari adattamenti, buona parte degli artt. 87, 88 e 96 del vigente d.lgs. n. 50/2016, in tema di certificazioni di qualità e relativo registro, nonché di rapporti e mezzi di prova.

31.24. Informazioni contenute negli inviti ai candidati (allegato II.9)

Questo allegato riproduce, adeguandoli alle nuove norme del codice, i contenuti dell'allegato XV del codice del 2016, a loro volta *in parte qua* riproductivi di quelli dell'allegato IX alla direttiva 2014/24/UE.

31.25. Violazioni gravi degli obblighi relativi al pagamento imposte e tasse o contributi previdenziali (allegato II.10)

Questo allegato, in tema di individuazione delle violazioni gravi agli obblighi in materia di imposte e tasse ed agli obblighi previdenziali, riproduce integralmente il d.m. 22 settembre 2022, emanato in attuazione dell'art. 80, comma 4, del vigente d.lgs. n. 50/2016, come modificato dall'art. 10, comma 1, lett. c), n. 2, della legge 23 dicembre 2021, n. 238 ("Legge europea 2019-2020").

31.26. Registri professionali o commerciali per operatori economici di altri Stati membri (allegato II.11)

Questo allegato riprende (con l'eliminazione del riferimento al Regno Unito, che non fa più parte dell'Unione europea) l'allegato XVI del d.lgs. n. 50/2016, a sua volta riprodotto dell'allegato XI della direttiva 2014/24/UE.

31.27. Sistema di qualificazione e requisiti per gli esecutori di lavori (allegato II.12)

L'allegato, in attuazione dell'art. 100, comma 4, in attesa del più generale regolamento ivi previsto (che dovrà contenere anche l'innovativa disciplina della qualificazione degli operatori economici di forniture e servizi), riproduce in larga misura le norme (artt. 60-104) del d.P.R. n. 207/2010, attuative del d.lgs. n. 163/2006 e rimaste in vigore anche dopo il sopravvenire del d.lgs. n. 50/2016, con gli adattamenti formali e sostanziali resisi necessari per raccordarle con la nuova normativa primaria. Sono altresì inserite, nella Parte V, le norme relative ai requisiti dei soggetti partecipanti alle procedure di affidamento dei servizi di ingegneria e architettura, riprese dal d.m. 2 dicembre 2016, n. 263, a suo tempo emanato in attuazione dell'art. 46 del d.lgs. n. 50/2016, tenendo conto altresì dello schema di decreto approvato dal Consiglio dei Ministri in tema di requisiti degli ulteriori soggetti inseriti nel predetto art. 46 dalla legge n. 238/2021.

31.28. Certificazioni e marchi rilevanti ai fini della riduzione della garanzia (allegato II.13)

Si tratta di un allegato che riassume in un unico elenco le certificazioni e i marchi, attualmente richiamati dal comma 7 dell'art. 93, d.lgs. n. 50/2016, il cui possesso – a norma del nuovo art. 106, comma 8 – consentirà agli operatori economici di fruire di un'ulteriore riduzione fino al 20% dell'importo della garanzia da produrre in sede di offerta, oltre a quelle previste dai precedenti periodi del medesimo comma 8.

Per effetto del rinvio che la norma del codice opera al presente allegato, cui è attribuita espressamente natura regolamentare, gli estensori hanno attuato una delegificazione dell'individuazione delle certificazioni e dei marchi in questione.

31.29. Direzione lavori e dell'esecuzione. Svolgimento attività fase esecutiva. Collaudo e verifica di conformità (allegato II.14)

L'allegato II.14 assume come base il d.m. 7 marzo 2018, n. 49, adottato in attuazione dell'art. 111 del d.lgs. n. 50/2016. Il contenuto di questo provvedimento è ampliato con ulteriori disposizioni intese a colmare le lacune di disciplina, evidenti nel codice vigente e in parte colmate con disposizioni di rango primario inserite nel nuovo codice, a proposito di istituti fondamentali della fase di esecuzione dell'appalto, quali la consegna dei lavori, le varianti in corso d'opera, la sospensione dei lavori, le riserve, il recesso e la risoluzione del contratto d'appalto, il collaudo.

L'ulteriore disciplina in questione è stata elaborata tenendo conto dei regolamenti previgenti (in particolare, del d.P.R. n. 207/2010), nonché, in parte, delle soluzioni elaborate durante i lavori per la predisposizione del regolamento unico a suo tempo previsto dall'art. 216, comma 27-*octies*, del d.lgs. n. 50/2016 (come introdotto dal d.l. n. 32/2019), il quale avrebbe dovuto occuparsi – per l'appunto – anche della fase di esecuzione dell'appalto, colmando le lacune riscontrate nella disciplina del codice del 2016.

L'allegato viene completato da una apposita Sezione II, in cui è contenuta la disciplina della direzione dell'esecuzione per gli appalti di servizi e forniture, costruita in parte mediante rinvio a quella degli appalti di lavori contenuta nella precedente Sezione I e in parte con l'introduzione di disposizioni specifiche, e la disciplina della verifica di conformità che in questi casi tiene luogo del collaudo.

Per queste parti le norme attuative contenute nel presente allegato prendono atto – adeguandovisi – delle principali innovazioni che la disciplina del codice ha apportato alla normativa primaria in materia (per esempio con riguardo alla soppressione dell'istituto del collaudo in corso d'opera, nonché all'ampliamento dei casi in cui il certificato di collaudo può essere sostituito dal certificato di regolare esecuzione).

31.30. Criteri per la determinazione costi per accertamenti di laboratorio e verifiche tecniche (allegato II.15)

L'allegato riproduce integralmente il contenuto del d.m. 1° luglio 2022, emanato in attuazione del comma 1-*bis* dell'art. 111 del d.lgs. n. 50/2016, introdotto dal correttivo del 2017.

Le indicazioni sui costi, già contenute nell'allegato A al predetto d.m. 1° luglio 2022, sono state trasfuse nell'art. 4 del presente allegato.

31.31. Informazioni a livello europeo relative alla modifica di contratti in corso di esecuzione (allegato II.16)

Il presente allegato, relativo alle informazioni da pubblicare a livello europeo in caso di modifiche di contratti d'appalto in corso di esecuzione (nei casi in cui ciò è consentito), riproduce integralmente e senza variazioni la lettera E della Parte I dell'allegato XIV al vigente d.lgs. n. 50/2016.

31.32. Servizi sostitutivi di mensa (allegato II.17)

Questo allegato riproduce la disciplina integralmente regolamentare, in tema di servizi sostitutivi di mensa mediante c.d. buoni pasto, già contenuta nel d.m. 7 giugno 2017, n. 122, attuativo dell'art. 144 del vigente d.lgs. n. 50/2016, decreto che viene pertanto abrogato (cfr. art. 227).

31.33. Qualificazione dei soggetti, progettazione e collaudo nel settore dei beni culturali (allegato II.18)

L'allegato è stato predisposto avendo come riferimento il vigente d.m. 22 agosto 2017, n. 154, recante la disciplina attuativa del codice del 2016 in materia di lavori su beni culturali, con i necessari adeguamenti conseguenti alla necessità di raccordare la disciplina attuativa con la nuova disciplina come articolata dal codice emanando e soprattutto con le parti maggiormente innovative di essa (in particolare, in tema di progettazione).

31.34. Servizi di ricerca e sviluppo (allegato II.19)

Questo allegato riproduce l'elencazione dei servizi di ricerca e sviluppo, in precedenza elencati, ovvero indicati con richiamo alla comunicazione della Commissione europea COM 799 (2007) del 14 dicembre 2007, dall'art. 158 del d.lgs. n. 50/2016.

31.35. Appalti e procedure nel settore difesa e sicurezza (allegato II.20)

L'allegato (fortemente modificato in fase di approvazione definitiva del codice con la soppressione dell'art. 1) innova e semplifica la normativa specifica sulle procedure di affidamento in materia di difesa e sicurezza, ancora ad oggi disciplinata dal d.P.R. n. 263/2012 (che viene sostituito dal presente allegato, venendo quindi abrogato dall'art. 227), limitando al massimo le deroghe alla disciplina ordinaria, con particolare riferimento ai contratti misti di cui all'art. 137 del codice.

31.36. Informazioni da inserire nei bandi di concessione di cui all'art. 182 (allegato IV.1)

Questo allegato riproduce integralmente l'allegato XXI al codice vigente, a sua volta riprodotto dell'allegato V alla direttiva 2014/23/UE.

31.37. Compensi degli arbitri (allegato V.1)

L'allegato riproduce parte degli artt. 209 (i commi da 16 alla fine) e 210 (i commi da 8 alla fine) del vigente d.lgs. n. 50/2016, in tema rispettivamente di tenuta dell'Albo degli arbitri e dei periti da parte della Camera arbitrale e di compensi degli arbitri.

31.38. Collegio consultivo tecnico (allegato V.2)

Il contenuto di questo allegato viene definito da una collazione di alcune disposizioni contenute nell'art. 6 del d.l. n. 76/2020, delegificate e sintetizzate, e di altre trasfuse dalle linee guida del Consiglio superiore dei lavori pubblici adottate in attuazione del comma 8-*bis* del predetto art. 6, recepite con d.m. 17 gennaio 2022, in tema di modalità di costituzione e funzionamento del Collegio consultivo tecnico, requisiti dei suoi componenti e criteri di determinazione dei compensi loro spettanti.

Da rammentare che una delle novità in tema di Collegio consultivo tecnico (artt. 215-219 che si applicano dal 1° aprile 2023, entrata in vigore del codice) è che risulta obbligatorio non solo per lavori di importo pari o superiore alla soglia europea, ma anche per servizi/forniture di importo pari o superiore al milione di euro.

31.39. Cabina di regia (allegato V.3)

L'allegato disciplina la composizione e il funzionamento della Cabina di regia prevista dall'art. 221 del codice, realizzando, rispetto alle previsioni del vigente d.P.C.M. 10 agosto 2016 (emanato in attuazione dell'art. 212, comma 5, del d.lgs. n. 50/2016), un significativo snellimento quantitativo dei componenti la detta Cabina e per una maggior semplificazione delle sue modalità di riunione e deliberazione.

GLI APPALTI PUBBLICI DOPO IL NUOVO CODICE

Primo commento
al D.Lgs. 31 marzo 2023, n. 36

Aprile 2023 - Codice 88.916.6427.3
F.to 17x24 - Pag. 950 - € 94.00

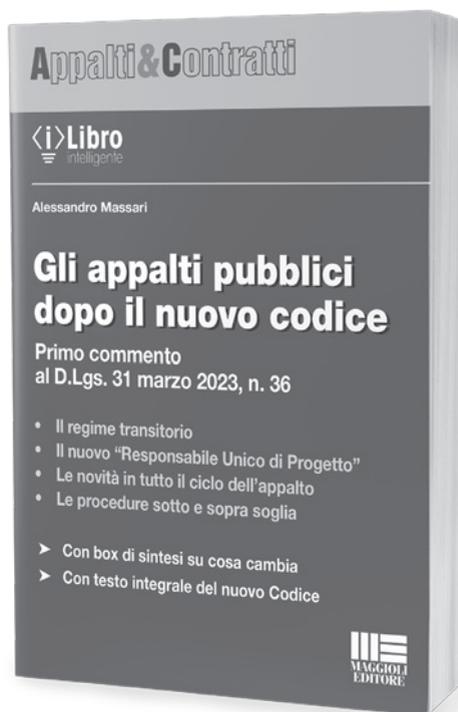
Con il D.Lgs. 31 marzo 2023, n. 36 è stato approvato il nuovo Codice dei contratti pubblici, emanato in attuazione della Legge delega n. 78/2022. Significative e profonde sono le innovazioni e le discontinuità rispetto al D.Lgs. n. 50/2016.

L'esigenza prioritaria di valorizzare gli appalti pubblici come leva strategica per la ripresa dell'economia, il rilancio degli investimenti e l'attuazione del PNRR hanno condotto il legislatore ad un radicale mutamento di prospettiva nella regolazione della materia, orientandola verso i nuovi principi del "risultato", della "fiducia" e dell'"accesso al mercato".

Il drammatico contesto economico-sociale, indotto prima dalla lunga pandemia e ulteriormente aggravato dal conflitto russo-ucraino, e la ineludibile necessità di garantire un'efficace e tempestiva ripresa, hanno anche richiesto la conversione di molte delle recenti misure emergenziali e transitorie in norme a "regime ordinario" (procedure di affidamento, tempi di espletamento dei procedimenti di aggiudicazione, rinegoziazione e revisione prezzi, soglie degli affidamenti diretti e procedure semplificate, ecc.).

Il nuovo Codice si presenta come il primo testo unico "autoapplicativo", essendo già incorporata nei suoi allegati la normativa di dettaglio di natura regolamentare.

Il volume si propone come una guida operativa, per un primo sicuro orientamento nella complessa e articolata disciplina del nuovo Codice, privilegiando una descrizione chiara, un linguaggio semplice e un approccio sistematico.



iLibro

L'acquisto dell'opera include l'accesso alla versione digitale iLibro, che permette: • la consultazione online; • l'utilizzo del motore di ricerca per parola e concetti all'interno del volume; • il collegamento diretto alla normativa (sempre aggiornata e in multivigenza), alla prassi e alla giurisprudenza citate nel testo.



AGGIORNAMENTI NORMATIVI

> D.Lgs. 31 marzo 2023, n. 36



ALESSANDRO MASSARI

Avvocato specializzato in contrattualistica pubblica, direttore del mensile "Appalti&Contratti" e della rivista internet appaltiecontratti.it.

SERVIZIO CLIENTI Tel +39 0541 628200 - clienti.editore@maggioli.it

**MAGGIOLI
EDITORE**

IL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI E LA DISCIPLINA VIGENTE NEL PERIODO TRANSITORIO

- **Il D.Lgs. 31 marzo 2023, n. 36**
con i rinvii al codice 2016
- **Il D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 e s.m.i.**
con la disciplina attuativa, complementare e transitoria
- **La normativa speciale PNRR**



Contiene codici QR per l'immediata visualizzazione delle disposizioni correlate

Aprile 2023 - Codice 88.916.6426.6
F.to 21x29,7 - Pag. 858 - € 98.00

Il volume raccoglie il testo del nuovo Codice dei contratti pubblici (D.Lgs. 31 marzo 2023, n. 36) insieme alle norme cogenti del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 e s.m.i., in vigore nel periodo transitorio.

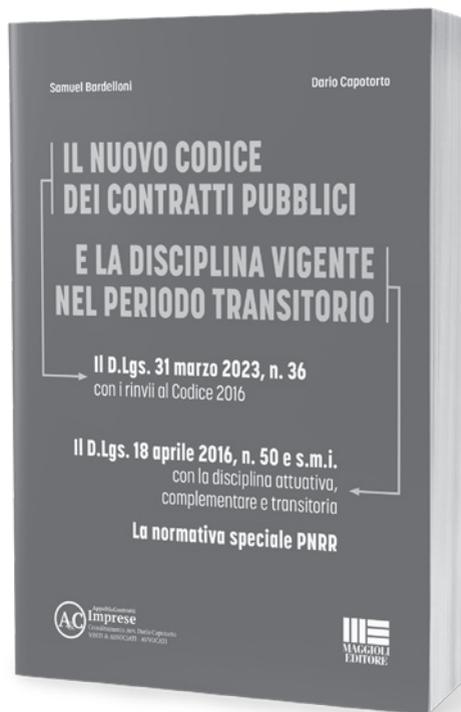
Il testo del nuovo Codice, completo dei relativi allegati attuativi, è integrato dagli indispensabili richiami alle corrispondenti norme del D.Lgs. n. 50/2016, mentre il testo di quest'ultimo Codice è arricchito da numerose note illustrative della relativa disciplina attuativa, complementare e transitoria, ivi incluse le disposizioni emergenziali.

Tale disciplina transitoria è stata evidenziata in nota con colori differenti, in modo tale da garantire il rapido orientamento del lettore nella ricerca degli istituti rilevanti.

Il volume è integrato da numerosi codici QR che permettono la visualizzazione su smartphone o tablet della documentazione più significativa richiamata nelle annotazioni a piè di pagina, ivi compresi i decreti ministeriali attuativi e le linee guida dell'ANAC ancora vigenti.

In appendice sono infine riportate:

- I) le disposizioni più significative in materia di affidamento ed esecuzione dei contratti pubblici del PNRR e del PNC (aggiornate al D.L. 24 febbraio 2023, n. 13, c.d. decreto PNRR 3);
- II) le disposizioni di cui all'art. 1, commi da 369 a 379, della L. 29 dicembre 2022, n. 197 (c.d. legge di bilancio 2023) attinenti al Fondo per l'avvio di opere indifferibili di cui all'art. 26, comma 7, del D.L. 17 maggio 2022, n. 50 (c.d. decreto aiuti);
- III) tavola delle corrispondenze normative.



AGGIORNAMENTI NORMATIVI

- > **Il D.Lgs. 28.03.2023, con i rinvii al codice 2016**



SAMUEL BARDELLONI

Avvocato amministrativista presso lo studio Vinti & Associati - Avvocati. Docente in numerosi master universitari e corsi di formazione sul public procurement. Consulente esperto nella materia della contrattualistica pubblica presso società ed enti pubblici. Autore di diversi saggi e monografie in tema di contrattualistica pubblica, regolazione e concorrenza. Partner presso lo studio Vinti & Associati.

DARIO CAPOTORTO

Avvocato, Professore Associato Abilitato in Diritto Amministrativo (ASN 2021/2023). Docente a contratto di Diritto degli Appalti Pubblici presso il Dipartimento di Economia dell'Università "La Sapienza" di Roma. Autore di diversi saggi e monografie in tema di contrattualistica pubblica, regolazione e concorrenza. Partner presso lo studio Vinti & Associati.

SERVIZIO CLIENTI Tel +39 0541 628200 - clienti.editore@maggioli.it

**MAGGIOLI
EDITORE**

Il volume ha lo scopo di fornire dei focus specifici sulle più rilevanti modifiche introdotte dal nuovo Codice dei contratti pubblici (D.Lgs. 31 marzo 2023, n. 36), entrato in vigore il 1° aprile 2023 ed efficace, pur se non integralmente, dal 1° luglio 2023.

La trattazione è stata pensata, e sviluppata, in modo differente rispetto alla classica manualistica; si sono infatti voluti evitare gli appesantimenti dottrinali, limitando al massimo i richiami normativi e riportando solamente quelli indispensabili per meglio inquadrare le principali novità rispetto al precedente Codice degli appalti (D.Lgs. 50/2016).

In particolare, l'Autore illustra i nuovi principi del "risultato", della "fiducia" e dell'"accesso al mercato", la valorizzazione della semplificazione, dell'accelerazione e della digitalizzazione, la nuova figura del RUP (che da Responsabile Unico del Procedimento assume il ruolo di Responsabile Unico di Progetto), per poi ripercorrere tutte le innovazioni seguendo lo sviluppo della procedura di gara, dalla progettazione/programmazione all'esecuzione del contratto.

Il taglio della pubblicazione, che si articola attraverso brevi approfondimenti degli istituti e un apparato di essenziali considerazioni pratico-operative, rende il volume adatto non solo a chi si occupa di appalti nella pubblica amministrazione e negli uffici gare delle imprese, ma anche a chi intendesse approfondire la conoscenza in vista di esami e/o concorsi per il pubblico impiego.



L'AUTORE

Stefano Usai

Vice segretario, responsabile dei servizi: Staff e direzione; Gestione delle risorse finanziarie e umane. Responsabile per la trasparenza ai sensi del D.Lgs. 33/2013 e dell'accesso civico; funzionario sostituito ai sensi dell'art. 2 della legge 241/1990. Formatore in materia di appalti e attività degli Enti locali in genere, autore di articoli e di numerose pubblicazioni in materia.



L'acquisto dell'opera include l'accesso alla versione digitale iLibro, che permette: • la consultazione online; • l'utilizzo del motore di ricerca per parola e concetti all'interno del volume; • il collegamento diretto alla normativa (sempre aggiornata e in multivigenza), alla prassi e alla giurisprudenza citate nel testo.

Nella parte interna della copertina sono riportate le indicazioni per l'accesso a **tutti i contenuti online** inclusi nel volume.

LA COLLANA DI RIFERIMENTO PER PROFESSIONISTI

-  Diritto **Penale** e **Procedura Penale**
-  Diritto **Internazionale**
-  Diritto **Tributario**
-  Diritto **Amministrativo**
-  Diritto **del Lavoro**
-  Diritto **Civile** e **Procedura Civile**
-  Diritto di **Famiglia**

Consulta il nostro catalogo online su:
www.maggiolieditore.it

€ 26,00

978-88-916-6433-4



9 788891 664334