

Avv. Raffaele Balestrieri

MANUALE BREVE E CASI PRATICI IL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

Una guida per stazioni appaltanti ed operatori economici sul
D.Lgs. n. 36/2023



Diritto amministrativo ◀
Contratti pubblici ◀
Consulenza ◀

2024

Sommario

1. Introduzione	2
2. Il sistema di principi	5
3. Le fasi delle procedure di affidamento.....	14
4. L'accesso agli atti di gara	20
5. Appalti sottosoglia	24
6. Le procedure di somma urgenza	30
7. I Raggruppamenti temporanei di imprese (RTI).....	33
8. L'istituto dell'avvalimento.....	39
9. Il Subappalto.....	43
10. La Commissione giudicatrice	47
11. Il soccorso istruttorio.....	50
12. Offerte anomale e incongrue.....	54
13. I requisiti di ordine generale.....	58
14. I requisiti speciali di partecipazione	65
15. Il Partenariato Pubblico-Privato (PPP).....	69
16. Pareri ANAC di precontenzioso e poteri straordinari dell'Autorità.....	80

Il D.Lgs. 31 marzo 2023, n. 36

1. Introduzione

Il Decreto Legislativo 31 marzo 2023, n. 36 (d'ora innanzi "**Codice**"), contenente il "*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*", è stato pubblicato nella Gazzetta Ufficiale del 31 marzo 2023, n. 77, entrando in vigore dal successivo 1° aprile ma efficace solo dal 1° luglio 2023; va aggiunto che alcune sue disposizioni sono entrate in vigore solo a partire dal 1° gennaio 2024.

Il Codice si propone di semplificare la normativa preesistente (D.Lgs n. 50/2016), obiettivo che il Legislatore ha perseguito "*sfaltendo*" le precedenti disposizioni normative e rinviando, in alcuni casi, direttamente agli allegati delle Direttive europee di riferimento in materia; peraltro, ciò dovrebbe assicurare l'automatico adeguamento di tali disposizioni a quelle europee, nel caso di modifica di queste ultime.

Al momento non possibile fare una previsione sull'adeguatezza di un sistema semplificato di norme in materia di contratti pubblici rispetto al nostro ordinamento, è un fatto però che il Codice ha ridotto di 1/3 il volume del precedente D.Lgs. n. 50/2016.

Altro *leitmotiv* del Codice è "*l'autoesecutività*", intesa come completezza delle sue disposizioni, il Codice non rinvia a ulteriori provvedimenti attuativi. Questo obiettivo, come si legge dalla relazione illustrativa al Codice, è raggiunto attraverso i suoi allegati, "*legislativi in prima applicazione, regolamentari a regime*".

Si tratta di una novità sicuramente apprezzabile, che intende superare definitivamente i rinvii operati dalle precedenti disposizioni di legge in materia di contratti pubblici.

Rinvii che si traducevano in rimandi infiniti, in quanto le disposizioni da attuare, in alcuni casi, non hanno mai preso forma, in altri casi i rinvii determinavano la sopravvivenza di disposizioni normative che avrebbero dovuto essere state abrogate già da tempo.

Il Codice, pertanto, abbandona definitivamente il sistema di *soft law* (i.e. linee guida ANAC) introdotto dal D.Lgs. n. 50/2016, a favore di una centralizzazione delle fonti normative nel solo Codice e nei relativi allegati. Va ricordato che il Decreto Legge del 18 aprile 2019 n. 32 (c.d. “*Sblocca Cantieri*”) aveva già avviato tale processo, ciò attraverso il ritorno del “*Regolamento Unico di attuazione del Codice Appalti*” (mai attuato).

Un carattere di pregio del Codice sta nel passo significativo fatto verso la digitalizzazione dei procedimenti riguardanti i contratti pubblici. Il Codice promuove l'uso di tecnologie digitali per semplificare, velocizzare e rendere più trasparenti le procedure di gara. Questa enfasi sulla digitalizzazione si allinea con gli obiettivi più ampi dell'Unione Europea per modernizzare l'amministrazione e aumentare l'efficienza attraverso l'uso delle nuove tecnologie.

“Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti assicurano la digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti nel rispetto dei principi e delle disposizioni del codice dell'amministrazione digitale, di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, garantiscono l'esercizio dei diritti di cittadinanza digitale e operano secondo i principi di neutralità tecnologica, di trasparenza, nonché di protezione dei dati personali e di sicurezza informatica” (art. 19 del Codice – “*Principi e diritti digitali*”).

Il Codice, pertanto, obbliga l'uso di sistemi elettronici per tutte le fasi di programmazione, progettazione, pubblicazione, affidamento ed esecuzione di appalti e concessioni. I vantaggi derivanti dalla digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti pubblici consistono in una maggiore trasparenza delle procedure, in quanto le piattaforme digitali permettono di tracciare e documentare ogni fase del processo di gara, nonché nell'efficienza operativa derivante dall'automazione dei processi e dalla riduzione della necessità di interazioni fisiche e della documentazione cartacea.

Basti considerare che numerose piattaforme informatiche per la partecipazione a procedure di evidenza pubblica non consentono di finalizzare e inviare l'offerta di gara nel caso di mancato completamento e/o inserimento di informazioni e documenti richiesti per la stessa compilazione dei moduli informatici di offerta.

La conseguenza di ciò è la drastica riduzione delle occasioni di soccorso istruttorio, in quanto l'informatizzazione del procedimento di offerta impedisce nella gran parte dei casi di incorrere in omissioni, mancanze o incompletezze dell'offerta.

La semplificazione prodotta dalla digitalizzazione dei contratti pubblici ha effetti anche sull'attività dell'amministrazione, che risulta efficientata dall'utilizzo di moduli informatici standardizzati.

Come tutte le cose nuove la digitalizzazione introduce anche nuovi rischi, in particolare in materia di sicurezza informatica.

Un ciclo di vita dei contratti pubblici interamente digitalizzato aumenta il rischio di **attacchi informatici** (attacchi ransomware, phishing, e altre forme di intrusioni) che mirano a rubare dati sensibili o a compromettere **l'integrità del processo di gara**. A ciò si aggiunge la gestione di grandi quantità di dati sensibili che richiede robuste misure di protezione dei dati per prevenire perdite o abusi.

Insomma, il “dubbio”, quando tutto era “analogico”, sulla strada percorsa dalla busta di offerta una volta spedita fino all'armadio blindato dell'amministrazione aggiudicatrice non esiste più, tuttavia, come detto i rischi sono nuovi e molto più insidiosi.

È fondamentale, dunque, che la sicurezza informatica si erga a vero e proprio cardine delle procedure ad evidenza pubblica, assicurando la trasparenza (peraltro principio essenziale del Codice - § 2) e la leale concorrenza delle stesse.

Forse, sarebbe il caso, nella concreta applicazione dei principi di trasparenza, fiducia e imparzialità, di assicurare ai concorrenti, unitamente all'ostensione degli atti di gara, un resoconto degli accessi (e delle relative causali) alle piattaforme informatiche di affidamento, eseguiti da tutti i soggetti coinvolti in relazione ad ogni specifica procedura di gara.

Quanto alla “*semplificazione*” di cui il nuovo Codice si fa portatore, è sinonimo di maggiore possibilità di interpretazione e, dunque, di un'aumentata discrezionalità a favore della pubblica amministrazione - e non solo - nella formazione ed esecuzione delle procedure ad evidenza pubblica.

Evidenza di tale carattere è il sistema (corposo) di principi introdotto dal Codice (artt. 1 a 11), che per loro natura richiede un necessario bilanciamento e, dunque, discrezionalità di scelta.

Solo il tempo potrà dirci se la diversa impostazione di fondo della nuova disciplina in materia di contratti pubblici è (anche) idonea a contrastare la corruzione e la malamministrazione, e, quindi, a modificare la percezione generale delle stesse nel panorama delle procedure ad evidenza pubblica.

Gli estremi, infatti, ci insegnano come la semplificazione sia solo una illusione mentre l'eccesso di legificazione un possibile segno della corruzione.

2. Il sistema di principi

2.1 La volontà del Legislatore

Il Codice dedica le sue disposizioni iniziali, quasi a rimarcare l'importanza e la preminenza su quelle successive, a un sistema di principi, che nella prospettiva del Legislatore deve guidare l'amministrazione in ogni sua attività riguardante i contratti pubblici.

Si tratta di una scelta redazionale innovativa, rispetto alle precedenti versioni del codice dei contratti pubblici, che punta – dichiaratamente – a *“favorire una più ampia libertà di iniziativa e di auto-responsabilità delle stazioni appaltanti, valorizzandone autonomia e discrezionalità (amministrativa e tecnica)”*¹.

Ci si chiede se l'espansione, per come voluta dal Legislatore con il Codice, di principi già presenti nel settore dei contratti pubblici sia utile al buon andamento dell'affidamento delle procedure ad evidenza pubblica.

È evidente, infatti, che strumenti di questo tipo sono utili solo nelle mani di un'amministrazione capace di addomesticarli e non anche in quelle della malamministrazione, notoriamente incapace di avere auto iniziativa e responsabilità. Inoltre, tali strumenti richiedono capacità tecniche e quindi decisionali non sempre scontate in chi nell'amministrazione è chiamato ad assumere una scelta.

In tal senso, l'aumentata influenza dei principi regolatori delle procedure ad evidenza pubblica avrebbe dovuto seguire parallelamente un ripensamento della pubblica amministrazione, attraverso la previsione di strumenti atti ad assicurare la sua adeguatezza tecnica e giuridica di fronte a mutate esigenze.

Si pensi all'inadeguatezza di una parte della pubblica amministrazione rispetto alla progettualità richiesta per dare attuazione al PNRR.

Ritornando al quesito, e cioè se l'espansione di tali principi sia utile al buon andamento delle procedure ad evidenza pubblica, secondo il Legislatore la sua risposta sarebbe positiva, in quanto il loro potenziamento finalizzato a dare

¹ Schema definitivo di 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”* - Relazione agli articoli e agli allegati, Roma, 7 dicembre 2022, p. 11.

“garanzia della tutela di interessi che altrimenti non troverebbero adeguata sistemazione nelle singole disposizioni”².

A parere del Legislatore, infatti, nelle precedenti versioni del Codice i principi, pur presenti, subivano una compressione da parte delle stesse norme codicistiche, così erodendo la discrezionalità riservata all'amministrazione.

Va aggiunto che la scelta del Legislatore è resa nella consapevolezza del contrario parere, e quindi dell'ulteriore criticità, di chi vede nel potenziamento dei principi delle procedure ad evidenza pubblica lo spazio per un abuso degli stessi.

All'aumento della discrezionalità della pubblica amministrazione corrisponde un eccesso di potere interpretativo del Giudice amministrativo, che potrebbe determinare un minor livello di certezza del diritto e una non prevedibilità delle soluzioni giudiziali dei conflitti.

In sostanza la decisione di una stessa fattispecie controversa potrebbe variare a seconda del caso e cioè a seconda del criterio interpretativo scelto dello stesso principio o per contemperarne più di uno (o di cosa si vuole scegliere si direbbe, ad essere maliziosi).

I principi per quanto dettagliati e ordinati in maniera gerarchica, per quello che si dirà innanzi, si comporranno sempre di un *quid* di discrezionalità, sia amministrativa sia nell'ambito di un giudizio (che ora, come detto, è stata potenziata). Ciò in specie quando è necessario un loro bilanciamento e cioè nei rapporti tra principi.

In caso contrario non si tratterebbe di principi ma di norme.

La nuova direzione data dal Legislatore è quindi chiara, il loro posizionamento nel Codice e il fatto che ad essi è stato dedicato uno specifico titolo del Codice, sono un segno inequivocabile che non si tratta di mere disposizioni formali (“di principio” si potrebbe dire) ma di norme che contengono principi, che influenzeranno il settore dei contratti pubblici.

È evidente, dunque, che il potenziamento dei principi dell'evidenza pubblica voluto dal Legislatore avrà senz'altro delle ripercussioni pratiche e operative in fase di gara e nel successivo eventuale contenzioso innanzi ai Tribunali amministrativi, i cui effetti potranno evidenziarsi solo nei prossimi mesi.

² Schema definitivo di 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*” - Relazione agli articoli e agli allegati, Roma, 7 dicembre 2022, p. 11.

2.2 La struttura del Sistema

Ritornando alla struttura del “sistema”, essa è di tipo piramidale, composta da 11 articoli, ciascuno riferito a uno o più principi.

È piramidale in quanto l’art. 4 del Codice stabilisce che *“le disposizioni del codice si interpretano e si applicano in base ai principi di cui agli articoli 1, 2 e 3”*.

Pertanto, gli artt. da 1 a 3 del Codice risultano sovraordinati rispetto ai principi contenuti nelle disposizioni di cui ai successivi artt. da 5 a 11.

Ben potrebbero quindi questi ultimi risultare recessivi in fase applicativa rispetto ai primi.

Ciò posto, è fondamentale per gli operatori economici del settore imparare a conoscere e convivere con i *“principi generali”* di cui al titolo I del Codice, in quanto le stesse offerte presentate in fase di gara saranno giudicate sulla base di tali nuovi criteri “sovraordinati”, che pur non sostituendo quelli in senso stretto per l’affidamento, ne condizionano l’andamento.

In tal senso, le offerte, in particolare quelle che subiranno un vaglio discrezionale (nel caso di aggiudicazione con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa), dovrebbero essere ricalibrate tenendo ben presenti i principi di cui al titolo I del Codice e, dunque, predisposte in modo tale da stimolare l’attenzione delle commissioni giudicatrici su ciò che lo stesso Codice oggi chiama loro a dare attuazione.

Nel dettaglio, sulla cima della “piramide” troviamo il nuovo **“principio del risultato”** (art. 1), secondo cui *“le stazioni appaltanti e gli enti concedenti perseguono il risultato dell’affidamento del contratto e della sua esecuzione con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo, nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza. (...). Il principio del risultato costituisce attuazione, nel settore dei contratti pubblici, del principio del buon andamento e dei correlati principi di efficienza, efficacia ed economicità. Esso è perseguito nell’interesse della comunità e per il raggiungimento degli obiettivi dell’Unione europea. Il principio del risultato costituisce criterio prioritario per l’esercizio del potere discrezionale e per l’individuazione della regola del caso concreto (...)”*.

Il risultato è inteso quale vero e proprio fine dell’amministrazione, raggiunto attraverso la concorrenza e la trasparenza, che sono veri e propri mezzi e non fini dell’azione amministrativa.

Quest'ultima è incanalata verso la soddisfazione della collettività, ove ad ogni esercizio di potere pubblico corrisponde il raggiungimento di un interesse pubblico sotteso.

Il principio del risultato viene definito dal Legislatore come una evoluzione di quello del buon andamento, in tal senso l'evoluzione per come intesa fa sì che se il "risultato" è conveniente per l'amministrazione gli ulteriori corollari della succitata norma sono sacrificabili.

È interessante notare che nei lavori preparatori il principio ancillare della trasparenza viene dettagliato nel senso di principio *"funzionale alla massima semplicità e celerità nella corretta applicazione delle regole del codice e ne assicura la piena verificabilità"*, quest'ultima intesa come responsabilità per i risultati conseguiti³.

È altresì interessante notare che nei richiamati principi manca quello di imparzialità, storicamente collegato a quello del buon andamento dell'amministrazione.

La ragione di ciò va forse individuata nel fatto che tale ultimo principio è difficilmente bilanciabile con quello del risultato, infatti un'amministrazione che persegue un determinato fine non è necessariamente imparziale, pertanto, in questi termini, ha un senso anche la diversa funzione di mezzo e non anche di fine ora assunta dal principio di concorrenza.

Il principio del risultato presenta, dunque, delle criticità, è facile, infatti, prevedere un'amministrazione che facendo affidamento sull'assolutezza del risultato resista in giudizio, invocandone l'incondizionata applicazione (ricca di discrezionalità) per difendere eventuali illegittimità del procedimento.

Il principio del risultato rafforza, quindi, indubbiamente la supremazia della pubblica amministrazione.

L'art. 2 disciplina il "**principio della fiducia**", che *"(...) favorisce e valorizza 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"*.

Si tratta dunque di un corollario del principio di risultato, che riguarda essenzialmente l'amministrazione ma che viene qui riportato per sottolineare

³ Schema definitivo di 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"* - Relazione agli articoli e agli allegati, Roma, 7 dicembre 2022, p. 13.

come tale principio palesi quanto anticipato nei paragrafi che precedono e cioè: a) l'accentuata discrezionalità dell'amministrazione (su cui occorre avere fiducia); b) il carattere preminente del risultato, vera e propria sommità della "piramide".

In tal senso, e questo è rilevante anche per un operatore economico, il principio della fiducia (che nella relazione al codice è definita come "*non incondizionata*") si unisce a una serie di scudi previsti dal Codice a favore dei funzionari pubblici.

Ciò con l'obiettivo (meritevole) di arginare il disvalore della "*burocrazia difensiva*" e della "*paura della firma*" (malamministrazione in altri termini), va detto, tuttavia, che spesso tali fenomeni risiedono proprio nelle scelte discrezionali dell'amministrazione, proprio a causa della sua incapacità di scegliere.

A un'aumentata discrezionalità, prevista dal Codice, potrebbe quindi corrispondere un'aumentata malamministrazione, ciò nonostante i rimedi previsti dal Codice (artt. 1, 2 e 5).

*"L'innovazione è vista come novità pericolosa che, in linea di massima, va sempre evitata per rifugiarsi in comode prassi in altrettanto comodi precedenti, e ciò a prescindere dal loro effettivo valore e effetto. Il fenomeno appare tanto più evidente per quella parte dell'amministrazione che ha un livello di preparazione minore"*⁴.

Il "*loro effettivo valore e effetto*" è sinonimo di "*risultato*", non facilmente raggiunto da chi ha paura di scegliere.

A un'aumentata discrezionalità dovrebbe quindi corrispondere un'aumentata preparazione dell'amministrazione.

L'art. 3 riguarda il "**principio dell'accesso al mercato**", secondo cui "*le stazioni appaltanti e gli enti concedenti favoriscono, secondo le modalità indicate dal codice, l'accesso al mercato degli operatori economici nel rispetto dei principi di concorrenza, di imparzialità, di non discriminazione, di pubblicità e trasparenza, di proporzionalità*".

Secondo i lavori preparatori e la relazione al Codice "*il principio in questione risponde all'esigenza di garantire la conservazione e l'implementazione di un mercato concorrenziale, idoneo ad assicurare agli operatori economici pari opportunità di partecipazione e, quindi, di accesso alle procedure ad evidenza pubblica destinate all'affidamento di contratti pubblici*", anch'esso è inteso in termini di risultato.

⁴ Pinto F., *Il mito della corruzione*, Aracne, Roma, giugno 2018, pag. 36.

Quanto ai principi subordinati (artt. da 5 a 11) vanno richiamati i principi “**di buona fede e di tutela dell’affidamento**” (art. 5), “**di conservazione dell’equilibrio contrattuale**” (art. 9), “**di tassatività delle cause di esclusione e di massima partecipazione**” (art. 10) e “**di applicazione dei contratti collettivi nazionali di settore. Inadempienze contributive e ritardo nei pagamenti**” (art. 11).

L’art. 5 (“**principio di buona fede e di tutela dell’affidamento**”) introduce un principio di colpa in capo all’aggiudicatario illegittimo, il quale è corresponsabile con l’amministrazione aggiudicatrice quando, accertato il danno, l’aggiudicazione illegittima non revocata sia stata conseguita attraverso un comportamento illecito.

Va aggiunto che la norma in parola svolge anche una primaria funzione di salvaguardia dell’operato dell’amministrazione, infatti essa stabilisce che “*in caso di aggiudicazione annullata su ricorso di terzi o in autotutela, l’affidamento non si considera incolpevole se l’illegittimità è agevolmente rilevabile in base alla diligenza professionale richiesta ai concorrenti. Nei casi in cui non spetta l’aggiudicazione, il danno da lesione dell’affidamento è limitato ai pregiudizi economici effettivamente subiti e provati, derivanti dall’interferenza del comportamento scorretto sulle scelte contrattuali dell’operatore economico*”, che tradotto in termini pratici, significa che chi nei confronti e a svantaggio sia stata annullata l’aggiudicazione o la gara non potrà più invocare facilmente la tutela risarcitoria in suo favore e in danno dell’amministrazione.

Un esonero della responsabilità di quest’ultima, a cui potrà essere richiesto in sede risarcitoria il solo danno “*economico effettivamente subito e provato*”.

L’art. 9 introduce il nuovo “**principio di conservazione dell’equilibrio contrattuale**”, lo scopo della norma in parola è quello di assicurare la stabilità del contratto e, dunque, i suoi livelli economici, così da mantenere nel tempo prestazioni di qualità, non esposte al rischio di una dequalificazione, ciò nella misura in cui la qualità delle stesse è sottesa all’interesse pubblico che ha determinato l’esistenza della commessa e il suo affidamento.

Il principio in esame è la cristallizzazione normativa di numerose pronunce in materia di revisione dei prezzi contrattuali in fase di esecuzione. Una maggior tutela per l’operatore economico che si pone nel solco della nuova disciplina in materia di revisione dei prezzi (art. 60 del Codice), su cui si ritornerà innanzi.

Nel dettaglio, l’art. 9 stabilisce che “*se sopravvengono circostanze straordinarie e imprevedibili, estranee alla normale alea, all’ordinaria fluttuazione economica e al rischio di mercato e tali da alterare in maniera rilevante l’equilibrio originario del contratto, la parte svantaggiata, che non abbia volontariamente assunto il*

relativo rischio, ha diritto alla rinegoziazione secondo buona fede delle condizioni contrattuali. Gli oneri per la rinegoziazione sono riconosciuti all'esecutore a valere sulle somme a disposizione indicate nel quadro economico dell'intervento, alle voci imprevisti e accantonamenti e, se necessario, anche utilizzando le economie da ribasso d'asta".

La tutela prevista non è quindi scontata, non ogni oscillazione, infatti, giustifica la conservazione dell'equilibrio contrattuale, ove l'appaltatore assume il noto rischio d'impresa.

La norma, infatti, precisa alcuni suoi limiti applicativi: 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.

Verrebbe da dire, nulla di nuovo, insomma, rispetto alle decisioni assunte in anni di giurisprudenza.

Prima come oggi l'aumento del costo del personale, dell'energia o di altri fattori produttivi, non determineranno l'aggiustamento dei prezzi formulati in sede di offerta.

Il ***"principio di tassatività delle cause di esclusione e di massima partecipazione"*** (art. 10) è la definizione normativa di un insieme di principi di derivazione giurisprudenziale.

La norma stabilisce che *"i contratti pubblici non sono affidati agli operatori economici nei confronti dei quali sia stata accertata la sussistenza di cause di esclusione espressamente definite dal codice. Le cause di esclusione di cui agli articoli 94 e 95 sono tassative e integrano di diritto i bandi e le lettere di invito; le clausole che prevedono cause ulteriori di esclusione sono nulle e si considerano non apposte"*.

Il Legislatore con l'obiettivo di assicurare l'uniformità del diritto, ha sancito il divieto di introdurre cause di esclusione con fonte regolamentare o con la *lex specialis* del bando di gara.

Al contempo è prevista la nullità di ogni clausola della legge di gara che introduca motivi di esclusioni ulteriori a quelli definiti dal Codice.

L'art. 11 introduce il ***"principio di applicazione dei contratti collettivi nazionali di settore. Inadempienze contributive e ritardo nei pagamenti"***.

Il principio in esame introduce un nuovo paradigma per la scelta del CCNL applicabile alla specifica procedura ad evidenza pubblica presa di volta in volta in considerazione.

Non viene più in rilievo l'attività (prevalente) svolta dall'appaltatore (ai sensi dell'art. 2070 c.c.) bensì quella oggetto di gara e, dunque, le prestazioni da svolgere nel concreto.

La finalità che si può individuare in tale scelta è duplice e cioè quella di garantire uniformità delle condizioni economiche di partenza tra le imprese partecipanti all'affidamento dell'appalto e quella di assicurare al lavoratore le migliori tutele normative ed economiche sulla base delle prestazioni da eseguire.

È, dunque, stabilito che *“nei bandi e negli inviti le stazioni appaltanti e gli enti concedenti indicano il contratto collettivo applicabile al personale dipendente impiegato nell'appalto”* e che *“al personale impiegato (...) è applicato il contratto collettivo nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni di lavoro, **stipulato dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative** sul piano nazionale e quello il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto o della concessione svolta dall'impresa anche in maniera prevalente”*.

La norma presuppone una scelta di programmazione dell'appalto ben precisa da parte dell'amministrazione, in quanto il CCNL di riferimento è indicato sulla base delle prestazioni da eseguire predeterminate dall'ente.

Residua uno spazio di manovra per l'imprenditore, che potrà indicare un CCNL da applicare differente ma che dovrà ineludibilmente offrire le stesse garanzie di quello indicato nella legge di gara⁵.

In tal senso, va precisato che l'appaltatore scegliendo l'applicazione di un diverso CCNL accetta anche il rischio di un'eventuale esclusione dalla procedura, qualora il contratto prescelto venga considerato inadeguato dall'amministrazione in sede di verifica dell'offerta (v. § 14.2).

Per quanto anticipato l'art. 11 introduce un nuovo adempimento in fase di gara, rivolto all'amministrazione, che dovrà acquisire una dichiarazione dell'appaltatore contenente l'impegno ad applicare il CCNL predeterminato, e

⁵ Proprio per questo motivo *“l'applicazione di un determinato contratto collettivo non può essere imposta dalla lex specialis di gara alle imprese concorrenti quale requisito di partecipazione né l'applicazione di un determinato contratto collettivo anziché di un altro può essere a priori sanzionata dalla stazione appaltante con l'esclusione, determinando, in sé, l'inammissibilità dell'offerta”* (Consiglio di Stato, Sez. V, 18 dicembre 2023, n. 10886).

all'operatore economico, che dovrà rendere la dichiarazione in parola o, in alternativa, quella di equivalenza del diverso CCNL scelto.

3. Le fasi delle procedure di affidamento

Il Titolo II del Codice si concentra su aspetti di natura prettamente procedimentale degli affidamenti pubblici.

Tra le disposizioni del Titolo in parola, gli artt. 17 e 18 tentano di ordinare in una maniera precettiva inequivocabile la durata delle procedure ad evidenza pubblica, facendo, peraltro, espresso richiamo all'Allegato I.3 del Codice (*“termini delle procedure di appalto e di concessione”*).

La novità rispetto alla precedente regolamentazione sta nel fatto che il Codice cerca di individuare in poche e organiche disposizioni i termini che regolano le procedure di affidamento nonché le conseguenze del loro inadempimento.

Conoscere i tempi che regolano gli affidamenti pubblici è fondamentale per gli operatori economici, in quanto il loro rispetto o il loro decorso spesso condiziona talune scelte imprenditoriali (si pensi ai casi in cui l'amministrazione risulti inadempiente nella finalizzazione di un affidamento per poi procedere alla sua revoca o quando questioni di natura economica rendono la continuazione della gara e, dunque, l'eventuale aggiudicazione del tutto svantaggiosa per l'operatore economico).

3.1 La durata complessiva

Nel dettaglio, il Codice, attraverso il predetto allegato, definisce innanzitutto la durata complessiva che una procedura di evidenza pubblica deve rispettare, lo fa distinguendo il criterio di aggiudicazione e la tipologia di procedura prescelta dall'amministrazione:

- **Offerta economicamente più vantaggiosa**

- a) procedura aperta: nove mesi;
- b) procedura ristretta: dieci mesi;
- c) procedura competitiva con negoziazione: sette mesi;
- d) procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara: quattro mesi;
- e) dialogo competitivo: sette mesi;
- f) partenariato per l'innovazione: nove mesi.

- **Criterio del minor prezzo**

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.

I termini in parola decorrono⁶ dalla pubblicazione del bando di gara o dall'invio degli inviti a offrire, fino all'aggiudicazione alla miglior offerta. Essi non possono essere **sospesi** *“neanche in pendenza di contenzioso”*.

Tale ultima disposizione ha degli ovvi stemperamenti, in quanto i termini sono sospesi nel caso in cui, per effetto del ricorso e della relativa domanda cautelare, intervenga un provvedimento di sospensione del T.A.R.

Il comma 10, art. 17, del Codice, precisa che *“la pendenza di un contenzioso non può mai giustificare la sospensione della procedura o dell'aggiudicazione, salvi i poteri cautelari del giudice amministrativo e quelli di autotutela della stazione appaltante o dell'ente concedente”*.

Va aggiunto che i suindicati termini possono essere **prorogati** per il massimo di **1 mese** nel caso di verifica dell'anomalia dell'offerta e, con provvedimento motivato del RUP, di **3 mesi** nel caso di *“situazioni imprevedibili di oggettiva difficoltà”*.

Il **mancato rispetto** dei termini di esecuzione rileva quale silenzio inadempimento dell'amministrazione e, nel caso di contenzioso, ai fini della verifica del rispetto del dovere di buona fede tra l'amministrazione e l'operatore economico offerente (si veda in tal senso quanto detto nel paragrafo 2.2).

L'offerta presentata per l'aggiudicazione ha una **durata** prefissata all'interno della legge di gara, in mancanza essa è assegnata *ex lege* dal Codice, che la fissa

⁶ Quanto alla decorrenza dei termini va fatta una fondamentale precisazione, il Codice, infatti, stabilisce, condizionando l'**efficacia legale** dei bandi e degli avvisi, che *“gli effetti giuridici degli atti oggetto di pubblicazione decorrono dalla data di pubblicazione nella Banca dati nazionale dei contratti pubblici”*. L'ANAC, con comunicato del 15 gennaio 2024, ha precisato che dal 1° gennaio 2024 l'Autorità diventa e-sender nazionale, ossia l'unico soggetto deputato a trasmettere bandi e avvisi all'Ufficio delle pubblicazioni dell'UE e che per la pubblicità in ambito nazionale, la Piattaforma per la pubblicità legale (BDNCP) sostituisce la G.U.R.I. Di conseguenza, bandi e avvisi relativi a procedure avviate **dopo il 1° gennaio 2024** sono pubblicati sulla Piattaforma per la pubblicità legale e i **relativi effetti giuridici decorrono dalla data di pubblicazione su quest'ultima**. Va aggiunto, che questa modifica determina il taglio **dei costi di pubblicazione**, in precedenza assunti dall'aggiudicatario.

in **180 giorni** dalla scadenza del termine per la sua presentazione (comma 4). L'amministrazione può chiedere ai concorrenti con provvedimento motivato, di estendere la durata di validità dell'offerta.

Inoltre, è precisato che l'aggiudicazione non equivale ad accettazione dell'offerta e che essa è irrevocabile fino al termine stabilito per la stipulazione del contratto.

Sembrerebbe, dunque, che il termine di validità dell'offerta per effetto dell'assunzione del provvedimento di aggiudicazione sia automaticamente esteso (in quanto irrevocabile) fino a quello previsto per la stipula del contratto.

3.2 Le singole procedure e i loro termini

Gli artt. da 71 a 76 del Codice disciplinano le specifiche procedure che l'amministrazione può attuare per affidare i contratti pubblici.

Ciascuno degli articoli in parola stabilisce i **termini minimi per la ricezione delle offerte**, che l'amministrazione dovrà indicare all'interno della legge di gara.

Soffermandoci esclusivamente sulle procedure più diffuse (aperta – art. 71 e ristretta – art. 72), il termine minimo previsto dal Codice per la ricezione delle offerte è di **30 giorni**, che può essere ridotto a **15 giorni** nel caso delle procedure aperte, qualora ricorrano ragioni di urgenza debitamente motivate dall'amministrazione o qualora l'ente abbia pubblicato un avviso di pre-informazione nel rispetto del comma 4, art. 71.

Nel caso delle procedure ristrette il suddetto termine di **30 giorni** può essere ridotto a **10**, qualora l'ente abbia pubblicato un avviso di pre-informazione nel rispetto del comma 4, art. 72.

Quelli appena indicati, come anticipato, sono i termini minimi, previsti dal Codice al fine di assicurare all'operatore economico la consapevolezza e il tempo necessario alla predisposizione della sua offerta.

Essi, tuttavia, possono essere estesi dall'amministrazione, pertanto sono modificabili ai sensi dell'art. 92 del Codice, secondo cui *“le stazioni appaltanti, fermi quelli minimi di cui agli articoli 71, 72, 73, 74, 75 e 76, fissano termini per la presentazione delle domande di partecipazione e delle offerte adeguati alla complessità dell'appalto e al tempo necessario alla preparazione delle offerte, tenendo conto del tempo necessario alla visita dei luoghi, ove indispensabile alla formulazione dell'offerta, e di quello per la consultazione sul posto dei documenti di gara e dei relativi allegati”*.

I termini in parola possono essere **prorogati** qualora un operatore economico interessato a partecipare alla procedura di aggiudicazione abbia richiesto in tempo utile informazioni supplementari significative ai fini della preparazione dell'offerta e, per qualsiasi motivo, le abbia ricevute meno di sei giorni prima del termine stabilito per la presentazione delle offerte, se sono apportate modifiche significative ai documenti di gara e/o nei casi di cui all'art. 25, comma 2, terzo periodo (i.e. malfunzionamento delle piattaforme di approvvigionamento digitale).

È fondamentale tenere in considerazione che **nel caso di proroga** da parte della stazione appaltante del termine di ricezione delle offerte, l'operatore economico che l'abbia già presentata può **ritirarla** ed eventualmente sostituirla (art. 92, comma 3).

Va, infine, evidenziato che l'art. 92, comma 4, del Codice introduce una clausola di chiusura, secondo cui **ogni adempimento cui è soggetto un operatore economico** nel corso della procedura di aggiudicazione, su richiesta dell'amministrazione, per il quale **non sia previsto ex lege** un termine specifico di esecuzione, deve essere compiuto nel termine di **10 giorni** (salvo che sia diversamente disposto dalla stessa stazione appaltante).

Non è precisato se tale termine sia perentorio od ordinatorio, utilizzando le coordinate giurisprudenziali formatesi in materia di termini di esecuzione e in riferimento al precedente codice, potrebbe affermarsi che la perentorietà sia collegata al tipo di adempimento richiesto all'operatore economico, pertanto da verificare caso per caso.

Considerando, invece, il registro del Codice, orientato all'efficienza, alla celerità e alla certezza delle procedure, potrebbe affermarsi che tale termine sia perentorio, in quanto finalizzato a garantire la rapida conclusione del procedimento di affidamento.

L'art. 90 stabilisce alcuni **termini residuali**, relativi agli adempimenti dell'Amministrazione nel corso dell'affidamento. Nel dettaglio, la Stazione appaltante nel termine di **5 giorni** dall'adozione deve provvedere alla comunicazione: a) della motivata decisione di non aggiudicare un appalto ovvero di non concludere un accordo quadro, o di riavviare la procedura o di non attuare un sistema dinamico di acquisizione, corredata di relativi motivi, a tutti i candidati o offerenti; b) dell'aggiudicazione all'aggiudicatario e a tutti i candidati e concorrenti che hanno presentato un'offerta ammessa in gara, a coloro la cui candidatura o offerta non siano state definitivamente escluse, nonché a coloro che hanno impugnato il bando o la lettera di invito; c) del provvedimento di

esclusione ai candidati e agli offerenti esclusi, ivi compresi i motivi di esclusione o della decisione di non equivalenza o conformità dell'offerta; d) della data di avvenuta stipulazione del contratto con l'aggiudicatario, ai soggetti di cui alla precedente lettera b).

I termini per la definizione delle **procedure sottosoglia** sono precisati nel successivo paragrafo 5.

3.3 La sottoscrizione del contratto

Il Codice designa il termine finale della conclusione della procedura di affidamento, e cioè l'aggiudicazione (*"efficace"*, comma 5, art. 17), rilevante ai fini del rispetto delle suddette durate complessive (§ 3.1), come momento iniziale a partire dal quale va considerato il diverso termine entro cui provvedere alla sottoscrizione del contratto d'appalto.

*"Divenuta efficace l'aggiudicazione ai sensi dell'articolo 17, comma 5 e fatto salvo l'esercizio dei poteri di autotutela, la stipula del contratto ha luogo entro i successivi **sessanta giorni** anche in pendenza di contenzioso"* (comma 2, art. 18).

Va aggiunto che il contratto non potrebbe comunque essere stipulato prima di **35 giorni** dall'invio dell'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione.

Tale ultimo termine non si applica quando vi sia un solo offerente, nel caso di appalti aggiudicati sulla base di un accordo quadro o di un sistema dinamico di acquisizione e nell'ambito degli affidamenti relativi a contratti di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea (art. 55).

Anche il suddetto termine di 60 giorni subisce delle deroghe quando si tratta affidamenti relativi a contratti di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea (ove è ridotto a 30 giorni, art. 55), l'amministrazione abbia prefissato un diverso termine nella legge di gara o quando la stessa abbia con provvedimento motivato e d'intesa con l'aggiudicatario determinato il suo differimento.

Il contratto non può essere stipulato quando sia stato proposto ricorso con istanza cautelare avverso il provvedimento di aggiudicazione. Tale condizione preclusiva opera fino alla decisione cautelare assunta dal T.A.R. o alla pubblicazione della sentenza, quando resa direttamente all'esito della camera di consiglio per la discussione dell'istanza di sospensione, proposta dal ricorrente.

Gli **effetti** derivanti dal **mancato rispetto dei suindicati termini** per la stipula del contratto d'appalto, dipendono dalla parte che lo ha causato. Infatti, qualora l'amministrazione ne abbia causato il superamento, l'aggiudicatario potrà

ricorrere avverso il silenzio inadempimento dell'ente o sciogliersi dal vincolo contrattuale, comunicando con un'apposita e formale istanza la sua intenzione. In tal caso, all'aggiudicatario non spetterà alcun indennizzo, se non il rimborso delle spese contrattuali.

Qualora, invece, sia l'operatore economico a causare la mancata stipula del contratto, l'amministrazione potrà revocare il provvedimento di aggiudicazione precedentemente disposto a suo favore.

In entrambi i casi il comportamento che abbia causato la mancata sottoscrizione del contratto, è valutabile ai fini della violazione del dovere di buona fede intercorrente fra le parti.

4. L'accesso agli atti di gara

Il livello di democrazia di uno stato è misurato attraverso diversi indici, tra questi è senz'altro di assoluto rilievo la trasparenza degli affidamenti pubblici e dei percorsi decisionali della pubblica amministrazione.

Il principio di trasparenza, disciplinato nel Codice dall'art. 20, è un baluardo dell'anticorruzione e assicura l'intellegibilità delle scelte dell'amministrazione, esso è un valore fondamentale dell'ordinamento di ampio respiro, in quanto riferito a diverse fasi e momenti delle procedure ad evidenza pubblica.

Il Codice cerca di potenziare tale principio, ancorandolo direttamente ai sistemi digitali previsti per l'esecuzione degli affidamenti pubblici, i quali dovranno essere utilizzati per la pubblicazione e consultazione degli atti relativi ai contratti pubblici.

Inoltre, il principio in parola è ora direttamente collegato anche alla disciplina in materia di accesso civico e generalizzato di cui al D.Lgs. n. 33/2013, consentendo, in tal modo, anche ai cittadini di avere consapevolezza delle scelte dell'amministrazione in relazione agli affidamenti pubblici.

Tale ultima disposizione (art. 20, comma 1) non è altro che il recepimento normativo dell'orientamento giurisprudenziale amministrativo prevalente in materia, la cui massima e univoca espressione è l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 10/2020.

È su questi presupposti che il Legislatore ha innovato la disciplina in materia di diritto di accesso agli atti degli operatori economici offerenti, che ha subito delle rilevanti modifiche sul piano sia sostanziale sia processuale, l'istituto è ora normato dagli artt. 35 e 36 del Codice.

Qui di seguito verranno elencate le novità essenziali della nuova disciplina, ciò con lo scopo di favorire una maggiore capacità interpretativa degli operatori economici:

- **Profili sostanziali:**

- Viene ribadito, in funzione rafforzativa, l'obbligo di assicurare l'accesso agli atti di gara in modalità digitali.

- È confermato il differimento del diritto di accesso agli atti fino all'aggiudicazione in relazione alle offerte, ai verbali, agli altri atti di gara e a quelli riferiti alla verifica dell'anomalia dell'offerta, nonché fino alla scadenza del termine per la rispettiva presentazione per quanto riguarda la lista degli offerenti nelle procedure aperte e all'elenco dei soggetti che hanno fatto richiesta di invito o che hanno manifestato il loro interesse o che sono stati invitati nelle procedure ristrette e negoziate e nelle gare informali.
- Il diritto di accesso è escluso *“in relazione alle informazioni fornite nell'ambito dell'offerta o a giustificazione della medesima che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali”*, va precisato che il comma 5, art. 35 del Codice, stabilisce che in relazione all'esclusione in parola *“è consentito l'accesso al concorrente, se indispensabile ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi giuridici rappresentati in relazione alla procedura di gara”*.
- È stabilito l'obbligo in capo all'amministrazione di mettere a disposizione dei concorrenti non definitivamente esclusi, contestualmente alla comunicazione dell'aggiudicazione, l'offerta dell'operatore economico risultato aggiudicatario, i verbali di gara e gli atti, i dati e le informazioni presupposti all'aggiudicazione.
- L'amministrazione assicura la visibilità reciproca dell'offerta e degli atti degli operatori economici posizionati ai primi 5 posti nella graduatoria finale di merito.
- Nella comunicazione dell'aggiudicazione l'amministrazione dà atto dell'eventuale oscuramento di parti dell'offerta degli operatori economici interessati.

- **Modifiche processuali:**

- Il Codice stabilisce, modificando l'art. 116 del D.Lgs. n. 104/2010 (Codice del processo amministrativo – rito in materia di accesso), che le decisioni sulle parti dell'offerta oscurate possono essere **impugnate** nel **termine di 10 giorni** dalla comunicazione dell'aggiudicazione (ricorso notificato e depositato) e che le parti intime possono costituirsi **entro dieci giorni** dal perfezionamento nei propri confronti della notifica del ricorso.
- Il ricorso è deciso in un rito ultra semplificato, che prevede la decisione in camera di consiglio con sentenza in forma semplificata, da pubblicarsi entro cinque giorni dall'udienza di discussione.
- Il rito appena descritto si applica anche ai giudizi di impugnazione.

- Il comma 5, art. 36 del Codice, stabilisce che qualora l'amministrazione non ritenga fondate le richieste di oscuramento dell'offerta formulate dall'appaltatore, l'ostensione delle relative parti è differita allo spirare del predetto termine per impugnare.

- Qualora l'appaltatore abbia formulato istanze di oscuramento della sua offerta, respinte più volte dall'amministrazione, quest'ultima può segnalare l'appaltatore all'ANAC ai fini dell'irrogazione della sanzione pecuniaria stabilita dall'art. 222, comma 9 del Codice, tale norma rimanda al comma 13, che prevede una sanzione che va da un minimo di 500 a un massimo di 5.000 euro (la sanzione è ridotta della metà se pagata entro 30 giorni).

Tirando le fila di quanto anticipato, l'istituto dell'accesso agli atti per come riscritto dal Codice risulta particolarmente innovato rispetto alle previgenti disposizioni in materia.

Può notarsi come il Legislatore abbia voluto, sempre nell'ottica della rapida definizione della procedura di affidamento, eliminare completamente la fase procedimentale conseguente all'eventuale richiesta di accesso dell'appaltatore.

Ora, infatti, l'eventuale richiesta di oscuramento dell'offerta si risolve attraverso la comunicazione del provvedimento di aggiudicazione mentre tutti gli atti di gara, eccetto quelli per cui sia stato confermato l'oscuramento, sono messi a disposizione di quasi tutti i concorrenti e, peraltro, in maniera automatica attraverso la piattaforma digitale di gara.

L'offerta dell'aggiudicatario e gli atti di gara sono messi a disposizione di tutti i concorrenti mentre quella dei primi 5 classificati è ostesa reciprocamente ai medesimi.

In sostanza, viene a mancare quel sub-procedimento consistente nella dialettica tra richiesta di accesso dell'operatore economico, che con apposita istanza doveva motivare il suo interesse, e provvedimento dell'amministrazione, che sentito il controinteressato avrebbe dovuto motivare specificamente concedendo o meno l'ostensione di tutti o alcuni degli atti di gara.

Il sub-procedimento in parola viene sostituito da una scelta fatta a monte dal Legislatore, secondo cui l'offerta dell'aggiudicatario è di pubblico interesse, perché con essa verranno spese le risorse pubbliche collegate al contratto pubblico di riferimento, pertanto essa nel rispetto del principio di trasparenza è messa a disposizione di tutti i concorrenti.

La scelta, che da un lato sacrifica la riservatezza dell'operatore economico aggiudicatario sotto il profilo dell'attività compiuta per confezionare la sua offerta, assicura la massima trasparenza delle procedure ad evidenza pubblica.

“Il quadro che emerge è, per l'appunto, quello della pubblicizzazione integrale della gara pubblica e l'eradicatione, si spera definitiva di tutto il contenzioso sviluppatosi negli ultimi anni sulla, spesso strumentale, difesa del c.d. know how industriale e commerciale” (T.A.R. Bari, Sez. II, 1° dicembre 2023, n. 1388).

La modifica è, dunque, di assoluto pregio ma a condizione che le amministrazioni non consentano un abuso della facoltà residuale rimessa all'appaltatore di richiedere l'oscuramento della propria offerta, al fine di aggirare la messa a disposizione della stessa (peraltro vanificando quanto efficacemente evidenziato dal TAR Puglia).

Invero, in questo caso il Codice mette a disposizione un rimedio, prevedendo una sanzione specifica nel caso di abuso della facoltà in parola. Tuttavia, va aggiunto che la criticità evidenziata si ripropone facilmente nel caso in cui l'amministrazione asseconi senza capacità critica le richieste di oscuramento degli appaltatori e, dunque, senza nemmeno applicare il sistema sanzionatorio predisposto dal Codice.

In conclusione, va detto che il nuovo procedimento di accesso agli atti e le disposizioni sul nuovo rito processuale in materia di accesso si pongono nel solco dell'intento generale del Legislatore di accelerare la chiusura delle procedure ad evidenza pubblica, assicurando una decisione rapida, che facilita il consolidamento dei risultati di gara.

5. Appalti sottosoglia

Si tratta dei noti contratti pubblici il cui valore, definito sulla base dei criteri stabiliti dall'art. 14 del Codice (e cioè sulla base dell'importo totale pagabile, comprensivo di eventuali opzioni o rinnovi, al netto di IVA), è inferiore alle soglie di rilevanza europea, che per comodità espositiva possono brevemente richiamarsi:

- a) € 5.382.000 per gli appalti pubblici di lavori e per le concessioni;
- b) € 140.000 per gli appalti pubblici di forniture, di servizi e per i concorsi pubblici di progettazione aggiudicati da autorità governative centrali;
- c) € 215.000 per gli appalti pubblici di forniture, di servizi e per i concorsi pubblici di progettazione aggiudicati da stazioni appaltanti sub-centrali;
- d) € 750.000 per gli appalti di servizi sociali e assimilati.

Quanto ai settori speciali, le soglie di rilevanza sono:

- a) € 5.382.000 per gli appalti di lavori;
- b) € 431.000 per gli appalti di forniture, di servizi e per i concorsi pubblici di progettazione;
- c) € 1.000.000 per i contratti di servizi, per i servizi sociali e assimilati.

Gli appalti sottosoglia, dunque quelli il cui valore è inferiore alle suddette soglie, sono regolati dai principi e dalle norme del Codice, queste ultime qualora non derogate, nonché dalle disposizioni specifiche previste dagli artt. 48 a 55 del Codice.

L'affidamento dei contratti in parola, come si vedrà, segue procedimenti in parte semplificati, che assicurano una maggiore speditezza della relativa procedura.

Nel dettaglio, l'affidamento dei contratti di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'art. 14 avviene ai sensi dell'art. 50:

- a) **in via diretta** per lavori di importo inferiore a € 150.000;

b) in via diretta per servizi e forniture (compresi i servizi di ingegneria e architettura e l'attività di progettazione) di importo inferiore a € 140.000⁷;

c) procedura negoziata senza bando, previa consultazione di **almeno cinque operatori economici**, ove esistenti, individuati in base a indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, **per i lavori** di importo pari o superiore a 150.000 euro e inferiore a 1 milione di euro;

d) procedura negoziata senza bando, previa consultazione di **almeno dieci operatori economici**, ove esistenti, individuati in base a indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, **per lavori** di importo pari o superiore a 1 milione di euro e fino alle soglie di cui all'art. 14, salva la possibilità per l'amministrazione di ricorrere alle procedure di scelta del contraente (ordinarie) previste dagli artt. 70 e ss. del Codice (v. precedente paragrafo 3.2).

e) procedura negoziata senza bando, previa consultazione di **almeno cinque operatori economici**, ove esistenti, individuati in base ad indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, **per l'affidamento di servizi e forniture**, ivi compresi i servizi di ingegneria e architettura e l'attività di progettazione, di importo pari o superiore a 140.000 euro e fino alle soglie di cui all'art. 14.

Gli elenchi degli operatori economici e le modalità di esecuzione delle indagini di mercato, richiamati nelle precedenti lettere dell'art. 50, sono disciplinati dall'**Allegato II.1**, che sarà abrogato a decorrere dalla data di entrata in vigore di un corrispondente specifico regolamento.

La sottoscrizione del contratto d'appalto nelle procedure sottosoglia deve avvenire nel termine di **30 giorni** dall'aggiudicazione. Va precisato che nelle procedure sottosoglia, ai sensi dell'art. 55 del Codice, non è prevista l'applicazione dei termini dilatori stabiliti dall'art. 18, c. 3 e 4, del Codice (i.e. *stand still*), descritti nel precedente paragrafo 3.3.

L'affidamento degli appalti sottosoglia con le procedure previste dalle precedenti **lettere c), d) ed e)** può avvenire sulla base del **criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa oppure del prezzo più basso** (quest'ultimo salvo i casi previsti dall'art. 108, c. 2, del Codice - servizi sociali, lavori caratterizzati da

⁷ L'art. 56 del Codice esclude i **servizi legali** (unitamente a numerosi altri servizi) dall'applicazione delle disposizioni codicistiche relative ai settori ordinari. La conseguenza è che l'affidamento dei servizi in parola è sottratto alla disciplina prevista dal Codice per l'affidamento degli appalti pubblici. Effetto ulteriore di tale disposizione è la cessazione delle Linee Guida ANAC in materia di affidamento dei servizi legali. essi, pertanto, potranno essere senza le limitazioni imposte dalla previgente normativa.

notevole contenuto tecnologico, etc.). Sarà l'amministrazione a determinare la scelta di uno dei criteri in parola.

Qualora l'amministrazione scelga di avvalersi delle **procedure ordinarie** (e cioè quelle regolate dagli artt. 71 e ss. del Codice - § 3.2) nel caso previsto dalla lettera d), il criterio di aggiudicazione è vincolato dalla specifica procedura scelta.

Nelle procedure sottosoglia affidate con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, **il RUP può partecipare alla commissione giudicatrice**, anche in qualità di presidente e anche se non dotato di qualifica dirigenziale (ai sensi degli art. 51 e 224, c. 3). Viene in tal modo legittimata la presenza del RUP all'interno della commissione di gara, superando le questioni interpretative sorte su tale profilo nel corso dell'applicazione della precedente normativa.

Inoltre, dopo la verifica dei requisiti dell'aggiudicatario la stazione appaltante può procedere **all'esecuzione anticipata** del contratto, senza che ricorra una condizione di urgenza per l'avvio immediato delle prestazioni affidate (condizione che era essenziale nella precedente disciplina).

In tema di requisiti va precisato che gli **operatori economici**, nelle procedure di cui alle precedenti lettere a) e b) di importo inferiore a € 40.000, **possono attestare con dichiarazione sostitutiva** di atto di notorietà il possesso dei requisiti di partecipazione e di qualificazione richiesti.

L'amministrazione potrà verificarne la veridicità in ogni momento e ai sensi dell'art. 52, **qualora ne sia accertata la loro mancanza o falsità**, procedere 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.

È confermato il sistema delle **offerte anomale** e, pertanto, la loro esclusione automatica.

Il **meccanismo opera** ove previsto negli atti di gara e qualora il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a 5.

Il sistema delle offerte anomale **non è applicabile** alle procedure di affidamento diretto (precedenti lettere a) e b)) e qualora vi sia interesse transfrontaliero certo (in cui è obbligatorio l'utilizzo delle procedure ordinarie di affidamento) mentre **è applicabile** nelle procedure di affidamento svolte ai sensi delle precedenti lettere

c), d) ed e), comprese quelle alternative svolte ai sensi della lettera d) e cioè qualora l'amministrazione abbia scelto di utilizzare una procedura ordinaria.

I metodi di esclusione delle offerte anomale sono disciplinati dall'**Allegato II.2** del Codice. Va precisato che il metodo per l'individuazione delle offerte anomale non è più sorteggiato in via esclusiva in fase di gara, in quanto l'amministrazione può predefinirlo, indicandolo nella legge di gara.

Si rimanda al paragrafo 12 per ulteriori dettagli in materia di verifica di anomalia delle offerte.

Nel termine di **3 mesi** dalla data di ultimazione delle prestazioni oggetto dell'appalto l'amministrazione dovrà rilasciare all'esecutore il **certificato di regolare esecuzione** (rilasciato per i lavori dal direttore dei lavori e per le forniture e i servizi dal RUP o dal direttore dell'esecuzione qualora nominato).

5.1 Il principio di rotazione

L'art. 49 del Codice disciplina il **principio di rotazione** degli affidamenti sottosoglia, che nella precedente normativa trovava la sua regolamentazione, in particolar modo, con le Linee Guida n. 4 dell'ANAC.

Tale principio è essenziale, in quanto garantisce la concorrenza fra le imprese e impedisce fenomeni corruttivi nonché il consolidamento di rendite di posizione in capo al gestore uscente.

Il Codice ha parzialmente rivisto il principio di rotazione, precisandone la portata e stabilendo, in particolare, la sua applicazione ai **2 affidamenti** consecutivi a quello di riferimento e ove questi ultimi abbiano ad oggetto una commessa rientrante nello stesso settore merceologico, nella stessa categoria di opere o nello stesso settore di servizi.

Il principio di rotazione ha effetto **nei soli confronti del gestore uscente**, non anche, quindi, nei confronti dei soggetti che, come quest'ultimo, siano stati invitati dall'amministrazione alla precedente procedura ma senza conseguire la relativa aggiudicazione.

Pertanto, *“il rispetto del principio di rotazione si impone nei casi in cui la stazione appaltante intenda assegnare l'appalto mediante affidamento diretto ovvero mediante procedura negoziata nella quale la stessa operi discrezionalmente la scelta dei concorrenti da invitare”* (Parere ANAC n. 58 del 15 novembre 2023).

Il principio di rotazione **non si applica** quando il valore dell'affidamento è inferiore a € 5.000 (precedentemente il limite era pari a € 1.000) nonché quando

l'amministrazione ne motivi la disapplicazione in base alla particolare struttura del mercato e alla riscontrata effettiva assenza di alternative (è richiesto inoltre, **in via concorrente**, che il precedente gestore abbia eseguito il servizio a regola d'arte)⁸.

Va aggiunto che il principio non trova applicazione (*“le stazioni appaltanti non applicano”*) quando il nuovo contratto sia affidato con procedure negoziate senza bando (cioè quelle previste dall'art. 50, c. 1, lett. c), d) ed e) precedute da indagini di mercato effettuate **senza porre limiti al numero di operatori economici**, in possesso dei requisiti richiesti, da invitare alla successiva procedura negoziata.

Quanto agli affidamenti di valore inferiore a € 5.000 è fondamentale segnalare il contenuto del **Parere del MIT n. 2145 del 18 luglio 2023**⁹, con cui è stato stabilito che le amministrazioni devono dotarsi di un apposito regolamento interno, finalizzato a disciplinare le procedure in parola. Il MIT, infatti, chiarisce come gli affidamenti di valore inferiore a € 5.000, pur essendo **sottratti al principio di rotazione**, restano regolati dal principio di fiducia di cui all'art. 2 (§ 2.2) e da quanto stabilito in materia di appalti sottosoglia dall'art. 14, c. 4, 5, e 6, del Codice.

L'assegnazione delle prestazioni in parola deve avvenire, quindi, nel rispetto di tali coordinate, che le amministrazioni hanno l'obbligo di precisare con specifici atti di regolamentazione interni. Lo scopo ultimo dei regolamenti in parola e del richiamo ai principi essenziali del Codice è, dunque, proprio quello di impedire abusi degli affidamenti di valore inferiore a € 5.000, consistenti nel frazionamento illegittimo delle prestazioni o nel consolidamento di rendite di posizione.

Nel capitolo che segue si dirà sul rapporto tra il principio di rotazione e gli affidamenti in urgenza.

5.2 I sistemi dinamici di acquisizione

Non va dimenticato che una parte degli affidamenti sottosoglia avviene attraverso il Mercato Elettronico della Pubblica Amministrazione (**“MePA”**), che è

⁸ In tal senso il MIT con Parere n. 2084 del 29 giugno 2023 ha precisato che *“la stazione appaltante può derogare al principio di rotazione motivando in relazione ai requisiti tutti di cui all'art. 49, co. 4, D.lgs. 36/2023, in esplicazione della discrezionalità amministrativa. La disposizione in esame impone una verifica concreta e specifica, come emerge dalla formula di apertura della disposizione. Ne consegue che un Regolamento interno come quello proposto rischia di contrastare con quanto previsto dalla norma determinando condizioni generali e astratte ed omettendo verifiche specifiche e concrete, come ivi richiesto”*. Il MIT esclude che il regolamento interno all'amministrazione possa stabilire circostanze astratte a cui ricondurre la deroga del principio di rotazione, essendo, pertanto, necessaria una verifica in concreto caso per caso.

⁹ *“Al fine, quindi, di evitare possibili abusi per reiterazione senza limiti degli affidamenti ad un medesimo operatore economico, si suggerisce di dotarsi di una specifica disciplina al riguardo che consenta l'affidamento diretto in deroga al principio della rotazione ma nel rispetto dei principi che regolano gli affidamenti pubblici, anche sopra richiamati”* (Parere del MIT n. 2145 del 18 luglio 2023).

un pilastro fondamentale nella strategia di modernizzazione degli acquisti pubblici nel nostro ordinamento.

Si tratta della nota piattaforma online gestita da CONSIP S.p.A. che permette alle amministrazioni pubbliche di acquistare beni e servizi da imprese fornitrici, qualificate attraverso un sistema di acquisto elettronico.

Il MePA è progettato per facilitare e velocizzare il processo di acquisto delle amministrazioni, garantendo al contempo trasparenza e conformità con la normativa sugli appalti pubblici, altro vantaggio del MePA è quello di stimolare la concorrenza tra i fornitori, permettendo alle amministrazioni di ottenere condizioni migliori e più vantaggiose, ciò grazie alla folta base di fornitori registrati all'interno del portale.

Va ricordato che il MePA differisce dalle procedure CONSIP sia per l'ambito di applicazione sia per le tipologie di procedure di affidamento impiegate. Gli accordi quadro di CONSIP sono generalmente destinati ad acquisti di grande volume e di valore elevato, mentre il MePA è utilizzato per acquisti di valore inferiore, sotto le soglie comunitarie. Inoltre, il MePA permette alle amministrazioni di condurre negoziazioni dirette con i fornitori per acquisti di minor valore.

Le modalità di negoziazione disponibili sul MePA sono numerose, tra queste **l'acquisto da catalogo**, che è una delle procedure più rapide e dirette per le amministrazioni che desiderano acquistare beni e servizi. Questo metodo consente di effettuare acquisti direttamente dai cataloghi elettronici predefiniti messi a disposizione dai fornitori accreditati sulla piattaforma MePA e aggiudicatari di convenzioni e accordi quadro.

La **trattativa diretta**, che permette all'amministrazione di scegliere un fornitore senza passare per una procedura comparativa, si differenzia dall'acquisto da catalogo in quanto l'amministrazione negozia direttamente con il fornitore le condizioni di acquisto del bene d'interesse.

Il **confronto di preventivi** non è altro che una trattativa diretta svolta tra più operatori economici, dunque con l'ulteriore possibilità per l'amministrazione di eseguire un confronto fra di essi.

La **richiesta di offerta** ("**RdO**") è una procedura competitiva che si svolge secondo il criterio del minor prezzo, pertanto, l'amministrazione mediante una RdO pubblicata sul MePA, definirà le caratteristiche del bene o servizio che intende acquistare. I fornitori iscritti al MePA possono presentare le loro offerte, che saranno poi valutate dall'amministrazione per selezionare il fornitore più vantaggioso.

6. Le procedure di somma urgenza

L'art. 140 del Codice disciplina le procedure di affidamento di appalti pubblici in *“circostanze di somma urgenza che non consentono alcun indugio, al verificarsi di eventi di danno o di pericolo imprevisi o imprevedibili idonei a determinare un concreto pregiudizio alla pubblica e privata incolumità, ovvero nella ragionevole previsione dell'imminente verificarsi degli stessi”*.

Il Codice conferma il portato normativo definito dal D.Lgs. n. 50/2016 (art. 163), pertanto la disciplina del Codice in materia ricalca quella precedente.

Le uniche ma rilevanti modifiche introdotte dal Codice consistono **nell'aumento a € 140.000** (in precedenza € 40.000) della soglia per le procedure d'urgenza previste dal comma 6, dell'art. 140 (*“eventi di cui all'articolo 7 del codice della protezione civile”*), **nell'eliminazione del parere ANAC**, finalizzato alla verifica della congruità dei prezzi formulati dall'esecutore, nonché **nell'aumento a € 500.000** (in precedenza € 200.000) della soglia entro cui contenere la spesa pubblica per l'esecuzione dei lavori in via d'urgenza.

Va ricordato che le procedure in parola possono essere assegnate dal RUP o da altro tecnico dell'amministrazione competente **in via diretta** o, nei casi di emergenze di protezione civile, con **procedura negoziata senza pubblicazione di un bando**, l'art. 76, comma 2, lett. c), stabilisce infatti che tale ultima procedura può essere impiegata *“nella misura strettamente necessaria quando, per ragioni di estrema urgenza derivante da eventi imprevedibili dalla stazione appaltante, i termini per le procedure aperte o per le procedure ristrette o per le procedure competitive con negoziazione non possono essere rispettati; le circostanze invocate per giustificare l'estrema urgenza non devono essere in alcun caso imputabili alle stazioni appaltanti”*.

Gli operatori economici, in questi casi, potranno **autocertificare** il possesso dei requisiti di partecipazione, salvi i poteri di verifica previsti in capo all'amministrazione, così come avviene per gli affidamenti diretti sottosoglia ai sensi dell'art. 52 del Codice (§ 5).

Nel caso in cui dai controlli eseguiti risulti la mancanza dei requisiti necessari, l'amministrazione dovrà **recedere dal contratto**, fatto salvo il pagamento del valore delle opere eseguite e il rimborso delle spese eventualmente sostenute per l'esecuzione della parte rimanente, e procede alle segnalazioni alle competenti autorità.

Il corrispettivo delle prestazioni affidate in via d'urgenza è definito consensualmente con l'operatore economico scelto, **in mancanza di accordo** sul prezzo, il RUP può ingiungere all'affidatario l'esecuzione di forniture, servizi o lavorazioni o la somministrazione dei materiali sulla base di prezzi definiti mediante l'utilizzo di prezzari, **ridotti del 20%**.

6.1 Il rapporto con il principio di rotazione

Il Codice non ha precisato il rapporto intercorrente tra il principio di rotazione e gli affidamenti in urgenza, che resta, pertanto, in una zona grigia, in cui non è chiara la legittimità di un affidamento consecutivo di somme urgenze allo stesso soggetto e l'affidamento allo stesso soggetto (fornitore uscente) dell'attività in somma urgenza o di quella ordinaria.

Tale rapporto va, quindi, ricavato da una lettura coordinata delle disposizioni codicistiche, ricordando che le procedure di somma urgenza rispondono a specifiche esigenze individuate dal Legislatore (ricordate all'inizio di questo capitolo) mentre il principio di rotazione ha lo scopo di impedire fenomeni corruttivi nonché il consolidamento di rendite di posizione e si applica alla nuova commessa *“rientrante nello stesso settore merceologico, oppure nella stessa categoria di opere, oppure nello stesso settore di servizi”* di quella precedente.

Il Parere ANAC n. 58 del 15 novembre 2023 ha stabilito che *“stante l'eccezionalità della deroga al principio di rotazione nei casi espressamente indicati dalla norma, non appare coerente con tali disposizioni l'affidamento diretto al contraente uscente del medesimo contratto, fondato esclusivamente sull'esigenza di realizzare il progetto in tempi celeri, incompatibili con lo svolgimento di un'indagine di mercato e di una procedura negoziata. Si ribadisce al riguardo che la deroga al principio di rotazione è consentita esclusivamente in presenza dei presupposti (da accertare con rigore), indicati dal comma 4, dell'art. 49 citato”*.

Sembrerebbe, dunque, che il principio di rotazione non ammetta deroghe. Il parere consultivo appena citato, tuttavia, non analizza il rapporto tra i due istituti, limitandosi a censurare la deroga del principio di rotazione sulla base di esigenze “generiche” di urgenza (ben diverse da quelle sancite dall'art. 140).

Va, quindi, osservato che i regolamenti interni adottati da numerose amministrazioni per disciplinare gli affidamenti sottosoglia, prevedono la deroga espressa del principio di rotazione nel caso in cui ricorrono i presupposti stabiliti dall'art. 140 del Codice. Molte amministrazioni in mancanza di una disposizione

espressa hanno in sostanza risolto in radice la questione ammettendo la deroga del principio di rotazione nel caso di affidamenti di somma urgenza.

La questione, tuttavia, è più complessa, basta, infatti, considerare che gli affidamenti di somma urgenza sono pur sempre procedure soggette al “*sistema di principi*” (v. § 2) che permea il Codice. In tal senso, la corretta applicazione di principi come quello del risultato e della fiducia dovrebbe bastare a escludere un utilizzo ripetuto delle procedure di somma urgenza a favore dello stesso soggetto, quindi anche in mancanza di un collegamento espresso al principio di rotazione. quest’ultimo, infatti, è uno dei risultati pratici della loro applicazione.

In sostanza, l’importanza conferita dal Legislatore ai principi in parola stona con le previsioni dei predetti regolamenti, in quanto non sembrerebbe ammissibile l’esclusione del principio di rotazione sulla base di **circostanze astratte**.

Va aggiunto che il comma 11 dell’art. 140 del Codice stabilisce che “*in occasione degli eventi per i quali è dichiarato lo stato di emergenza di rilievo nazionale ai sensi dell’articolo 24 del codice di cui al decreto legislativo 2 gennaio 2018, n. 1 (...), gli appalti pubblici di lavori, forniture e servizi possono essere affidati in deroga alle seguenti disposizioni del presente codice: (...); d) articolo 49, per consentire alle stazioni appaltanti la semplificazione della procedura di affidamento e l’adeguamento della sua tempistica alle esigenze del contesto emergenziale, nel rispetto dei principi generali dell’ordinamento giuridico e delle norme dell’Unione europea; (...)*”.

È solo in questo caso, dunque, che l’art. 140 ammette una deroga espressa al principio di rotazione in collegamento alla somma urgenza; ragionando all’inverso, pertanto, in tutti gli altri casi (e cioè al di fuori “*degli eventi per i quali è dichiarato lo stato di emergenza di rilievo nazionale ai sensi dell’articolo 24 del codice di cui al decreto legislativo 2 gennaio 2018, n. 1*” – Codice della protezione civile) non dovrebbe ammettersi alcuna sua deroga (che ovviamente non sia già prevista dallo stesso art. 49).

In conclusione, il buon senso, prima che dei principi fondamentali del Codice, dovrebbe condurre all’esclusione degli affidamenti in somma urgenza al fornitore uscente nonché di affidamenti in somma urgenza consecutivi a favore dello stesso soggetto. Non si tratta, tuttavia, di una considerazione assoluta, in quanto la natura delle cause della somma urgenza richiede, contemporaneamente, un imprescindibile grado di elasticità delle scelte.

7. I Raggruppamenti temporanei di imprese (RTI)

7.1 Le differenze rispetto al precedente assetto normativo

L'art. 68 del Codice sostituisce l'art. 48 del D.Lgs. n. 50/2016, costituendo il nuovo punto di riferimento in materia di RTI.

La nuova regolamentazione ricalca per grandi linee quella precedente ma non mancano importanti differenze, che impattano in maniera radicale sulle modalità di formazione dei RTI.

Pertanto, occorre immediatamente indicarle, considerando che l'obiettivo del Legislatore è stato quello di assicurare la conformità della regolamentazione italiana a quella europea, stabilita dalla Direttiva 2014/24, e ai successivi pronunciamenti della Corte di Giustizia europea.

La regolamentazione italiana in materia è stata, infatti, ritenuta eccessivamente restrittiva a fronte delle ("effettive") previsioni normative dell'Unione.

Nel dettaglio, il nuovo art. 68 del Codice **supera la distinzione tra RTI verticali e orizzontali**, con le relative conseguenze applicative in termini di esecuzione e di predisposizione degli atti di gara.

L'obiettivo è quello di creare una disciplina effettivamente pro-concorrenziale e, dunque, favorire la partecipazione congiunta di operatori economici, in cui conta l'offerta comune presentata, senza particolari requisiti aggiuntivi.

È previsto, quindi, che i soggetti raggruppati **precisino in sede di offerta** le categorie di lavori o le parti del servizio o della fornitura eseguite da ciascuno di essi, con l'impegno di questi a realizzarle.

Ciò che conta, come anticipato, è che il RTI rispetti i requisiti di gara (capacità economica e finanziaria - capacità tecniche e professionali) **nel suo complesso ma è al contempo fondamentale che l'esecutore** (i.e. ciascun raggruppato) sia in possesso dei requisiti prescritti per la prestazione specifica che lo stesso si è impegnato a realizzare.

Se da un lato i requisiti di gara possono essere raggiunti proprio con l'associazione di diversi operatori economici, favorendo anche la partecipazione di soggetti dalle "minori" capacità, dall'altro deve esservi **corrispondenza** tra le prestazioni da eseguire e le quote di qualificazione delle raggruppate.

In tal senso, sembrerebbe che la qualificazione e, dunque, i requisiti di un dato operatore economico non potranno essere colmati da altro operatore economico, senza che quest'ultimo assumi la relativa quota di esecuzione¹⁰.

Resta fermo, ovviamente, che ciascun membro del RTI sia in **possesso per l'intero** dei requisiti generali (artt. 94 e 95 del Codice).

Viene, pertanto, **superato l'obbligo** che imponeva alla mandataria di possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria.

Va precisato che l'art. 68 lascia alla discrezionalità dell'amministrazione in sede di predisposizione degli atti di gara, la scelta di prescrivere specifici vincoli, definiti in funzione del singolo affidamento, in relazione alla ripartizione delle quote e alle modalità esecutive all'interno del RTI.

È ammesso il **recesso** di una o più imprese raggruppate, ciò a condizione che le imprese o l'unico soggetto rimanente conservino i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire.

Occorre notare che il recesso, così come previsto dall'art. 68, comma 17, determina una fattispecie di modifica del RTI per sottrazione e senza sostituzione. Non sembrerebbe, quindi, ammissibile la modifica soggettiva del raggruppamento attraverso l'ingresso di nuovi operatori economici.

Le disposizioni in materia di RTI trovano applicazione, per quanto compatibili, agli operatori economici aderenti a un **contratto di rete**. Si precisa che il Codice nulla modifica in riferimento ai contratti di rete.

7.2 Le vicende soggettive del RTI

Il Legislatore ha dedicato un articolo specifico alle cause di esclusione riguardanti i RTI, così separando la relativa disciplina dall'insieme delle disposizioni in materia di RTI, previste dall'art. 68. L'intento è quello di risolvere le questioni interpretative generate dalla precedente disciplina attraverso la previsione di disposizioni *ad hoc*.

Va ricordato che si tratta delle regole sulla "sostituzione" ed "estromissione" del singolo membro del RTI, in precedenza definite dai commi 17 e 18 dell'art. 48

¹⁰ "È chiaro, quindi, che la società xxx s.r.l. dovesse indicare una percentuale di partecipazione al raggruppamento in linea ai requisiti di qualificazione posseduti. Ma così non è stato, avendo indicato una quota di partecipazione superiore rispetto a quella consentita in base al requisito di qualificazione posseduto (eventualmente anche aumentato di un quinto ai sensi dell'art. 2, comma 2, dell'allegato II.12 del codice dei contratti pubblici)" T.A.R. Catania, Sez. IV, 21 dicembre 2023, n. 3882.

del D.Lgs. n. 50/2016, che hanno provocato non pochi problemi interpretativi in ordine alla loro applicazione.

Ebbene, l'art. 97 del Codice (rubricato "*cause di esclusione di partecipanti a raggruppamenti*"), distinguendo le cause di esclusione in quelle **anteriori alla presentazione dell'offerta** e in quelle **successive ma antecedenti l'aggiudicazione**, stabilisce che qualora un membro del RTI sia interessato da una causa automatica (art. 94) o non automatica (art. 95) di esclusione (comprese quelle derivanti da irregolarità fiscali o contributive¹¹) o dal venir meno di un requisito di qualificazione (art. 100), **il RTI non è escluso se:**

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 di aver estromesso o sostituito (con altro soggetto munito dei necessari requisiti) il componente del RTI colpito dalla causa di preclusione alla partecipazione all'affidamento, o dimostrato all'amministrazione l'impossibilità di adottare tali misure **prima della data di presentazione dell'offerta;**

b) successivamente alla presentazione dell'offerta:

- 1)** 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 e il RTI avrà adottato e comunicato all'amministrazione le misure indicate in precedenza (lett. a), n. 2) **prima dell'aggiudicazione;**

c) in entrambi i casi:

se tali misure sono ritenute sufficienti e tempestivamente adottate, il raggruppamento non è escluso dalla procedura d'appalto ma se la stazione appaltante ritiene che le misure siano intempestive o insufficienti, l'operatore economico è escluso con **decisione motivata dell'amministrazione.**

¹¹ Che l'istituto in esame sia applicabile alle irregolarità fiscali e contributive è stato confermato di recente dal T.A.R. Palermo, Sez. III, 22 gennaio 2024, n. 218, secondo cui "*l'Amministrazione resistente è incorsa effettivamente in errore, laddove ha ritenuto inapplicabile l'art. 97 c.c.p. all'ipotesi della mancanza del requisito della regolarità fiscale o previdenziale. Al contrario la legge consente espressamente di estromettere ovvero di sostituire l'impresa carente di questo requisito con un'altra consorziata*".

In sostanza, senza particolari questioni interpretative, è garantita la sopravvivenza del RTI, che comprovi secondo i termini appena indicati di aver **estromesso o sostituito** il membro colpito dalla causa di preclusione. In tal modo viene temperata la *par condicio* tra i concorrenti con la pretesa del candidato di partecipare alla gara.

La modificazione soggettiva del RTI, in sostituzione o in riduzione dello stesso mediante estromissione, non potrà comportare in nessun caso una modifica dell'offerta presentata, per la quale sussiste un principio di **immodificabilità sostanziale**.

La disciplina appena delineata trova applicazione anche per i consorzi ordinari e per i consorzi fra imprese artigiane, nonché ai consorzi stabili **limitatamente** alle consorziate esecutrici e alle consorziate aventi i requisiti di cui i consorzi si avvalgono.

7.3 Alcune zone d'ombra

Va detto che residuano alcune zone grigie non trattate dall'art. 97, la norma, infatti, non precisa quali sono le conseguenze derivanti dal verificarsi di una causa di preclusione **a)** dopo la presentazione dell'offerta ma prima del termine ultimo per il loro deposito, **b)** dopo aggiudicazione ma prima della sottoscrizione del contratto e **c)** in capo alla mandante o alla mandataria.

a) Il primo profilo anche se non trova riscontro espresso nell'art. 97, trova risposta all'interno della stessa norma. Infatti, quest'ultima stabilisce una linea di demarcazione temporale ben precisa, che **non coincide** con il termine ultimo di presentazione delle offerte **ma con la sua presentazione**.

L'art. 97, infatti, indica due momenti essenziali, "*presentazione dell'offerta*" e "*successivamente alla presentazione dell'offerta*", di conseguenza anche se la causa di preclusione è maturata successivamente alla presentazione dell'offerta ma prima del termine per presentarle, l'attuazione dei rimedi previsti dall'art. 97, c. 1, lett. b), prima dell'aggiudicazione, può consentire la salvezza del RTI.

Non sembrerebbe, invece, ammissibile la risoluzione della causa di preclusione maturata successivamente alla presentazione dell'offerta ma prima del termine per presentarle, attraverso la stessa **sostituzione dell'offerta**.

Ciò in quanto l'art. 92, c. 3, del Codice (rubricato "*fissazione dei termini per la presentazione delle domande e delle offerte*") stabilisce che "*in caso di proroga*

dei termini di presentazione delle offerte è consentito agli operatori economici che hanno già presentato l'offerta di ritirarla ed eventualmente sostituirla".

Inoltre, l'art. 17, c. 4, del Codice stabilisce che **“ogni concorrente può presentare una sola offerta, che è vincolante per il periodo indicato nel bando o nell'invito e, in caso di mancata indicazione, per centottanta giorni dalla scadenza del termine per la sua presentazione. (...)”**.

Sembrerebbe, quindi, che la sostituzione dell'offerta sia possibile solo nel caso di proroga disposta dall'amministrazione e non anche per volontà dell'operatore economico, finalizzata a rimediare eventuali errori o vizi scoperti nell'offerta presentata prima del termine ultimo di presentazione o per cause di esclusione e/o perdita di requisiti.

b) Le cause di preclusione potrebbero verificarsi anche in seguito all'affidamento, quando l'aggiudicatario dell'appalto è stato già individuato ma il relativo contratto non ancora sottoscritto.

In tal senso, va ricordato il principio consolidato dalla giurisprudenza amministrativa secondo cui *“i requisiti di partecipazione devono essere posseduti dai candidati non solo alla data di scadenza del termine per la presentazione della richiesta di partecipazione alla procedura di affidamento, ma anche per tutta la durata della procedura stessa e fino all'aggiudicazione definitiva e alla stipula del contratto, nonché per tutto il periodo dell'esecuzione dello stesso, senza soluzione di continuità”*.

Va quindi fatta una necessaria distinzione, in quanto la causa di preclusione potrebbe verificarsi nelle more dell'aggiudicazione o successivamente alla sua formalizzazione quando inizia a decorrere il termine per la sottoscrizione del contratto.

Nel primo caso, è evidente, che trova applicazione il rimedio stabilito dall'art. 97, c. 1, lett. b), del Codice, in quanto ai sensi dell'art. 17, c. 5, del Codice **“l'organo competente a disporre l'aggiudicazione esamina la proposta, e, se la ritiene legittima e conforme all'interesse pubblico, dopo aver verificato il possesso dei requisiti in capo all'offerente, dispone l'aggiudicazione, che è immediatamente efficace”**, pertanto sino a tale momento la causa di preclusione trova “copertura” (e potenziale salvezza) nel predetto rimedio, che, va ricordato, si riferisce proprio ai momenti *“prima dell'aggiudicazione”*.

Nel secondo caso va preliminarmente precisato che in seguito alla formalizzazione dell'aggiudicazione i poteri di verifica in capo all'amministrazione si esauriscono, non può quindi trovare applicazione l'esclusione in senso stretto per il solo

verificarsi di una causa di preclusione, in quanto non prevista una verifica in continuo dei requisiti. Al contempo, per le stesse ragioni, non potrebbe più applicarsi la disciplina prevista dall'art. 97, in quanto limitata temporalmente alla formalizzazione dell'aggiudicazione.

Ciò, tuttavia, non esclude che l'amministrazione possa comunque escludere l'operatore economico dopo l'aggiudicazione, posto che ai sensi dell'art. 96 del Codice *“le stazioni appaltanti escludono un operatore economico in qualunque momento della procedura d'appalto, qualora risulti che (...)”*.

La differenza risiede nel fatto che dopo l'aggiudicazione l'eventuale esclusione dell'operatore economico è disposta ai sensi degli artt. 21-quinquies (revoca) o 21-nonies (annullamento) della L. n. 241/1990, con le relative conseguenze in materia di esercizio del potere amministrativo.

Può, quindi, concludersi che dopo l'aggiudicazione sembrerebbe non poter trovare applicazione l'art. 97 del Codice, che estende i suoi effetti *“fino all'aggiudicazione”*.

Va aggiunto che in via residuale, in fattispecie di questo tipo, potrebbe farsi leva sull'art. 96 del Codice, che disciplinando rimedi simili a quelli previsti dall'art. 97 ma riferiti al singolo operatore economico, non opera alcuna limitazione temporale rispetto all'aggiudicazione, precisando la sua alternativa (in funzione dello specifico rimedio preso in considerazione) applicazione prima o dopo la presentazione dell'offerta.

In conclusione, permangono questioni interpretative e applicative nei casi in cui le cause di preclusione (causa automatica - art. 94 o non automatica - art. 95 di esclusione o il venir meno di un requisito di qualificazione - art. 100) si verifichino tra l'aggiudicazione (*“definitiva”*) e la sottoscrizione del contratto d'appalto.

c) L'ultimo profilo riguarda la differenza tra mandante e mandataria. I commi 17 e 18, art. 48, del D.Lgs. n. 50/2016 hanno causato non poche questioni interpretative, in quanto entrambi operavano uno specifico riferimento alle due figure (mandante e mandataria), da qui i dubbi in ordine all'applicabilità degli istituti dell'estromissione e della sostituzione a seconda del caso in cui la causa escludente fosse riferita alla mandante o mandataria.

L'art. 97 sembra superare le criticità della precedente disciplina, in quanto la norma in parola riferendosi espressamente a un *“suo partecipante”* (del RTI), non opera alcuna distinzione tra mandante e mandataria in ordine alla sua applicazione.

8. L'istituto dell'avvalimento

L'avvalimento, ora disciplinato dall'art. 104 del Codice, è il noto contratto finalizzato a favorire la partecipazione degli operatori economici alle procedure ad evidenza pubblica (c.d. *favor participationis*), ciò mediante il “prestito” da parte di un altro soggetto (impresa ausiliaria) dei requisiti mancanti all'appaltatore.

Queste la causa e lo scopo di un istituto essenziale degli appalti pubblici, così come confermato dalla giurisprudenza a più riprese, che in vigore del D.Lgs. n. 50/2016 ha escluso l'ulteriore possibilità di utilizzare l'avvalimento per assicurare in capo al concorrente un **vantaggio premiale** in termini di valutazione della sua offerta.

Questa doppia natura dell'avvalimento e cioè la compresenza di un duplice scopo dell'istituto, come anticipato vietata, è oggi però, grazie all'art. 104 del Codice, permessa.

Il comma 4 della norma in parola stabilisce, infatti, che *“l'operatore economico allega alla domanda di partecipazione il contratto di avvalimento in originale o copia autentica, specificando se intende avvalersi delle risorse altrui per acquisire un requisito di partecipazione o per migliorare la propria offerta”*.

L'**avvalimento premiale** è, dunque, oggi espressamente consentito dalla nuova formulazione dell'istituto, che supera ogni contrasto interpretativo intervenuto sul punto.

L'introduzione dell'avvalimento premiale non deroga, tuttavia, il divieto di impiegare l'istituto che occupa per soddisfare il requisito dell'iscrizione all'Albo nazionale dei gestori ambientali, che è, anzi, confermato dal Codice.

È essenziale, inoltre, ricordare che il comma 4, dell'art. 104, **richiede in capo all'ausiliaria** il possesso dei requisiti di ordine generale e quelli di cui all'articolo 100 per i servizi e le forniture. La loro mancanza avrà come effetto diretto **l'inefficacia del contratto di avvalimento**, così come confermato dal T.A.R. Salerno, Sez. I, 30 gennaio 2024, n. 315, secondo cui anche nel caso di avvalimento premiale l'ausiliaria deve essere in possesso dei requisiti di idoneità professionale richiesti dal disciplinare di gara¹².

¹² La decisione in commento ha dichiarato illegittima la decisione della stazione appaltante di attribuire 10 punti alla controinteressata per il rating di legalità oggetto dell'avvalimento (premierale), in quanto l'ausiliaria non dotata del requisito (professionale) di “*iscrizione nel registro delle imprese oppure nell'albo delle imprese artigiane per attività pertinenti con quelle oggetto della presente procedura di gara*” (T.A.R. Salerno, Sez. I, 30 gennaio 2024, n.

Le novità, tuttavia, non sono limitate all'avvalimento premiale, che, invero, permette di introdurne immediatamente un'altra. L'art. 104, comma 12, del Codice, stabilisce 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”*.

È evidente, quindi, che nel caso in cui l'avvalimento sia impiegato dalle parti con l'intento di sopperire un requisito mancante, **sia l'ausiliaria sia l'ausiliata potranno partecipare** alla stessa procedura ad evidenza pubblica, si tratta, in altre parole, del caso in cui il risultato perseguito è quello del solo “prestito” dei requisiti.

Viceversa, qualora l'avvalimento sia finalizzato ad incrementare il punteggio dell'offerta dell'ausiliata, l'ausiliaria non potrà partecipare alla relativa procedura ad evidenza pubblica.

L'art. 104 chiarisce, inoltre, senza alcuna possibilità di fraintendere la lettera del Codice, che *“il contratto di avvalimento è concluso in **forma scritta** a pena di nullità con **indicazione specifica delle risorse messe a disposizione dell'operatore economico. 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**”*.

La norma, in sostanza, delinea i **requisiti essenziali del contratto di avvalimento**, precisando che il suo eventuale carattere non oneroso (necessariamente da giustificare per non incorrere in preclusioni) prescinde dai legami intercorrenti tra i soggetti giuridici che lo adoperano (i.e. gruppi di imprese – la precisazione va considerata tenendo presente il dibattito circa la possibilità di adoperare l'avvalimento gratuito al di fuori dei gruppi di imprese).

Il requisito dell'indicazione specifica delle risorse messe a disposizione dell'operatore economico trova puntuale conferma nell'art. 26, Allegato II.12 del Codice, a mente del quale *“per la qualificazione in gara, il contratto di cui all'articolo 104 del codice **deve riportare in modo compiuto, esplicito ed esauriente:** a) oggetto: le risorse e i mezzi prestati in modo determinato e specifico; b) durata; c) ogni altro utile elemento ai fini dell'avvalimento”*.

Sull'argomento in parola va segnalata una recente pronuncia (T.A.R. Reggio Calabria, Sez. I, 26 ottobre 2023, n. 782), secondo cui *“appare non di poco*

315). Il T.A.R. non è entrato nel merito della possibilità di avvalersi del rating di legalità di altra azienda, che sembrerebbe dovrebbe escludersi, trattandosi di una certificazione altamente soggettiva della specifica organizzazione a cui si riferisce e che, dunque, è difficile immaginare potersi trasferire in capo ad altro soggetto giuridico. La decisione testimonia le **incertezze interpretative** che l'istituto dell'avvalimento premiale determinerà nel settore dei contratti pubblici.

*momento sottolineare che l'art. 104 D.Lgs. n. 36/2023, a differenza della citata disposizione normativa (il riferimento è all'art. 89 del D.Lgs. n. 50/2016), **non prevede più che la specificazione delle risorse e delle dotazioni tecniche sia stabilito a pena di nullità del contratto di avalimento***” (enfasi aggiunta)¹³.

Ciò anche alla luce del disposto del comma 9, dell'art. 104, secondo cui *“la stazione appaltante in corso d'esecuzione effettua le verifiche sostanziali circa l'effettivo possesso dei requisiti e delle risorse oggetto dell'avalimento da parte dell'impresa ausiliaria, nonché l'effettivo impiego delle risorse medesime nell'esecuzione dell'appalto. A tal fine il RUP accerta in corso d'opera che le prestazioni oggetto di contratto siano svolte direttamente dalle risorse umane e strumentali dell'impresa ausiliaria che il titolare del contratto utilizza in adempimento degli obblighi derivanti dal contratto di avalimento”*.

In sostanza, il T.A.R. Calabria ha annullato il provvedimento di esclusione disposto nei confronti dell'operatore economico, che aveva stipulato il contratto di avalimento facendo generico riferimento alla messa a disposizione di un'attestazione SOA (requisito di qualificazione), in quanto a) il Codice non prevede espressamente (a differenza della precedente normativa) la nullità del contratto di avalimento a fronte della non esatta specificazione delle risorse; b) l'amministrazione ha la possibilità in fase esecutiva di verificare nel concreto l'effettiva messa a disposizione delle risorse oggetto dell'avalimento, disponendo in mancanza delle stesse di specifici rimedi.

Il T.A.R. Calabria sembrerebbe aver contemperato con la decisione in commento due posizioni estreme (una rigida e una permissiva in tema di puntualizzazione dei requisiti del contratto di avalimento), va detto, tuttavia, che il Codice pur non prevedendo la nullità del contratto di avalimento (come giustamente evidenziato dal T.A.R. Calabria), richiede una *“indicazione specifica delle risorse messe a disposizione”* (art. 104 del Codice), che diventa *“compiuto, esplicito ed esauriente”* in materia di appalti di lavori (art. 26, Allegato II.12 del Codice).

Va evidenziato quanto stabilito dal comma 3, dell'art. 104, secondo cui quando l'avalimento è finalizzato alla messa a disposizione di autorizzazione o altro titolo abilitativo richiesto per la partecipazione alla procedura di aggiudicazione ai sensi dell'art. 100, **i lavori o i servizi sono eseguiti direttamente**

¹³ La differenza tra l'attuale e la precedente normativa è evidente: *“a tal fine, il contratto di avalimento contiene, a pena di nullità, la specificazione dei requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria”* (art. 89) – *“il contratto di avalimento è concluso in forma scritta a pena di nullità con indicazione specifica delle risorse messe a disposizione dell'operatore economico”* (art. 104).

dall'impresa ausiliaria. In tal caso, pertanto, troveranno applicazione le disposizioni codicistiche in materia di **subappalto** (successivo § 9).

Da segnalare, infine, che il comma 5, dell'art. 104, assicura all'operatore economico partecipante la possibilità di **sostituire l'ausiliaria**, qualora siano rilevate dichiarazioni mendaci da parte di quest'ultima. In tal caso l'amministrazione assegnerà all'operatore economico concorrente un termine non superiore a **10 giorni**, per indicare un'altra impresa ausiliaria idonea, ciò a condizione che la sostituzione dell'impresa ausiliaria non conduca a una modifica sostanziale dell'offerta già presentata.

Una particolare figura dell'istituto in esame è **l'avvalimento del realizzatore**, previsto in materia di locazione finanziaria dall'art. 196 del Codice (trattata nel § 15.4), questa particolare fattispecie, sempre in linea con la natura dell'avvalimento, consente al soggetto finanziatore, che abbia presentato offerta nell'ambito di un'operazione di PPP di locazione finanziaria, non dotato dei requisiti per l'esecuzione del progetto, di avvalersi di un soggetto per la realizzazione dell'opera e, dunque, dotato dei requisiti necessari a tal fine.

9. Il Subappalto

Come l'avvalimento il subappalto, oggi disciplinato dall'art. 119 del Codice, è un istituto finalizzato al *favor participationis* e cioè pro-concorrenziale per l'accesso al mercato di nuove e piccole imprese.

Questo lo snodo cruciale, carico di contrasti tra i principi europei (appunto strettamente pro-concorrenziali) e quelli "difensivi" nazionali, finalizzati a impedire le infiltrazioni mafiose nei contratti pubblici. Una normativa troppo permissiva potrebbe, infatti, favorire queste ultime, da qui l'impiego di limitazioni quali l'indicazione della terna di subappaltatori, le percentuali massime subappaltabili di prestazioni appaltate nonché il divieto di subappalto a cascata, che caratterizzavano il testo iniziale dell'art. 105 del D.Lgs. n. 50/2016.

Al contempo, l'Italia è stata chiamata a risolvere la procedura di infrazione europea n. 2018/2273, riferita per molti aspetti proprio alla precedente disciplina del subappalto, che, come detto, risultava distonica rispetto all'applicazione di un istituto di matrice pro-concorrenziale.

La nuova formulazione non si discosta di molto dall'art. 105 del D.Lgs. n. 50/2016, l'art. 119 del Codice, tuttavia, introduce per quanto anticipato alcune **fondamentali novità**, ispirate, per certi aspetti, anche dalle pronunce della Corte di Giustizia Europea C-63/18, del 26 settembre 2019, e C-402/18, sentenza 27 novembre 2019.

Prima fra tutte è la previsione della possibilità di **subappalti c.d. a cascata** e cioè la fattispecie in cui le prestazioni subappaltate formano oggetto di un ulteriore subappalto.

Si tratta di un'ipotesi (che era) tassativamente esclusa dal comma 19, dell'art. 105 del D.Lgs. n. 50/2016, secondo cui *"l'esecuzione delle prestazioni affidate in subappalto non può formare oggetto di ulteriore subappalto"*.

Oggi, il comma 17, dell'art. 119 del Codice, stabilisce che *"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 (...)".* È evidente, dunque, che quando non espressamente vietato il subappalto a cascata è ora ammesso, naturalmente previa autorizzazione dell'Ente.

L'Amministrazione dovrà quindi indicare nella legge di gara le motivazioni che eventualmente impediranno di fare ricorso al subappalto di subappalto.

Come giustamente osservato *“la norma non può, però, genericamente leggersi come liberalizzazione del subappalto cosiddetto “a cascata” in quanto l’eventuale limitazione alla possibilità di ricorso all’ulteriore subappalto può essere disposta dalle stazioni appaltanti con specifiche e motivate clausole inserite nella lex specialis, in base ad una serie di parametri fissati nelle norme di riferimento”* (Il subappalto nel diritto pubblico – Dott.ssa Aurora Lento, Presidente di sezione interna TAR).

L'efficacia del subappalto a cascata e le sue implicazioni sociali non potranno che approfondirsi nel corso della vita del nuovo Codice.

È confermata l'eliminazione - introdotta dal D.L. n. 77/2021 - dei **limiti alla quantità e tipologia di prestazioni subappaltabili**. Il comma 1, dell'art. 119, si limita esclusivamente a stabilire che **è nullo l'accorto** teso ad affidare a terzi **l'integrale esecuzione** delle prestazioni o lavorazioni appaltate e quello per **l'esecuzione prevalente** di terzi delle lavorazioni rientranti nella categoria prevalente oggetto di appalto.

In sostanza, il Codice disciplina per negativo i limiti all'utilizzo dell'istituto, precisando che è vietato, in quanto risulterebbe affetto da nullità, l'accordo per subappaltare a terzi l'intera delle prestazioni appaltate o l'esecuzione prevalente della categoria principale delle prestazioni appaltate.

Pertanto, va detto che un limite percentuale all'impiego del subappalto, pur non essendo espressamente sancito, è previsto ed è pari al 50% delle prestazioni di riferimento (prevalenti e/o principali).

Ne deriva che l'aggiudicatario potrà affidare a terzi l'esecuzione maggioritaria della prestazione non principale ma non anche il 50,1% di quella principale e/o prevalente.

La nuova formulazione concede maggiore spazio discrezionale alle stazioni appaltanti, che potranno, sulla base di proprie valutazioni, calibrate in funzione dello specifico affidamento, decidere i limiti di utilizzo del subappalto. La decisione dell'Ente potrà, dunque, incidere sulle prestazioni subappaltabili e sulle quote di subappalto che possono essere affidate a terzi.

In astratto è consentito anche un divieto totale di subappalto, ciò appare confermato dal Parere del MIT n. 2158 del 19 luglio 2023, secondo cui *“la stazione appaltante non può limitarsi a vietare il subappalto in termini generali,*

bensi deve specificare, nella documentazione di gara, le prestazioni/lavorazioni oggetto del contratto, la cui esecuzione debba avvenire a cura dell'affidatario. Conseguentemente le motivazioni da porre a fondamento di tale scelta, devono essere correlate alle singole prestazioni/lavorazioni, ovvero all'unica tipologia di prestazione/lavorazione oggetto del contratto”.

L'amministrazione potrà con decisione motivata e collegata alle diverse o alla singola prestazione appaltata limitare la loro/sua esecuzione al solo aggiudicatario. Il divieto è, quindi, possibile ma non potrà realizzarsi senza una puntuale motivazione della stazione appaltante.

Anche in questo caso, come evidenziato nei primi due paragrafi del presente testo, le modifiche introdotte dall'art. 119 derivano da una diversa impostazione di sistema e cioè quella di un legislatore che *“immagina e delinea una Pubblica Amministrazione dotata di competenze forti, capace di gestire gli interventi pubblici secondo schemi consolidati nelle scienze gestionali e slegata da timori paralizzanti, che l'hanno indotta, in passato, a chiudersi in chiave difensiva e non aprirsi alla prospettiva del risultato”* (Il subappalto nel diritto pubblico – Dott.ssa Aurora Lento, Presidente di sezione interna TAR).

Quanto ai **termini operativi del subappalto** va ricordato che l'operatore economico dovrà indicare la sua volontà di subappaltare le prestazioni appaltate già nella sua offerta, precisando le prestazioni da affidare a terzi, scompare, invece, l'obbligo di indicare la **terna di subappaltatori**.

L'aggiudicatario che vorrà fare ricorso al subappalto dovrà trasmettere il contratto di subappalto alla Stazione Appaltante almeno **20 giorni prima** della data di effettivo inizio dell'esecuzione delle relative prestazioni. Il contratto dovrà indicare l'ambito operativo del subappalto sia in termini prestazionali che economici, la documentazione dovrà essere corredata **dalla dichiarazione del subappaltatore** attestante l'assenza delle cause di esclusione e il possesso dei requisiti di cui agli articoli 100 e 103 del Codice.

Inoltre, il **trattamento economico e normativo** dei lavoratori del subappaltatore non potrà essere inferiore a quello del contraente principale. Infatti, il subappaltatore è tenuto ad applicare i medesimi contratti collettivi nazionali di lavoro del contraente principale, qualora le attività oggetto di subappalto coincidano con quelle caratterizzanti l'oggetto dell'appalto.

Da evidenziare, infine, che il comma 10, dell'art. 119 del Codice, stabilisce a favore dell'affidatario la **possibilità di sostituire**, previa autorizzazione della

stazione appaltante, i subappaltatori relativamente ai quali, all'esito di apposita verifica, sia stata accertata la sussistenza di cause di esclusione.

10. La Commissione giudicatrice

La relazione del Consiglio di Stato allo schema definitivo del Codice premette all'art. 93, che la nuova disciplina della commissione di gara è stata innovata, costituendo ora la sintesi di due orientamenti contrapposti.

Il primo – potrebbe dirsi – restrittivo, teso a comporre la commissione di gara esclusivamente con risorse interne all'amministrazione, il secondo volto a ad ammettere la composizione della stessa prioritariamente con soggetti esterni.

Il Codice, pertanto, da un lato supera la precedente impostazione, abolendo l'Albo dei commissari tenuto dall'ANAC, dall'altro introduce modifiche tese a chiarire alcuni contrasti interpretativi intervenuti in materia, derivanti dalla formulazione prevista dal D.Lgs. n. 50/2016 (artt. 77 e 78).

La commissione è nominata dopo la scadenza del termine per la presentazione delle offerte ed è composta da un numero **dispari** di componenti **non superiore a 5**, esperti nel settore di riferimento.

Tali soggetti sono scelti tra i dipendenti, in possesso del necessario inquadramento giuridico e di adeguate competenze, della stazione appaltante o delle amministrazioni beneficiarie dell'affidamento, nel caso di indisponibilità degli stessi tra funzionari di altre amministrazioni e, in caso di documentata indisponibilità, tra professionisti esterni.

La nuova formulazione valorizza l'esperienza del commissario, non venendo più in rilievo la sua qualifica, non è, infatti, più richiesto che la commissione sia presieduta da un dirigente dell'amministrazione.

Va aggiunto, che la nuova formulazione sembrerebbe introdurre **una scala gerarchica**, che conferisce priorità nella scelta dei commissari al personale dell'Amministrazione, subordinatamente a quello di altre amministrazione e, infine, a soggetti esterni. In ogni caso, la scelta è orientata dai **criteri di trasparenza, competenza e rotazione**.

Quest'ultimo, in particolare, assicura un continuo ricambio, la formazione di più soggetti all'interno dell'amministrazione e impedisce il consolidamento di incarichi nelle mani di singoli o pochi soggetti, con conseguenti favoritismi. L'intento (meritevole) è in sostanza quello di creare un ambiente non fertile per la corruzione e la malamministrazione.

La **competenza** è assicurata valutando le aree e i settori oggetto dell'affidamento e, quindi, la relativa esperienza dei soggetti che possono essere chiamati a membro della commissione giudicatrice. Si ritiene che la competenza possa essere assicurata anche quando garantita dalla maggioranza dei membri prescelti, ciò fermo restando la capacità degli altri soggetti di far parte e svolgere le attività demandate a una commissione giudicatrice. È fondamentale, insomma, che la Commissione sia in grado di eseguire una scelta tecnico discrezionale nel settore di riferimento, oggetto dell'appalto.

Il criterio di **trasparenza** è assicurato ai sensi dell'art. 28, comma 2, del Codice con la pubblicazione sulla Banca dati nazionale dei contratti pubblici della composizione della commissione giudicatrice e i curricula dei suoi componenti. L'obiettivo è quello di consentire a chi ne abbia interesse, di valutare in maniera trasparente e pubblicamente la competenza dei soggetti chiamati alla valutazione in fase di gara e dunque, la legittimità delle relative scelte.

Il RUP può far parte della commissione mentre quest'ultima può, su richiesta del RUP, fare da supporto nelle attività di verifica dell'anomalia dell'offerta. È così risolto il contrasto in ordine alla compatibilità del ruolo di RUP con le funzioni della commissione.

Inoltre, con particolare riferimento alle procedure sottosoglia affidate con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, l'art. 51 del Codice stabilisce che *“alla commissione giudicatrice può partecipare il RUP, anche in qualità di presidente”*.

Non possono essere nominati commissari coloro che: a) nel biennio precedente all'indizione della procedura di aggiudicazione sono stati componenti di organi di indirizzo politico della stazione appaltante; b) 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) 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'art. 7 del regolamento recante il Codice di comportamento dei dipendenti pubblici, di cui al D.P.R. 16 aprile 2013, n. 62).

È stata espunta la **causa di incompatibilità** c.d. endo-procedimentale, che impediva di assumere il ruolo di commissario ai soggetti che nelle fasi precedenti all'affidamento si erano occupati dell'appalto.

“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". Tale previsione consente, peraltro, alla commissione che sia stata riconvocata a seguito dell'annullamento della precedente aggiudicazione, di rideterminarsi e adottare un nuovo giudizio derivante dal riesame delle offerte.

L'unica eccezione è il caso in cui l'annullamento derivi da un vizio di composizione della stessa commissione.

Quanto appena evidenziato è riferito alle procedure definite con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, il comma 7, dell'art. 93, infatti, chiude le disposizioni stabilite in materia, stabilendo che nel caso di affidamento con il criterio del **minor prezzo o costo**, la valutazione delle offerte è effettuata da un **seggio di gara**, anche **monocratico**, che è soggetto alle stesse cause di incompatibilità suesposte, relative alla commissione giudicatrice.

Va evidenziato che la nomina del seggio di gara, a differenza della commissione giudicatrice, avviene nel rispetto dei criteri di **trasparenza e competenza**, non anche di quello di rotazione. Il motivo di questa diversa impostazione deve individuarsi nel fatto che il seggio di gara non è chiamato a valutazioni (discrezionali) bensì al mero confronto e calcolo dei prezzi delle offerte degli operatori economici offerenti.

Non è, quindi, prevista la rotazione dei suoi componenti ma la scelta di tali soggetti rimane condizionata dalla verifica in capo ad essi delle necessarie competenze per condurre tali attività di gara.

11. Il soccorso istruttorio

11.1 Introduzione

L'istituto del soccorso istruttorio non richiede particolari approfondimenti, in quanto ben noto agli operatori economici, occorre, pertanto, soffermarsi sulle novità introdotte dal Codice allo stesso.

L'art. 101 del Codice, che ora disciplina l'istituto, si caratterizza per una formulazione più permissiva e chiara, l'obiettivo del Legislatore è quello di superare i formalismi e alcuni contrasti interpretativi generati dalla precedente disciplina, compresi quelli tra irregolarità essenziali e non.

Va detto preliminarmente che la digitalizzazione delle procedure ad evidenza pubblica e i profili online degli operatori economici sulle varie piattaforme di acquisto degli enti (ove sono precaricate e conservate tutte le informazioni che riguardano il concorrente), in altre parole la smaterializzazione degli affidamenti pubblici, che ora avviene quasi esclusivamente con procedure e sistemi online, che non consentono di trasmettere la propria offerta in mancanza della corretta compilazione dei relativi *form*, sono fattori che annullano quasi completamente le occasioni di soccorso istruttorio.

In sostanza, una procedura online per l'invio dell'offerta che non permette materialmente il suo invio senza aver prima compilato, spuntato, allegato e riempito tutti i campi, le informazioni e i documenti richiesti, riduce drasticamente i casi in cui può verificarsi una mancanza dell'operatore economico per cui ricorrere a un successivo soccorso istruttorio.

Ritornando al Codice, la norma stabilisce l'obbligo per l'Amministrazione di attivare il soccorso istruttorio al fine di consentire all'operatore economico di **integrare ogni elemento mancante** la documentazione trasmessa alla stazione appaltante nel termine per la presentazione delle offerte con la domanda di partecipazione alla procedura di gara o con il documento di gara unico europeo, nonché di **sanare ogni omissione, inesattezza o irregolarità** della domanda di partecipazione, del documento di gara unico europeo e di ogni altro documento richiesto dalla stazione appaltante per la partecipazione alla procedura di gara, compresa la mancata presentazione della garanzia provvisoria, del contratto di avvalimento e dell'impegno a conferire mandato collettivo speciale in caso di RTI

non ancora costituiti, a condizione che la documentazione integrativa presenti data certa anteriore al termine fissato per la presentazione delle offerte.

In tal senso, il T.A.R. Perugia, Sez. I, 23 dicembre 2023, n. 758, ha stabilito l'illegittimità dell'esclusione disposta nei confronti dell'operatore economico che aveva chiesto di essere riammesso in autotutela alla procedura, previo soccorso istruttorio finalizzato a comprovare il possesso del requisito di qualificazione professionale dichiarato parzialmente. *“La stazione appaltante avrebbe dovuto consentire a Energos di integrare gli elementi dichiarativi non esplicitati nel documento presentato in gara, trattandosi di irregolarità essenziale sanabile, in coerenza con il principio del favor participationis, senza violare la parità di trattamento dei concorrenti (discutendosi di servizi svolti, come detto, prima della scadenza del termine per la presentazione delle offerte) ed al fine di evitare esclusioni dettate da ragioni meramente formalistiche che non soddisfano l'interesse sostanziale della stazione appaltante a selezionare, nella più ampia platea di concorrenti, quello che, in possesso dei requisiti richiesti dalla legge di gara, risulti il più idoneo all'esecuzione delle prestazioni oggetto dell'affidamento”*.

La pronuncia riguarda una procedura indetta ai sensi del Codice, la decisione è esemplificativa della volontà del Legislatore di non focalizzare l'operato dell'amministrazione su questioni meramente formalistiche.

Resta fermo il divieto di sanare o integrare gli elementi che compongono l'offerta tecnica e l'offerta economica.

Nel caso di attivazione del soccorso istruttorio, l'operatore economico dovrà dare seguito alla richiesta nel termine assegnato, **pena l'esclusione** dalla procedura.

Il comma 3, dell'art. 101, stabilisce che la Stazione appaltante può sempre richiedere **chiarimenti** sui contenuti dell'offerta tecnica ed economica e su ogni loro allegato, al fine di definirne la portata o il tenore. In tal caso, la richiesta e il riscontro dell'operatore economico (a cui – in questo caso – non è collegato un automatismo espulsivo) non possono modificare il contenuto dell'offerta tecnica e dell'offerta economica.

Si tratta del **soccorso istruttorio “procedimentale”** che *“abilita la stazione appaltante a sollecitare chiarimenti o spiegazioni sui contenuti dell'offerta tecnica e/o dell'offerta economica, finalizzati a consentirne l'esatta acquisizione e a ricercare l'effettiva volontà dell'impresa partecipante, superandone le eventuali ambiguità, a condizione di pervenire ad esiti certi circa la portata dell'impegno negoziale assunto, e fermo in ogni caso il divieto (strettamente correlato allo*

stringente vincolo della par condicio) di apportarvi qualunque modifica” (Consiglio di Stato, Sez. V, 21 agosto 2023, n. 7870).

In alcuni casi la sua attivazione è un vero e proprio onere per l'amministrazione, così come precisato dal T.A.R. Palermo, Sez. III, 19 dicembre 2023, n. 3787, secondo cui *“il rifiuto di riconsiderare il contenuto dell’offerta economica alla luce dei chiarimenti offerti, nonostante l’esistenza di una evidente anomalia nella formulazione dell’offerta tale da manifestare un errore ostativo (attinente cioè non alla formazione della volontà negoziale dell’offerente, ma alla sua semplice esternazione), integra senza dubbio una **violazione dei principi di buona fede e affidamento** che, ai sensi dell’art. 5, d.lgs. n. 36/2023, reggono ogni procedura di gara e impongono l’obbligo del soccorso istruttorio e procedimentale nei casi previsti dall’art. 101 del nuovo Codice dei contratti pubblici, tanto più nel caso in esame in cui all’inesatta individuazione della base d’asta a cui riferire il ribasso percentuale espresso ha contribuito non poco – come si è visto – l’infelice formulazione testuale dell’art. 4 del capitolato speciale d’appalto”.*

11.2 Il soccorso istruttorio “correttivo”

Va, infine, evidenziata la novità più importante introdotta dalla nuova formulazione del soccorso istruttorio. Infatti, il comma 4, dell’art. 101, ha stabilito a favore dell’operatore economico una **facoltà di rettifica** della propria offerta.

Nel dettaglio, la norma stabilisce che fino al giorno fissato per l’apertura delle offerte (*quindi anche dopo lo spirare del termine di presentazione delle offerte*), l’operatore economico che si sia avveduto di un errore materiale contenuto nell’offerta tecnica o nell’offerta economica (e.g. incongruenza tra importi unitari e importo complessivo dell’offerta economica), potrà richiedere, con le stesse modalità della presentazione, la rettifica della propria offerta.

Tale possibilità **non potrà comportare** la presentazione di una nuova offerta, o comunque la sua modifica sostanziale.

È essenziale, inoltre, che la richiesta avvenga garantendo l’anonimato e con l’espressa dichiarazione dell’intento di eseguire una rettifica della propria offerta.

Ciò posto, non è ben chiaro, in specie considerato la modalità telematica di invio, se la richiesta di rettifica sia diretta, quindi già contenente la correzione che si intende eseguire, o, appunto, una richiesta a cui dovrà fare seguito un riscontro dell’amministrazione sulle modalità per esercitarla.

In considerazione della formulazione del Bando tipo n. 1 dell'ANAC, sembrerebbe potersi rispondere al quesito nel senso che l'operatore economico debba richiedere preliminarmente di potersi avvalere di tale facoltà (*“a seguito della richiesta, sono comunicate all'operatore economico le modalità e i tempi con cui procedere all'indicazione degli elementi che consentono l'individuazione dell'errore materiale e la sua correzione”*).

12. Offerte anomale e incongrue

Il Legislatore ha rivisto il procedimento di verifica della congruità delle offerte, lo ha fatto dando applicazione ai criteri guida utilizzati nella redazione del Codice e, dunque, conferendo maggiore importanza alle scelte della singola amministrazione.

Queste ultime, grazie all'eliminazione delle soglie di rilevanza, potranno caso per caso stabilire nella legge di gara i criteri necessari alla valutazione delle eventuali offerte anormalmente basse, il cui vaglio, pertanto, non dipenderà più da limiti prefissati *ex ante*.

Il Codice disciplina all'art. 110 le offerte anormalmente basse nell'ambito di appalti aggiudicati con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e all'art. 54 le offerte anomale nell'ambito di procedure ad evidenza pubblica di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea, che non presentano un interesse transfrontaliero certo e aggiudicate con il criterio del prezzo più basso.

12.1 Appalti sopra-soglia e sotto-soglia aggiudicati con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa

Si è anticipato che il Legislatore ha scelto di attribuire alle stazioni appaltanti la decisione (discrezionale) di stabilire nella legge di gara gli elementi specifici su cui fondare il successivo giudizio di anomalia delle offerte.

L'art. 110 stabilisce, infatti, che *“le stazioni appaltanti valutano la congruità, la serietà, la sostenibilità e la realizzabilità della migliore offerta, che (...) appaia anormalmente bassa. Il bando o l'avviso indicano gli elementi specifici ai fini della valutazione”*.

La norma in parola, come anticipato, ha espunto ogni riferimento a criteri predeterminati per l'individuazione delle offerte anomale.

Il giudizio, naturalmente, dovrà essere fondato su criteri oggettivi, questo è il motivo per cui l'Amministrazione dovrà indicare negli atti di gara il **criterio di valutazione prescelto**. Quest'ultimo **potrà consistere** a) nei criteri già previsti dall'art. 97, commi 2 e 2-bis. del D.Lgs. n. 50/2016, b) in uno dei metodi di calcolo definiti dall'Allegato II.2 al Codice o c) in quelli individuati sulla base dell'esperienza di altri ordinamenti o dalle stesse amministrazioni.

Quanto al procedimento di verifica, esso rimane sostanzialmente inalterato, articolandosi in un contraddittorio procedimentale (subprocedimento di verifica), **condotto dal RUP**, con l'eventuale ausilio della commissione giudicatrice (ex art. 93, comma 1), che assegnerà all'appaltatore un termine non superiore a **15 giorni** per fornire le sue giustificazioni.

Queste ultime potranno 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.

Non sono ammesse giustificazioni sui trattamenti salariali minimi e per gli oneri di sicurezza.

L'offerta è esclusa quando: a) non rispetta gli obblighi in materia ambientale, sociale e del lavoro; b) non rispetta gli obblighi di cui all'art. 119 in materia di subappalto; c) sono incongrui gli oneri aziendali della sicurezza di cui all'art. 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'art. 41, comma 13.

Quanto a tale ultimo profilo va ricordato che ai sensi dell'art. 41, comma 14, *“resta ferma la possibilità per l'operatore economico di dimostrare che il ribasso complessivo dell'importo deriva da una più efficiente organizzazione aziendale”*. Infatti, *“se il legislatore avesse voluto considerare tali costi fissi e invariabili, non avrebbe avuto senso richiedere ai concorrenti di indicarne la misura nell'offerta economica, né avrebbe avuto senso includere anche i costi della manodopera tra gli elementi che possono concorrere a determinare l'anomalia dell'offerta”*.

Può, dunque, chiarirsi che il costo della manodopera è modificabile ma una scelta del genere assoggetterà l'offerta a un'automatica verifica dell'anomalia (*“la conseguenza per l'operatore economico che applichi il ribasso anche ai costi della manodopera è, **non l'esclusione dalla gara, ma l'assoggettamento della sua offerta alla verifica dell'anomalia**: in quella sede l'operatore economico avrà l'onere di dimostrare che il ribasso deriva da una più efficiente organizzazione aziendale **oltre il rispetto dei minimi salariali**”* T.A.R. Firenze, Sez. IV, 29 gennaio 2024, n. 120).

12.2 Appalti sotto-soglia che non presentano un interesse transfrontaliero certo aggiudicati con il criterio del minor prezzo

Quanto agli appalti in oggetto (su cui si è già anticipato - § 5), la disciplina di riferimento è definita dall'art. 54 del Codice, secondo cui *“le stazioni appaltanti, in deroga a quanto previsto dall'articolo 110, prevedono negli atti di gara l'esclusione automatica delle offerte che risultano anomale, qualora il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a cinque”*.

L'esclusione automatica è, quindi, ancora ammissibile ma solo al ricorrere di tali condizioni e nell'ambito degli affidamenti in parola. Va aggiunto che l'esclusione automatica è una scelta rimessa all'Amministrazione, che dipende dalla sua previsione negli atti di gara¹⁴.

Il metodo di calcolo della soglia di anomalia è selezionando senza alcuna motivazione tra i tre metodi stabiliti nell'Allegato II.2 del Codice. Esso potrà essere predefinito nella legge di gara o sorteggiato in sede di valutazione delle offerte.

Va ricordato, inoltre, che la Stazione appaltante potrà scegliere discrezionalmente di valutare la congruità di ogni altra offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa. **Ciò indipendentemente dalla presenza o meno di 5 offerte** (*“in ogni caso le stazioni appaltanti possono valutare la congruità di ogni altra offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa”* art. 54, comma 1).

In tal senso, occorre richiamare l'orientamento consolidato secondo cui ***“la decisione di non procedere alla mancata verifica di anomalia dell'offerta, pertanto, costituisce una scelta discrezionale e facoltativa dell'amministrazione, che diventa sindacabile dal giudice amministrativo solo nei casi di manifesta illogicità e ragionevolezza, o quando alla base vi sia un decisivo errore di fatto”***.

Potrebbe darsi il caso che la legge di gara di una procedura sottosoglia non preveda il suddetto meccanismo dell'esclusione automatica e che, al contempo, l'amministrazione non esegua alcuna indagine rispetto la congruità dell'offerta dell'aggiudicatario.

¹⁴ Lo Schema definitivo di 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”* - Relazione agli articoli e agli allegati, Roma, 7 dicembre 2022, p. 81 fa, infatti, riferimento testualmente alla *“citata opzione per l'esclusione automatica delle offerte”*.

Ebbene, in questo caso, ricorrendone i presupposti, non resta che adire l'Autorità giudiziaria, come avvenuto di recente, ove il T.A.R. Sicilia è stato chiamato a pronunciarsi in ordine a una fattispecie in cui la mancata previsione negli atti di gara dell'esclusione automatica e la mancata attivazione dell'amministrazione della verifica facoltativa dell'anomalia dell'offerta, avevano determinato la salvezza di un'offerta macroscopicamente incongrua.

Il T.A.R. Sicilia ha, quindi, annullato il provvedimento di aggiudicazione, ritenendo violato il principio della fiducia (tra i capisaldi del sistema di principi del Codice - § 2.2), in quanto *“tradito l'interesse pubblico sotteso ad una gara”* e fatto un *“uso della discrezionalità tecnica distorto e contrario al principio di buon andamento di cui all'art. 97 Cost.”*.

“L'Amministrazione, nell'esercizio della sua discrezionalità ampliata dai principi della fiducia e del risultato, avrebbe dovuto disporre il giudizio di anomalia nei confronti della parte controinteressata, nell'ottica di assicurarsi di compiere la scelta più funzionale al soddisfacimento dell'interesse pubblico sotteso alla procedura di gara” (T.A.R. Catania, Sez. III, 7 febbraio 2024, n. 478).

13. I requisiti di ordine generale

La Parte V, Titolo IV (requisiti di partecipazione e la selezione dei partecipanti), Capo II, del Codice disciplina con gli artt. da 94 a 98 i requisiti di ordine generale degli operatori economici e cioè quelli che compongono la parte amministrativa dell'offerta, che costituiscono condizione essenziale per la stessa partecipazione alla procedura di affidamento d'interesse.

Si tratta sostanzialmente delle cause di esclusione degli operatori economici, disciplinate dal D.Lgs. n. 50/2016 attraverso il ben noto art. 80.

Il Codice ha spacchettato la norma in parola, regolando con l'art. 94 le cause di **esclusione automatica**, con l'art. 95 le cause di **esclusione non automatica** e con l'art. 97 le cause di esclusione relative ai membri dei RTI (v. § 7), in ultimo l'art. 98 contiene la disciplina dell'**illecito professionale grave**.

Va immediatamente detto che la nuova disciplina **ha eliminato ogni riferimento** al possesso dei requisiti di ordine generale in capo ai **soggetti cessati** dalla carica nell'anno precedente la data di pubblicazione del bando di gara, inoltre è stato espunto il riferimento al **socio di maggioranza** in caso di società con un numero di soci **pari o inferiore a quattro** e, in attuazione di alcune pronunce giurisprudenziali, prevista la rilevanza delle cause di esclusione in capo agli **amministratori di fatto**.

13.1 Le cause di esclusione automatica

L'art. 94 stabilisce le cause di esclusione obbligatoria e cioè quelle per cui non residua alcun margine di apprezzamento. La norma riproduce quasi integralmente le disposizioni di cui ai commi 1 – 4 dell'art. 80 del D.Lgs. n. 50/2016.

Tra le ulteriori modifiche da segnalare va evidenziata l'inoperatività della causa di esclusione prevista dal comma 2 (in materia antimafia), ove l'azienda interessata sia stata ammessa al controllo giudiziario ex art. 34-bis del D.Lgs. n. 159/2011 entro la data dell'aggiudicazione.

Il comma 4 precisa in riferimento ai **controlli sui soci**, che la rilevanza degli stessi e, dunque, l'esclusione, nel caso di **soci persone giuridiche**, va considerata solo se le cause di esclusione sono riferite agli amministratori del socio persona giuridica.

L'ultima parte dell'art. 94 riprende la disciplina in materia di violazioni gravi, definitivamente accertate, degli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali. A tal fine, la norma fa espresso richiamo all'Allegato II.10 (che riproduce il D.M. 22 settembre 2022), secondo cui *“costituiscono gravi violazioni quelle che comportano un omesso pagamento di imposte e tasse superiore all'importo di cui all'articolo 48-bis, commi 1 e 2-bis, del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 602. Costituiscono violazioni definitivamente accertate quelle contenute in sentenze o atti amministrativi non più soggetti a impugnazione. Costituiscono gravi violazioni in materia contributiva e previdenziale quelle ostative al rilascio del documento unico di regolarità contributiva (DURC), di cui al decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali 30 gennaio 2015, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana n. 125 del 1° giugno 2015, ovvero delle certificazioni rilasciate dagli enti previdenziali di riferimento non aderenti al sistema dello sportello unico previdenziale”* (Art. 1 –Allegato II.10).

Ai sensi dell'art. 99 l'accertamento delle cause di esclusione automatica dovrà avvenire mediante la consultazione del fascicolo virtuale dell'operatore economico di cui all'art. 24 del Codice.

13.2 Le cause di esclusione non automatica

A differenza delle cause di esclusione considerate nel paragrafo che precede, l'art. 95, in cui va inclusa la fattispecie dell'illecito professionale (art. 98), impone alle Amministrazioni un margine di apprezzamento della situazione verificatasi in capo all'operatore economico, che va ricondotto alla sua discrezionalità tecnica, in forza del quale gli Enti stabiliranno se comminare o meno l'esclusione dell'appaltatore.

Tale potere è collegato alla rilevanza stessa del fatto e ai criteri per la sua valutazione, entrambi stabiliti oggettivamente dalla norma in commento, ove l'Amministrazione è chiamata all'accertamento in concreto dell'impatto dell'evento sulla specifica gara.

L'accertamento non potrà svolgersi senza il necessario collegamento al *“sistema di principi”* che la prima parte del Codice pone come immanenti ad ogni attività, in specie quelle discrezionali, eseguita dall'Amministrazione nel corso delle procedure ad evidenza pubblica. Tra questi vanno ricordati i principi del risultato e della fiducia (§ 2)

La prima parte dell'art. 95 evidenzia tutte le cause facoltative di esclusione **diverse dagli illeciti professionali**, in ciò va segnalata la differenza tra gli artt. 95 e 98, quest'ultimo, infatti, si concentra esclusivamente sulla fattispecie dell'illecito professionale.

Il comma 2 dell'art. 95 riguarda l'omesso pagamento di imposte, tasse contributi previdenziali, anche in questo caso viene fatto espresso richiamo all'Allegato II.10 ma la differenza rispetto al comma 6 dell'art. 94 (esclusione automatica) sta nel fatto che, come detto, in relazione alle fattispecie ivi richiamate la Stazione appaltante dovrà verificare (discrezionalmente) la gravità del fatto ai fini dell'eventuale esclusione.

In tal senso, l'art. 2 dell'Allegato II.10 stabilisce che *“si considera violazione l'inottemperanza agli obblighi, relativi al pagamento di imposte e tasse derivanti dalla: a) **notifica di atti impositivi**, conseguenti ad attività di controllo degli uffici; b) **notifica di atti impositivi**, conseguenti ad attività di liquidazione degli uffici; c) **notifica di cartelle di pagamento** concernenti pretese tributarie, oggetto di comunicazioni di irregolarità emesse a seguito di controllo automatizzato o formale della dichiarazione”*.

Va ricordato che *“la violazione si considera grave quando comporta l'inottemperanza a un obbligo di pagamento di imposte o tasse per un importo che, con esclusione di sanzioni e interessi, è pari o superiore al 10 per cento del valore dell'appalto. Per gli appalti suddivisi in lotti, la soglia di gravità è rapportata al valore del lotto o dei lotti per i quali l'operatore economico concorre. In caso di subappalto o di partecipazione in raggruppamenti temporanei o in consorzi, la soglia di gravità riferita al subappaltatore o al partecipante al raggruppamento o al consorzio è rapportata al valore della prestazione assunta dal singolo operatore economico. In ogni caso, l'importo della violazione non deve essere inferiore a 35.000 euro. Costituiscono gravi violazioni in materia contributiva e previdenziale quelle ostative al rilascio del DURC”* (art. 3 dell'Allegato II.10).

È necessario, dunque, eseguire una doppia valutazione, che tenga conto della “gravità” della violazione e dell'intervento di un atto che abbia manifestato la stessa.

La **violazione non rileva** se è intervenuta una pronuncia giurisdizionale favorevole all'operatore economico non passata in giudicato e quando sono stati adottati provvedimenti di sospensione giurisdizionale o amministrativa.

13.3 L'illecito professionale

Si è anticipato che la valutazione dell'amministrazione può riferirsi anche ad eventi che integrano la fattispecie dell'illecito professionale, che trova la sua organica regolamentazione nell'art. 98.

La norma in parola **definisce nel dettaglio gli eventi e i fatti** che possono integrare una fattispecie di illecito professionale rilevante ai fini dell'esclusione (comma 3) e **stabilisce le condizioni** affinché tali eventi e fatti possano considerarsi ai fini della valutazione dell'eventuale esclusione (comma 2).

In tal senso, le condizioni necessarie, che devono ricorrere **congiuntamente**, sono: 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 di cui al comma 6.

Va aggiunto che il provvedimento di esclusione, adottato all'esito del giudizio dell'amministrazione, va motivato con espresso riferimento alla valutazione di tutte e tre le citate condizioni (comma 8.)

È fondamentale precisare che l'illecito professionale grave **rileva solo se compiuto dall'operatore economico** (comma 1). La precisazione è indispensabile in quanto la causa di esclusione potrebbe discendere indirettamente, e cioè dalla persona fisica dotata di particolari cariche all'interno della società.

Eccezione alla regola sono le fattispecie di cui al comma 3, lettere g) ed h), art. 98, che a causa della loro gravità assumo rilevanza anche in termini di "*contagio*" e cioè anche se compiute dal soggetto che rivesta ruoli rilevanti ai fini della norma all'interno della società (art. 94, comma 3).

Al ricorrere dei suddetti eventi rilevanti (comma 3) e condizioni (potrebbe dirsi di "procedibilità" ai fini della valutazione dell'illecito professionale – comma 2) previsti dalla norma in commento, l'Amministrazione è tenuta a una **valutazione di gravità** fondata sul bene giuridico e sull'entità della lesione inferta dalla condotta e del tempo trascorso dalla violazione (comma 4).

Dal tenore della norma può evincersi che è richiesto in capo all'amministrazione un onere motivazionale approfondito, che, dunque, non potrà essere limitato a considerazioni di facciata, bensì a un'analisi che prenda in considerazione tutti i diversi elementi di procedibilità, valutativi e probatori stabiliti dall'art. 98.

Nell'ambito di tale valutazione assumono rilevanza **le dichiarazioni omesse o non veritiere** rese nella stessa gara, che non costituiscono causa autonoma ed

automatica di esclusione ma che l'Ente prenderà in considerazione per il suo giudizio (comma 5).

Tale ultimo comma precisa che per dichiarazioni omesse o non veritiere non si intendono quelle che assumono rilevanza ai sensi della stessa norma (art. 98, comma 3, lett. b) in termini di illecito professionale e cioè *“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”*.

La differenza tra le due fattispecie appare sottile, potendo, pertanto, essere causa di contenzioso. Va, quindi, richiamato l'orientamento consolidato sull'argomento, che distingue nettamente l'omissione dalle dichiarazioni false o reticenti, il quale è senz'altro metro di paragone per distinguere le due fattispecie in esame.

Nel seguente paragrafo verranno analizzate ulteriori conseguenze ed effetti giuridici collegati alle eventuali omesse dichiarazioni dell'operatore economico.

13.4 Meccanismi di salvezza e valutazione delle cause di esclusione

Il procedimento di esclusione è regolato da una norma comune, l'art. 96, che disciplina le modalità operative per l'applicazione delle cause di esclusione automatiche e non.

Tale norma rappresenta una vera innovazione, in quanto i commi da 2 a 6 stabiliscono dei meccanismi estranei alla disciplina previgente, che consentono, ricorrendo certe condizioni, la “salvezza” dell'operatore economico colto in fallo.

Quanto al procedimento, va innanzitutto evidenziato che le cause di esclusione **rilevano in qualunque momento della procedura** e in collegamento a **atti compiuti od omessi prima o nel corso della procedura** (comma 1).

A tal proposito la norma in commento onera l'operatore economico **all'immediata comunicazione all'amministrazione** della sussistenza dei fatti e dei provvedimenti che possono costituire causa di esclusione ai sensi degli artt. 94 e 95, ove non menzionati nel proprio fascicolo virtuale (comma 14). L'omissione, in tal caso, assumerà rilevanza ai fini dell'eventuale valutazione dell'illecito professionale (v. paragrafo precedente).

Qualora, invece, ricorra una fattispecie di falsa dichiarazione o falsa documentazione, nelle procedure di gara e negli affidamenti di subappalto, la stazione appaltante dovrà darne 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, con validità di **due anni** (comma 15).

L'art. 96 stabilisce, altresì, la rilevanza temporale delle cause di esclusione. A tal fine, fissa diverse durate (3 anni, per la sola gara d'interesse, perpetua, etc.) a seconda della rilevanza della gravità della violazione commessa. Ad esempio, nel caso di gravi infrazioni delle norme in materia di salute e di sicurezza sul lavoro nonché agli obblighi in materia ambientale, sociale e del lavoro (art. 95, comma 1, lett. a), la causa di esclusione avrà una rilevanza di 3 anni.

Quanto al procedimento di “**sanatoria**” della posizione dell'operatore economico colto da una causa di esclusione, l'art. 96 stabilisce che se la:

- a) **causa di esclusione si è verificata successivamente alla presentazione dell'offerta:** l'operatore economico al fine di non essere escluso adotta e comunica all'Amministrazione le misure di *self cleaning* adottate (comma 4);
- b) **causa di esclusione si è verificata prima della presentazione dell'offerta:** l'operatore economico, contestualmente all'offerta, al fine di non essere escluso la comunica alla stazione appaltante e, alternativamente, comprova **1)** di avere adottato le misure di *self cleaning* o **2)** l'impossibilità di adottarle prima della presentazione dell'offerta, impegnandosi ad attuarle ai sensi della precedente lettera a) (comma 3).

La linea di demarcazione temporale da tenere in considerazione è, pertanto, il momento della presentazione dell'offerta.

Le misure di *self cleaning* sono disciplinate dal successivo comma 6, a norma del quale l'operatore economico “*può fornire prova del fatto che le misure da lui adottate sono sufficienti a dimostrare la sua affidabilità*”.

Tali misure verranno valutate dall'amministrazione, **comparandole** alla gravità e alle particolari circostanze del reato o dell'illecito nonché verificando la **tempestività e l'adequatezza** della loro attuazione. La stazione appaltante, pertanto, escluderà l'operatore economico qualora le misure adottate siano valutate intempestive o insufficienti.

La congiunzione (“o”) utilizzata dalla norma lascia intendere che basta il mancato superamento anche di una sola delle due condizioni per determinare l’esclusione dell’appaltatore dalla gara.

È fondamentale evidenziare che il **meccanismo di salvezza** appena delineato **non opera** qualora ricorrano le cause di esclusione tipizzate dagli artt. 94, comma 6, e 95, comma 2.

14. I requisiti speciali di partecipazione

14.1 Panoramica

Si tratta dei requisiti tradizionalmente ripartiti in a) idoneità professionale, b) capacità economica e finanziaria e c) capacità tecniche e professionali, i quali, come in precedenza, dovranno essere proporzionati e attinenti all'oggetto dell'appalto.

L'art. 100 del Codice, che ora disciplina la materia in commento, precisa che le stazioni appaltanti potranno richiedere esclusivamente i requisiti di partecipazione ivi stabiliti.

Tra questi quale requisito di **capacità economica e finanziaria** un fatturato globale non superiore al doppio del valore stimato dell'appalto, maturato nel triennio precedente a quello di indizione della procedura. In caso di procedure di aggiudicazione suddivise in pluralità di lotti, salvo diversa motivata scelta della stazione appaltante, **il fatturato è richiesto per ciascun lotto**.

Quanto alla **capacità tecnica e professionale** le amministrazioni potranno richiedere di aver eseguito nel precedente triennio dalla data di indizione della procedura di gara contratti analoghi a quello in affidamento anche a favore di soggetti privati.

Viene espunto ogni riferimento ad ulteriori requisiti, **l'unica eccezione è l'art. 102**, secondo cui le amministrazioni potranno richiedere agli operatori economici (quali requisiti aggiuntivi) di impegnarsi a garantire la stabilità occupazionale del personale, garantire l'applicazione di CCNL pertinenti all'oggetto dell'appalto, garantire le pari opportunità generazionali, di genere e di inclusione lavorativa per le persone con disabilità o svantaggiate.

Gli **appalti di lavori** continuano ad essere regolati dal sistema delle SOA, le cui attestazioni verranno rilasciate da società autorizzate dall'ANAC. Il sistema delle SOA e, dunque, il loro rilascio e mantenimento, è ora regolato dall'**Allegato II.12** del Codice, che sarà abrogato e sostituito da un successivo regolamento adottato su proposta del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, sentita l'ANAC.

La novità più importante sta nel comma 11 dell'art. 100, secondo cui i predetti requisiti **per gli appalti di servizi e forniture** di capacità economica e finanziaria - tecniche e professionali **saranno sostituiti da un sistema di attestazione SOA**, equivalente o, comunque, simile, a quello attualmente in vigore

per gli appalti di lavori. Il nuovo sistema di qualificazione entrerà in vigore con l'adozione del predetto regolamento sostitutivo dell'Allegato II.12, pertanto i predetti requisiti sono entrati in una fase transitoria della loro applicazione, in attesa della loro definitiva sostituzione.

14.2 Requisiti (ibridi) aggiuntivi

Si è anticipato che in forza del combinato disposto degli artt. 102 e 100, comma 12, del Codice le Stazioni appaltanti potranno richiedere il possesso di ulteriori requisiti necessari dell'offerta.

Si tratta di quelli stabiliti dall'art. 102 e cioè l'impegno dell'operatore economico a garantire a) la stabilità occupazionale del personale impiegato; b) l'applicazione dei CCNL connessi alle prestazioni appaltate e stipulati dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro più rappresentative sul piano nazionale; c) le stesse tutele economiche e normative per i lavoratori in subappalto; d) le pari opportunità generazionali, di genere e di inclusione lavorativa per le persone con disabilità o svantaggiate.

Le previsioni di cui alla lett. a) vanno assicurate aderendo alle clausole sociali¹⁵ stabilite dalla legge di gara e, dunque, provvedendo in via prioritaria all'assunzione del personale del fornitore uscente nel caso di aumento del personale destinato alla specifica commessa d'interesse o nel caso di riduzione del personale impiegato per l'esecuzione delle prestazioni, definendo la minore disponibilità unitamente alle rappresentanze sindacali e all'amministrazione¹⁶.

Va aggiunto che tra le clausole sociali l'amministrazione potrebbe stabilire la richiesta di un piano di riassorbimento del personale del fornitore uscente, la cui mancata presentazione equivale a mancata accettazione della clausola sociale e cioè all'esclusione dalla procedura.

¹⁵ Va ricordato che "è consolidato l'orientamento in base al quale deve consentirsi un'applicazione elastica e non rigida della clausola sociale di cui all'art. 50 del D.Lgs. n. 50 del 2016, per contemperare l'obbligo di mantenimento dei livelli occupazionali del precedente appalto con la libertà d'impresa e con la facoltà in essa insita di organizzare il servizio in modo efficiente e coerente con la propria organizzazione produttiva, al fine di realizzare economie di costi da valorizzare a fini competitivi nella procedura di affidamento dell'appalto" (Consiglio di Stato, Sez. V, 25 gennaio 2024, n. 807).

¹⁶ ANAC, Bando tipo n. 1/2023, schema di disciplinare di gara: "L'articolo 57 del Codice prevede che, nel rispetto dei principi dell'Unione europea e tenendo conto dell'oggetto dell'appalto, il bando contenga quale requisito necessario dell'offerta la garanzia della stabilità occupazionale. Ciò significa che il nuovo appaltatore deve riassorbire il personale già impiegato secondo le modalità disciplinate nel bando o nei contratti collettivi di riferimento. In caso di riduzione del personale da impiegare a seguito del cambiamento delle condizioni di esecuzione dell'appalto, come indicato all'articolo 9 del bando tipo, il personale da riassorbire è definito in esito ad una verifica congiunta con appaltatore e sindacati. In caso di aumento del personale da impiegare nell'appalto, l'appaltatore garantisce innanzitutto l'occupazione del personale già precedentemente impiegato e, successivamente, può assumere nuovo personale, nel rispetto delle indicazioni contenute nel bando di gara".

Gli oneri derivanti dalle lett. b) e c) vengono assicurati scegliendo di inquadrare il personale impiegato attraverso il CCNL di riferimento indicato dalla stazione appaltante, che è quello strettamente collegato alle prestazioni e all'oggetto dell'appalto e non alle attività prevalenti eseguite dall'operatore economico. Tale scelta ha delle ovvie ricadute economiche nei confronti di chi adotta un diverso ma parallelo CCNL.

Pertanto, il Codice assegna agli operatori economici la scelta di indicare in sede di offerta un diverso CCNL (art. 11). In tal caso, tuttavia, il concorrente dovrà dichiararne con apposito atto l'equivalenza rispetto a quello prescelto dalla stazione appaltante.

Quest'ultima provvederà nei confronti dell'aggiudicatario a valutare l'equivalenza del contratto indicato¹⁷. Tale valutazione sarà fondata su una comparazione del trattamento economico e normativo (tutele) previsto dai due diversi contratti presi in considerazione.

Il trattamento delle tutele normative andrà valutato, in considerazione della Nota illustrativa ANAC al Bando tipo n. 1/2023, in relazione ai seguenti parametri: disciplina concernente il lavoro supplementare e le clausole elastiche nel part-time; disciplina del lavoro straordinario, con particolare riferimento ai suoi limiti massimi, con l'avvertenza che solo il CCNL leader può individuare ore annuali di straordinario superiori alle 250. Lo stesso non possono fare i CCNL sottoscritti da soggetti privi del requisito della maggiore rappresentatività; disciplina compensativa delle ex festività soppresse, che normalmente avviene attraverso il riconoscimento di permessi individuali; durata del periodo di prova; durata del periodo di preavviso; durata del periodo di comporto in caso di malattia e infortunio; malattia e infortunio, con particolare riferimento al riconoscimento di un'eventuale integrazione delle relative indennità; maternità ed eventuale riconoscimento di un'integrazione della relativa indennità per astensione obbligatoria e facoltativa; monte ore di permessi retribuiti; bilateralità; previdenza integrativa; sanità integrativa.

L'ANAC precisa che l'equivalenza tra i due contratti sussiste ove gli scostamenti tra di essi siano del tutto marginali e, comunque, riferiti a non più di due dei predetti parametri di comparazione.

Qualora l'operatore economico non superi la valutazione di equivalenza è prevista la sua esclusione, in quanto il mancato superamento equivale alla non

¹⁷ È fatta salva la possibilità per l'amministrazione di richiedere già in fase di offerta con finalità acceleratoria la relazione di equivalenza (Nota illustrativa ANAC al Bando tipo n. 1/2023).

adeguatezza della sua offerta economica e alla violazione della disciplina in materia di trattamento salariale del personale impiegato.

Quanto agli oneri di cui alla lett. d), vanno assicurati provvedendo all'invio del **rapporto sulla situazione del personale** (che ha validità biennale)¹⁸, **assolvendo gli obblighi in materia di lavoro delle persone con disabilità** di cui alla L n. 68/1999 nonché garantendo la parità di condizioni del personale (e.g. mediante il Codice etico aziendale).

L'operatore economico dovrà, pertanto, munirsi di una dichiarazione ove dare atto del rispetto di tutti i predetti adempimenti.

Si è anticipato che i requisiti appena elencati hanno una natura ibrida, in quanto possono assumere la funzione aggiuntiva di requisiti premiali dell'offerta. In tal senso, la possibilità per l'amministrazione di stabilire un punteggio aggiuntivo per l'operatore economico dotato di "certificazione della parità di genere".

¹⁸ L'onere si intende assolto provvedendo alla sua trasmissione tramite l'apposito portale ministeriale e alle rappresentanze sindacali. In mancanza delle RSA o della RSU, il rapporto deve essere trasmesso alle sedi territoriali delle organizzazioni sindacali di categoria maggiormente rappresentative sul piano nazionale.

15. Il Partenariato Pubblico-Privato (PPP)

15.1 Introduzione

Il Partenariato Pubblico-Privato è un accordo tra il settore pubblico e il settore privato in cui le competenze e le risorse dell'uno e dell'altro vengono condivise nella realizzazione di progetti o nella gestione di servizi o infrastrutture pubbliche. Si tratta di un'applicazione concreta del fenomeno dell'amministrazione alla pari, che non agisce in via esclusivamente autoritativa e che diventa possibile grazie alla cooperazione tra privato e pubblico.

Il PPP, come in un rapporto di genere a specie, può assumere diverse forme (concessione, locazione finanziaria, contratto di disponibilità), pertanto il Codice lo introduce con un primo insieme di norme, teso a definire le disposizioni generali che accomunano tutte le figure contrattuali in parola.

Nel dettaglio, l'art. 174 del Codice stabilisce che il PPP è un'operazione economica in cui ricorrono congiuntamente le seguenti caratteristiche fondamentali: **a)** tra un ente concedente e uno o più operatori economici privati è instaurato un rapporto contrattuale di lungo periodo per raggiungere un risultato di interesse pubblico; **b)** la copertura dei fabbisogni finanziari connessi alla realizzazione del progetto proviene in misura significativa da risorse reperite dalla parte privata, anche in ragione del rischio operativo assunto dalla medesima; **c)** alla parte privata spetta il compito di realizzare e gestire il progetto, mentre alla parte pubblica quello di definire gli obiettivi e di verificarne l'attuazione; **d)** il rischio operativo connesso alla realizzazione dei lavori o alla gestione dei servizi è allocato in capo al soggetto privato.

In un'ottica di semplificazione il Codice stabilisce che il loro affidamento e la loro esecuzione, così come la durata e le modalità di calcolo della soglia e del valore stimato, sono disciplinati dalle disposizioni previste in materia di concessioni, che è la "specie" di PPP di riferimento, le cui disposizioni assumono valenza di regola generale.

Il Codice, inoltre, distingue in maniera netta le forme di PPP **istituzionale** da quelle di tipo **contrattuale**, le prime, infatti, connotate dalla creazione di un'entità terza detenuta congiuntamente dal privato e dal pubblico, ai sensi del comma 4 dell'art. 174 restano disciplinate dal T.U. in materia di società a partecipazione pubblica, di cui al D.Lgs. 19 agosto 2016, n. 175.

Il Codice, pertanto, si occupa di regolare le sole forme di PPP contrattuale, di cui la concessione rappresenta la declinazione principale.

Il PPP, nonostante le sue intrinseche difficoltà derivanti dalla richiesta di competenze adeguate per la sua realizzazione, continua a rivestire una grande opportunità per le amministrazioni, che possono sfruttare *“l’operazione economica”* per creare **opere fuori bilancio** e senza, dunque, iscrivere nuovo debito in contabilità, con le conseguenti limitazioni di spesa.

Diventa, pertanto, centrale l’attività di programmazione in seno alle amministrazioni e, in particolare, il programma triennale *“delle esigenze pubbliche idonee a essere soddisfatte attraverso forme di partenariato pubblico-privato”* (art. 175, c. 1) e il piano economico finanziario (**“PEF”**) e cioè il documento che permette di distinguere le operazioni di PPP da quelle di appalto, in altre parole di distinguere quelle in cui il relativo costo è iscritto o meno in contabilità dell’amministrazione.

Il PEF, infatti, dovrebbe valorizzare accuratamente *“la concreta capacità del concorrente di eseguire correttamente la prestazione per l’intero arco temporale prescelto attraverso la responsabile prospettazione di un equilibrio economico-finanziario del contratto stesso, intendendosi per tale la contemporanea presenza delle condizioni di convenienza economica e sostenibilità finanziaria”*. *L’equilibrio economico-finanziario sussiste, ai sensi dell’art. 177, comma 5, “quando i ricavi attesi del progetto sono in grado di coprire i costi operativi e i costi di investimento, di remunerare e rimborsare il capitale di debito e di remunerare il capitale di rischio”*¹⁹.

In altre parole il PEF dovrebbe consentire di verificare l’allocazione del rischio operativo e, dunque, di distinguere concretamente un’operazione di PPP da un appalto, il tutto secondo le note coordinate interpretative per cui nel PPP il rischio dal lato della domanda (effettività dei lavori o servizi) o dell’offerta (come corrispondenza del livello qualitativo e quantitativo programmato) è sopportato dall’operatore economico.

Proprio in riferimento alla gestione del rischio, il Codice a differenza delle previgenti disposizioni in materia non tenta più di definire nel dettaglio le varie tipologie di rischi identificabili in capo all’operatore economico, rimanendo su una posizione più generale, che rimette ad atti generali e alla prassi amministrativa la sua definizione.

¹⁹ A. Giovannini, *Il partenariato pubblico-privato nel nuovo codice dei contratti pubblici. Prime impressioni*, 2023.

Va ricordato che nella prospettiva di assicurare la convenienza dell'operazione economica all'amministrazione ed evitare, quindi, l'esecuzione di un PPP valutato superficialmente, l'art. 175, c. 2, stabilisce che le amministrazioni interessate provvedano alla definizione di una preliminare **valutazione di convenienza e fattibilità**, incentrata *“sull'idoneità del progetto a essere finanziato con risorse private, sulle condizioni necessarie a ottimizzare il rapporto tra costi e benefici, sulla efficiente allocazione del rischio operativo, sulla capacità di generare soluzioni innovative, nonché sulla capacità di indebitamento dell'ente e sulla disponibilità di risorse sul bilancio pluriennale. A tal fine, la valutazione confronta la stima dei costi e dei benefici del progetto di partenariato, nell'arco dell'intera durata del rapporto, con quella del ricorso alternativo al contratto di appalto per un arco temporale equivalente”*.

Si è anticipato che la difficoltà delle operazioni di PPP risiede in alcuni casi nella mancanza di competenze in capo all'amministrazione, questo è il motivo per cui il Codice stabilisce degli **strumenti di supporto alle amministrazioni**, prevedendo per le operazioni di maggior impatto economico (lavori o dei servizi di importo pari o superiore a 250 milioni di euro) e in particolare per i progetti di interesse statale oppure di progetti finanziati con contributo a carico dello Stato, il parere, ai fini della valutazione preliminare di convenienza e fattibilità di cui all'art. 175 c. 1, del CIPESS (Comitato interministeriale per la programmazione economica e lo sviluppo sostenibile), sentito il Nucleo di consulenza per l'attuazione delle linee guida per la regolazione dei servizi di pubblica utilità (NARS). Per i progetti di valore pari o superiore a 50 milioni di euro e inferiore a 250 milioni di euro (per i quali non sia prevista l'espressione del CIPESS) è richiesto il parere preventivo non vincolante del Dipartimento per la programmazione e il coordinamento della politica economica (DIPE) della Presidenza del Consiglio dei ministri.

15.2 I contratti di concessione

La concessione è la forma di PPP di riferimento, la sua disciplina, organicamente racchiusa negli artt. da 176 a 192, che coprono gli aspetti generali dell'istituto, il suo affidamento e l'esecuzione, è elevata dal Codice a regola generale di sistema (il PPP). Si tratta del contratto con cui un ente pubblico conferisce a un soggetto privato (il concessionario) il diritto esclusivo per l'esecuzione di lavori o la fornitura e la gestione di servizi, il corrispettivo consiste nel diritto di gestire i lavori o i servizi oggetto dei contratti o in tale diritto la previsione del pagamento di un prezzo.

Il tratto essenziale della concessione è definito dall'art. 177, secondo cui la concessione deve comportare il trasferimento al privato di un **rischio operativo** legato alla realizzazione dei lavori o alla gestione dei servizi, tale rischio può riguardare il **rischio dal lato della domanda**, dal **lato dell'offerta** o da **entrambi**.

“Per rischio dal lato della domanda si intende il rischio associato alla domanda effettiva di lavori o servizi che sono oggetto del contratto. Per rischio dal lato dell'offerta si intende il rischio associato all'offerta dei lavori o servizi che sono oggetto del contratto, in particolare il rischio che la fornitura di servizi non corrisponda al livello qualitativo e quantitativo dedotto in contratto”.

Sono **3 le fattispecie di concessione** identificate dal Codice, ove la diversità risiede nel grado di rischio assunto dall'operatore economico, **la prima** (c.d. “*opera calda*”) consiste in quella dotata di intrinseca capacità di generare reddito senza alcun intervento pubblico, **la seconda** (c.d. “*opera tiepida*”) consiste nella concessione il cui ricavo d'utenza non consente un recupero integrale dell'investimento del privato, è pertanto ammesso un intervento pubblico, infine **la terza fattispecie** (c.d. “*opera fredda*”) identifica la tipologia di concessione in cui il privato trae la sua remunerazione esclusivamente da pagamenti eseguiti dall'amministrazione (si pensi alle opere di costruzione di ospedali, scuole o carceri).

Le **modalità di remunerazione** del privato mediante l'intervento pubblico, previsto per le ultime due fattispecie considerate, sono disciplinate dal c. 6 dell'art. 177, secondo cui *“se l'operazione economica non può da sola conseguire l'equilibrio economico-finanziario, è ammesso un intervento pubblico di sostegno. L'intervento pubblico può consistere in un contributo finanziario, nella prestazione di garanzie o nella cessione in proprietà di beni immobili o di altri diritti”.*

In questi casi diventa essenziale un controllo accurato dell'amministrazione sulla concreta capacità dell'operatore economico in fase di esecuzione di realizzare l'opera.

Novità del Codice strettamente collegata alla possibilità di una remunerazione del concessionario secondo le modalità appena indicate è **l'eliminazione del limite** previsto dalla previgente disciplina, pari al **49% del valore dell'investimento**, al contributo dell'amministrazione.

Il D.Lgs. n. 50/2016 stabiliva, infatti, che il prezzo pagato dall'amministrazione non potesse essere, sommato al valore degli altri benefici riconosciuti al privato, superiore al 49% del costo dell'investimento complessivo, comprensivo di eventuali oneri finanziari.

L'argomento va però approfondito, in quanto l'art. 177 precisa che *“l'eventuale riconoscimento di un contributo pubblico, in misura superiore alla percentuale indicata nelle decisioni Eurostat e calcolato secondo le modalità ivi previste, non ne consente la contabilizzazione fuori bilancio”*. Pertanto, la percentuale esiste ancora ma è collegata a decisioni centralizzate a livello europeo, essa, tuttavia, non incide più nella qualificazione della natura del contratto (concessione/appalto), in quanto ne è ammesso il superamento, che però comporta (al fine di impedire fenomeni di aggiramento delle disposizioni in materia di finanza pubblica) l'impossibilità di iscrivere il contributo fuori bilancio²⁰.

L'art. 178 del Codice stabilisce che la **durata delle concessioni** è limitata e che la stessa non può essere prorogata (fatto salvo il caso di revisione del contratto di concessione, art. 192, c. 1). La norma precisa che nel caso di concessioni dalla durata ultraquinquennale, essa non potrà comunque superare il tempo in cui si può ragionevolmente prevedere che il concessionario recuperi gli investimenti effettuati.

La durata della concessione, che è stabilita dall'amministrazione negli atti di gara, è quindi strettamente collegata al valore dell'investimento e cioè all'equilibrio in termini di rischio operativo e di investimenti assunto dal concessionario.

Tale previsione è un'applicazione concreta del principio della traslazione del rischio operativo in capo al concessionario. Una durata sovradimensionata, infatti, annullerebbe o, comunque, sminuirebbe tale condizione, che il Codice pone come carattere essenziale dell'esistenza di una concessione. Il concessionario in tal caso potrebbe ottenere benefici aggiuntivi impropri, non previsti per la gestione della concessione, nonché limitare la concorrenza.

Alla **scadenza della durata** della concessione le dotazioni per l'esecuzione della stessa, compresi i beni strumentali realizzati in attuazione dei piani di investimento concordati con l'ente concedente, *“non duplicabili a costi socialmente sostenibili”*, sono assegnati al concessionario subentrante. Il Codice si preoccupa di stabilire che nel caso di subentro dovuto a una durata dell'affidamento inferiore rispetto al tempo di recupero dell'ammortamento

²⁰ *“In definitiva: - l'eventuale riconoscimento di un contributo pubblico, in misura superiore alla percentuale indicata nelle decisioni Eurostat e calcolato secondo le modalità ivi previste, non ne consente la contabilizzazione fuori bilancio (il che esclude che la concessione possa essere utilizzata per aggirare le misure restrittive di finanza pubblica); - la stessa circostanza non esclude però che, ricorrendo gli elementi della fattispecie contrattuale, l'operazione economica possa essere qualificata concessoria ai fini dell'applicazione della relativa normativa sulle procedure di aggiudicazione e di esecuzione”* Schema definitivo di 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”* - Relazione agli articoli e agli allegati, Roma, 7 dicembre 2022, p. 213.

oppure di cessazione anticipata, per causa non attribuibile al concessionario, si prevede, a carico del gestore subentrante, un indennizzo pari al valore contabile non ancora ammortizzato, rivalutato attraverso pertinenti deflatori fissati dall'ISTAT e al netto di eventuali contributi pubblici direttamente riferibili agli investimenti stessi.

L'affidamento delle concessioni deve avvenire nel rispetto dei principi stabiliti dal Codice e secondo criteri oggettivi, sul piano procedimentale gli artt. 182 e ss. definiscono le modalità di affidamento delle concessioni, essi prevedono la pubblicazione di un bando (con le eccezioni stabilite dai cc. 7 e 8 dell'art. 182) e almeno di un progetto di fattibilità della concessione nonché la definizione di termini di ricezione delle offerte idonei, che consentano agli operatori economici la predisposizione dei propri progetti.

Quanto ai **criteri di aggiudicazione** va evidenziato l'art. 185, secondo cui i criteri in parola non possono attribuire una incondizionata libertà di scelta all'ente concedente, tuttavia, *“l'ente concedente, se riceve un'offerta che propone una soluzione innovativa con un livello straordinario di prestazioni funzionali che non avrebbe potuto essere prevista da un ente concedente diligente, quest'ultimo può, in via eccezionale, modificare l'ordine dei criteri di aggiudicazione per tenere conto di tale soluzione. In tal caso l'ente concedente informa tutti gli offerenti in merito alla modifica dell'ordine di importanza ed emette un nuovo invito a presentare offerte”*.

Le **concessioni sottosoglia** possono essere affidate tramite procedure negoziate senza pubblicazione di un bando di gara, previa consultazione, ove esistenti, di almeno 10 operatori economici. Anche l'affidamento delle concessioni sottosoglia deve avvenire nel rispetto del **principio di rotazione**.

L'art. 186 regola l'**affidamento di appalti da parte dei concessionari**. Questi ultimi quando sono stazioni appaltanti²¹ sono obbligati all'applicazione del Codice. Inoltre, i concessionari di lavori e di servizi pubblici (esclusi quelli operanti nei settori speciali) già in essere alla data di entrata in vigore del Codice, di importo pari o superiore alle soglie di rilevanza europea e non affidate conformemente al diritto dell'Unione Europea vigente al momento dell'affidamento o della proroga, devono affidare mediante procedura ad evidenza pubblica una quota tra il 50% e il 60% dei contratti di lavori, servizi e forniture stabilita convenzionalmente dal concedente e dal concessionario.

²¹ “Qualsiasi soggetto, pubblico o privato, che affida contratti di appalto di lavori, servizi e forniture e che è comunque tenuto, nella scelta del contraente, al rispetto del codice”.

15.3 La finanza di progetto

La relazione di accompagnamento al Codice, nella nota introduttiva al PPP, precisa, con un cambio di passo rispetto alla previgente disciplina, che la finanza di progetto non è una forma contrattuale diversa dalla concessione bensì lo **stesso contratto**, che può essere finanziato in “*corporate financing*” o in “*project financing*”.

La differenza risiede nel fatto che tale ultima forma di finanziamento consente, attraverso la costituzione di una società di progetto, l’isolamento del rischio operativo.

Questa premessa metodologica permette di trarre sicuramente la conclusione che la materia del PPP è per certi tratti ancora non chiara allo stesso Legislatore.

In tal senso, si consideri che il Codice elimina la possibilità di ricorrere alla finanza di progetto ad opera della pubblica amministrazione, in quanto ritenuta fattispecie di PPP che duplica quella della concessione o meglio delle possibilità offerte dal modello procedimentale e contrattuale per l’affidamento di quest’ultima.

Quanto all’iniziativa privata, il Codice elimina, inoltre, la possibilità per gli operatori economici di proporre operazioni di finanza di progetto che siano già previste all’interno del programma triennale di programmazione delle amministrazioni. Pertanto, i privati potranno attivare tale forma di PPP solo per operazioni economiche non previste dall’amministrazione o previste ma proponendo modalità diverse per la loro realizzazione.

Come anticipato nel paragrafo che precede la disciplina generale della finanza di progetto è dettata dalle norme in materia di concessione mentre gli artt. da 193 a 195 stabiliscono le disposizioni di dettaglio riguardanti esclusivamente la figura contrattuale in esame.

L’art. 193 stabilisce che i soggetti interessati (“*Promotore*”) ad avviare un’operazione economica di finanza di progetto per la realizzazione in concessione di lavori o servizi, devono fornire all’amministrazione una **proposta** contenente un progetto di fattibilità (nelle concessioni fornito dall’amministrazione), una bozza di convenzione, il piano economico-finanziario asseverato e la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione.

L’amministrazione valuterà la proposta nel termine di **90 giorni** dalla sua ricezione, richiedendo se necessario modifiche al promotore, che qualora non apportate determineranno il respingimento della proposta. La procedura è conclusa da un

provvedimento espresso e con la pubblicazione del progetto di fattibilità approvato dall'ente.

La proposta di finanza di progetto può essere presentata anche da **investitori istituzionali**²², i quali nella successiva fase di gara potranno soddisfare i requisiti previsti per l'affidamento ricorrendo agli strumenti pro concorrenziali previsti dal Codice in materia di appalto e cioè **all'avvalimento** (anche nella misura integrale del requisito previsto dal bando), al **subappalto** (anche integrale delle opere), dovendo in questo caso già indicare in sede di offerta il nominativo del subappaltatore, che dovrà essere in possesso dei requisiti previsti dal bando, o, ancora, **consorziandosi o associandosi** con operatori economici in possesso dei requisiti richiesti dal bando.

Tali disposizioni, in particolare quelle sulla partecipazione dei soggetti istituzionali, risultano decisamente più chiare rispetto alla previgente disciplina.

Va aggiunto, che *“la configurazione giuridica del soggetto proponente può essere modificata e integrata sino alla data di scadenza della presentazione delle offerte”*.

In sostanza ogni valutazione in ordine al possesso dei requisiti in capo al promotore è rimandata alla fase di gara, ove il promotore può assumere diverse forme, che assicurino il possesso dei requisiti necessari, ciò determina una indubbia semplificazione, che impedisce sbarramenti, difficoltà e rigidità nella preliminare fase di presentazione della proposta.

Il **diritto di prelazione** a favore del promotore è confermato ma dovrà essere specificato all'interno del bando e potrà essere esercitato nel termine di **15 giorni** dalla comunicazione dell'aggiudicazione. Se il promotore non risulta aggiudicatario e non esercita la prelazione ha diritto al pagamento, a carico dell'aggiudicatario, dell'importo delle spese per la predisposizione della proposta, comprensive anche dei diritti sulle opere dell'ingegno, il costo della predisposizione del progetto va, infatti, indicato all'interno dello stesso (art. 193, c. 1). L'importo rimborsabile non potrà comunque superare il 2,5% del valore dell'investimento.

La prelazione a favore del promotore è un sistema che per quanto si ponga nella prospettiva apprezzabile di fornire un vantaggio al promotore (soggetto che ha dato inizio all'operazione economica), può scoraggiare la partecipazione di altri

²² Si tratta dei soggetti previsti dall'articolo 32, comma 3, del D.L. 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla L. 30 luglio 2010, n. 122, nonché i soggetti di cui all'articolo 2, numero 3), del regolamento (UE) 2015/1017 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 giugno 2015.

soggetti (per il motivo appena detto, la partecipazione avverrebbe infatti nella consapevolezza che l'operazione sarebbe quasi probabilmente assegnata al promotore anche nel caso di perdita di quest'ultimo) nonché provocare distorsioni della concorrenza tra i partecipanti, i quali potrebbero essere incentivati a fornire prezzi eccessivamente al ribasso per danneggiare il promotore²³.

Pertanto, era stato proposto di affiancare la prelazione a un sistema alternativo di **punteggi bonus** a favore del promotore. Si anticipa che questo sistema è stato poi espunto dalla versione finale del Codice.

Tale sistema alternativo, secondo alcuni studi, avrebbe determinato condizioni di maggior equità tra i concorrenti e il promotore, i primi, infatti, sarebbero stati incentivati a partecipare con offerte più competitive (del normale si direbbe), ciò al fine di colmare il gap intercorrente con il punteggio bonus attribuito al promotore nel caso di sua sconfitta. Il tutto sfavorendo distorsioni della concorrenza e cioè la presentazione di offerte azzardate, solo all'apparenza convenienti per l'amministrazione ma decisamente rischiose.

Tratto distintivo della finanza di progetto è la **società di scopo** ("SPV"), ora disciplinata organicamente dagli artt. 194 e 195, che consente la vera e propria separazione economica, giuridica e del rischio tra il promotore e l'operazione economica.

È stabilito che la costituzione o meno della SPV (in forma di società per azioni o a responsabilità limitata, anche consortile), nel caso di affidamenti sovra soglia, sia prevista nel bando di gara, si tratta, dunque, di una scelta del concedente, che determinerà per l'aggiudicatario **l'obbligatorietà o meno** (quest'ultimo caso va inteso in termini di facoltà) della sua costituzione.

Gli atti di gara dovranno indicare il capitale sociale della SPV mentre il concorrente costituito da più soggetti dovrà specificare nella sua offerta, a pena di esclusione, la quota di partecipazione al capitale sociale di ciascun soggetto.

Sarà il contratto di concessione a stabilire le modalità per l'eventuale **cessione delle quote della SPV**, tuttavia è stabilito che **i soci che hanno concorso a formare i requisiti** per la qualificazione sono tenuti a partecipare alla SPV e a garantire

²³ "Secondo gli economisti, questo sistema rischia di generare incentivi perversi secondo cui i concorrenti scelgono di partecipare alla gara e offrire sconti economici con la finalità di comprimere il margine di profitto del promotore. I concorrenti, sapendo che il promotore pareggerà la loro offerta per vincere l'appalto, scelgono di offrire condizioni molto scontate per danneggiare i profitti del promotore, con la finalità di indebolirlo. Il risultato di questi sconti potrebbe essere un prezzo inizialmente più vantaggioso per l'amministrazione pubblica, ma con grandi rischi per la qualità della performance nelle fasi successive del progetto" Schema definitivo di 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" - Relazione agli articoli e agli allegati, Roma, 7 dicembre 2022, p. 232.

l'eventuale prezzo versato dall'amministrazione in corso d'opera sino alla data di emissione del certificato di collaudo dell'opera.

Diversamente, lo smobilizzo delle partecipazioni da parte di **banche e altri investitori istituzionali** che non abbiano concorso a formare i requisiti per la qualificazione, può avvenire in qualsiasi momento.

È confermata la disposizione secondo cui le prestazioni della SPV si intendono realizzate e prestate in proprio anche nel caso in cui siano affidate direttamente dalle SPV ai propri soci (sempre che in possesso dei requisiti necessari).

15.4 La locazione finanziaria

“Per finanziare la realizzazione, l’acquisizione e il completamento di opere pubbliche o di pubblica utilità gli enti concedenti possono stipulare contratti di locazione finanziaria” (art. 196).

Quella in esame è la fattispecie di PPP in cui la gestione riguarda un’opera **incapace di generare flussi di cassa**, pertanto l’operazione economica consiste nell’acquisto di un bene esistente o da realizzare, successivamente ceduto in godimento, per un determinato periodo di tempo, alla pubblica amministrazione a fronte del pagamento di un canone periodico fisso e comprensivo di eventuali servizi accessori.

Il pagamento del canone di locazione e dell’eventuale riscatto finale del bene, costituiscono l’intervento economico pubblico necessario a bilanciare il rischio operativo assunto dall’operatore economico.

Come nella finanza di progetto è prevista la possibilità per **soggetto finanziatore** di presentare offerta singolarmente o in associazione (RTI) con altri soggetti (*“realizzatori”*), nel primo caso il soggetto finanziatore dovrà ricorrere all’avvalimento (atipico) del soggetto realizzatore, nel secondo caso la responsabilità solidale, tipica dei raggruppamenti di imprese, è derogata dalla previsione secondo cui *“ciascuno è responsabile in relazione alla specifica obbligazione assunta nel contratto”*, quindi distinguendo nettamente la figura di soggetto finanziatore e realizzatore.

L’opera realizzata attraverso la locazione finanziaria è assoggettata ai fini urbanistici, edilizi ed espropriativi al regime giuridico previsto per i beni pubblici, ciò anche nel caso in cui ai fini dell’esecuzione del PPP in esame l’opera sia realizzata su un’area di proprietà dell’aggiudicatario. È fondamentale, tuttavia, che

l'ente concedente stabilisca il suo obbligo di riscatto del bene al termine del periodo di locazione.

16. Pareri ANAC di precontenzioso e poteri straordinari dell'Autorità

16.1 Le modifiche apportate alla disciplina

L'art. 220 del Codice disciplina con modifiche l'istituto dei pareri di precontenzioso ANAC. Obiettivo del Legislatore è di rafforzare attraverso il potenziamento dell'istituto in parola i rimedi alternativi di risoluzione delle controversie, in cui espressamente incluso il precontenzioso ANAC.

Il comma 1 dell'art. 220 stabilisce che l'**iniziativa** finalizzata alla richiesta del parere dell'ANAC è rimessa alla stazione appaltante, all'ente concedente o a una o più delle altre parti.

Il parere **ha ad oggetto questioni insorte nel corso dello svolgimento delle procedure di gara** e sarà reso dall'ANAC nel termine di **30 giorni** dalla richiesta.

Va precisato che **lo spirare del termine** in parola senza l'adozione del parere, dunque in caso di inerzia dell'ANAC, non determina una forma di silenzio "*significativo*" (assenso o rifiuto) bensì di **silenzio inadempimento**, con conseguente esperibilità dei rimedi processuali previsti dal codice di rito avverso lo stesso (art. 117 c.p.a.).

Nella prospettiva di potenziamento dell'istituto rientra la previsione, sempre al comma 1, della possibilità per l'operatore economico che abbia richiesto il parere o vi abbia aderito di **impugnarlo esclusivamente** per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia, non anche, dunque, per questioni riguardanti i vizi formali del parere (e.g. violazioni nel procedimento di emissione).

Nella medesima prospettiva, secondo il Legislatore, va considerata l'abrogazione della regola stabilita dal D.Lgs. n. 50/2016 che rendeva il parere vincolante per le parti che avessero aderito e acconsentito di attenersi alla sua statuizione finale.

Quanto all'Amministrazione che **non intenda conformarsi al parere**, dovrà comunicarlo entro **15 giorni** con un provvedimento motivato, che le parti interessate e l'ANAC **potranno impugnare** (quest'ultima con il ricorso previsto dal comma 3 della norma in commento).

L'obbligo posto in capo all'amministrazione risponde all'esigenza, in forza dei principi di trasparenza ed efficienza, di far sì che l'ente renda pubbliche le specifiche ragioni del suo rifiuto.

I commi 2 e 3 dell'art. 220 riguardano i **poteri di iniziativa dell'ANAC** e nel dettaglio la previsione della sua legittimazione ad agire in giudizio (*“ricorso diretto”*) per l'impugnazione dei bandi, degli altri atti generali e dei provvedimenti relativi a contratti di rilevante impatto, emessi da qualsiasi stazione appaltante. Va precisato che il ricorso diretto sembrerebbe essere destinato esclusivamente all'impugnazione di atti e provvedimenti adottati e resi nell'ambito di *“contratti di rilevante impatto”*, la cui definizione è puntualmente data dal regolamento citato innanzi.

Inoltre, il comma 3 stabilisce che l'ANAC, qualora ritiene che una stazione appaltante abbia adottato un provvedimento viziato da gravi violazioni del Codice, potrà emettere nel termine di **60 giorni** dalla notizia della violazione un parere motivato nel quale indica specificamente i vizi di legittimità riscontrati. È altresì stabilito che qualora l'Amministrazione non si conformi al parere in parola (nel termine massimo di **30 giorni** dalla sua comunicazione), l'ANAC potrà proporre autonomo ricorso nel termine di **30 giorni** per censurare le violazioni in cui è incorso l'ente (*“ricorso previo parere”*).

16.2 Regolamento sull'esercizio dei poteri di legittimazione straordinaria dell'ANAC

Con **Delibera n. 268/2023** l'ANAC ha adottato il regolamento previsto dal comma 4 dell'art. 220 del Codice, si tratta del regolamento che definisce le modalità di esercizio dei poteri affidati all'ANAC in forza delle disposizioni in commento (commi 2 e 3 - § 15.1).

Il regolamento è molto interessante per gli operatori economici, in quanto stabilisce anche a favore di questi ultimi, prima infatti non era possibile, di stimolare, in relazione a numerose fattispecie riguardanti la fase di gara ed esecutiva, i poteri di iniziativa dell'ANAC.

Il tutto si incentra sull'acquisizione della notizia della violazione, che ai sensi dell'art. 11 del regolamento avviene, di regola, d'ufficio da parte dell'Autorità nell'esercizio delle sue funzioni istituzionali.

La stessa norma stabilisce che l'ANAC *“può valutare eventuali segnalazioni di violazione da parte di terzi, comprese le istanze di precontenzioso inammissibili o improcedibili”*. Pertanto, **nulla vieta all'operatore economico**, anche tramite una richiesta di precontenzioso palesemente inammissibile, di **denunciare** all'Autorità una violazione del Codice. Peraltro, il regolamento stabilisce che *“lo spirare dei*

termini per l'esercizio dell'azione in giudizio o per l'emissione del parere motivato non pregiudica l'esercizio degli altri poteri istituzionali dell'Autorità".

Il combinato disposto di tali norme consente all'operatore economico di porre all'attenzione dell'ANAC notizie di violazione, che potranno rilevare, a seconda della fattispecie considerata, ai sensi del comma 2 dell'art. 220 (**ricorso diretto**) o del comma 3 dell'art. 220 (**ricorso previo parere**).

16.3 il “Nuovo” Regolamento in materia di precontenzioso

Considerate le modifiche dell'istituto e le disposizioni in materia di poteri di iniziativa dell'ANAC, occorre ritornare alla disciplina del precontenzioso, in quanto l'Autorità ha adottato con **Delibera n. 267/2023** un nuovo regolamento, che ridefinisce il procedimento per l'emissione dei pareri di precontenzioso.

L'**ambito oggetto per l'emissione dei pareri** è definito dall'art. 4 del regolamento, si tratta delle *“questioni controverse insorte tra le parti interessate durante lo svolgimento della procedura di gara per l'affidamento di un contratto pubblico di lavori, servizi e forniture, ad esclusione di quelle in materia di accesso agli atti”*. Inoltre, i pareri possono essere formulati in relazione alla **fase esecutiva** del contratto **a condizione che a) esso sia collegato** all'esercizio di un potere autoritativo da parte dell'Amministrazione e **b) che tale potere riguardi** una delle seguenti questioni: il divieto di rinnovo tacito dei contratti, la clausola di revisione del prezzo e il relativo provvedimento applicativo, le modifiche contrattuali apportate senza una nuova procedura di affidamento in assenza dei presupposti legittimanti o il diniego di autorizzazione al subappalto.

L'istanza di precontenzioso può essere presentata **singolarmente o congiuntamente** dai soggetti di cui all'art. 220, comma 1.

Qualora presentata, essa dovrà essere comunicata a mezzo PEC a tutti i soggetti interessati alla soluzione della questione controversa (i.e. controinteressati). L'istante dovrà fornire prova all'Autorità della comunicazione in parola e l'ANAC potrà, qualora la comunicazione ritenuta insufficiente, richiedere la sua integrazione nel termine di **5 giorni a pena di improcedibilità**.

Le parti a cui è comunicata l'istanza possono aderirvi nel termine di **5 giorni**, partecipando, quindi, al relativo procedimento.

L'istanza è inammissibile quando:

a) concerna controversie insorte durante la fase esecutiva (con le precisazioni di cui sopra);

- b) manchi una questione controversa tra le parti interessate;
- c) non è presentata dai soggetti indicati all'art. 3 del Regolamento (art. 220, comma 1 del Codice);
- d) dirette a far valere l'illegittimità di un atto della procedura di gara autonomamente impugnabile, rispetto al quale siano già decorsi i termini di impugnazione in sede giurisdizionale;
- e) in caso di esistenza di un ricorso giurisdizionale, avente il medesimo contenuto dell'istanza, che le parti hanno l'obbligo di comunicare all'Autorità;
- f) in caso di esistenza di un ricorso da parte dell'Autorità, avente il medesimo contenuto dell'istanza (art. 220, commi 2 e 3);
- g) avente contenuto generico o contenente un mero rinvio all'allegata documentazione e/o corrispondenza intercorsa tra le parti;
- h) volte ad un controllo generalizzato dei procedimenti di gara delle amministrazioni aggiudicatrici;
- i) manifestamente mancanti dell'interesse concreto al conseguimento del parere;
- j) concernenti l'accesso ai documenti amministrativi (che è materia espressamente esclusa dall'ambito applicativo del regolamento).

L'istanza è improcedibile quando:

- a) mancata comunicazione dell'istanza, da parte dell'istante, a tutti i soggetti interessati;
- b) sopravvenienza di un ricorso giurisdizionale avente medesimo contenuto, che le parti hanno l'obbligo di comunicare all'Autorità;
- c) sopravvenuta carenza di interesse delle parti, anche desumibile da comportamenti concludenti;
- d) rinuncia al parere.

Va ricordato ai sensi della Delibera n. 268/2023 (§ 15.2) che l'ANAC “*può valutare eventuali segnalazioni di violazione da parte di terzi, comprese le istanze di precontenzioso inammissibili o improcedibili*”, che, dunque, possono comunque stimolare l'esercizio dei suoi poteri. In tal senso, anche il regolamento in esame (art. 7, comma 5) stabilisce che “*nei casi di inammissibilità o improcedibilità di istanze di precontenzioso, ad eccezione delle ipotesi in cui l'inammissibilità o l'improcedibilità siano dovute all'esistenza di un ricorso giurisdizionale avente il medesimo contenuto, l'Ufficio, laddove ravvisi la sussistenza dei presupposti per l'esercizio dei poteri di cui all'art. 220, comma 2 e 3 del Codice, trasmette gli atti all'Ufficio competente entro cinque giorni dalla ricezione dell'istanza*”.

In mancanza di condizioni di inammissibilità o improcedibilità, l'Autorità comunica alle parti l'avvio del procedimento, **assegnando all'uopo un termine di 5 giorni per la presentazione di memorie e documenti**.

Se necessario, l'ANAC comunicherà la richiesta di procedere all'ascolto delle parti interessate.

Nel corso del procedimento l'ANAC potrà richiedere alle parti ulteriori informazioni o documenti. In tal caso, il termine per l'emissione del parere (*infra*) è **sospeso** per il tempo necessario, che non può essere superiore a **10 giorni** dalla richiesta.

L'ANAC approverà il suo parere conclusivo del procedimento nel termine di **30 giorni** dalla ricezione dell'istanza.

L'art. 10 del regolamento stabilisce l'applicazione di un **procedimento di precontenzioso semplificato**, rispetto a quello appena descritto, nel caso in cui la controversia riguardi una procedura di gara **sotto-soglia**. In tal caso, il parere è adottato, previo contraddittorio, direttamente dal Dirigente dell'Ufficio, con motivazione in forma semplificata, anche attraverso il richiamo a precedenti pareri dell'Autorità.

Il procedimento semplificato trova applicazione anche in relazione, dunque indipendentemente dal valore dell'appalto, a *“istanze aventi ad oggetto le valutazioni che la stazione appaltante svolge nell'esercizio della propria discrezionalità tecnica, con specifico riferimento agli eventuali profili di manifesta illogicità, irrazionalità, irragionevolezza, arbitrarietà ovvero di palese e manifesto travisamento dei fatti”*.

È stato già evidenziato nel precedente paragrafo 15.1 che l'Amministrazione può conformarsi oppure no al parere. In entrambi i casi dovrà comunicarlo nel termine di **15 giorni** dalla comunicazione del parere e nel caso in cui l'Ente non intenda conformarsi dovrà trasmettere all'Autorità un provvedimento espressamente motivato.

In tal caso, l'ANAC, ai sensi dei commi 1 e 3 dell'art. 220, potrà, dopo aver esaminato le ragioni del rifiuto addotte dall'Amministrazione, proporre ricorso nel termine di **30 giorni** contro il provvedimento motivato dell'Amministrazione.

Va aggiunto, che l'ANAC, secondo le stesse modalità, potrà proporre ricorso contro l'Amministrazione, anche nel caso in cui quest'ultima non abbia assunto alcuna determinazione nel predetto termine di 15 giorni dalla comunicazione del parere dell'ANAC.

Il **parere reso dall'Autorità può essere impugnato** ai sensi dell'art. 120 c.p.c. nel termine di **30 giorni**. Si ricorda che *“l'operatore economico che ha presentato, singolarmente o congiuntamente, istanza di precontenzioso ovvero che ha aderito all'istanza presentata dalla stazione appaltante o dall'ente concedente può impugnare il parere esclusivamente per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia”*.

Il **parere può essere oggetto di riesame** da parte dell'Autorità nel caso in cui sia stato emesso per errore di fatto risultante dagli atti e documenti del procedimento ovvero qualora siano stati rinvenuti uno o più documenti decisivi che la parte non ha potuto produrre per causa ad essa non imputabile.

L'istanza di riesame va proposta entro il termine perentorio di **30 giorni** decorrenti dalla ricezione della comunicazione del parere ovvero dal ritrovamento dei documenti. Il procedimento di riesame segue le stesse regole previste per l'emissione del parere di precontenzioso.

L'art. 17 del Regolamento dispone, infine, una **norma di coordinamento** tra il procedimento di precontenzioso e quelli ulteriori attivabili dall'Autorità ai sensi dell'art. 220 del Codice. L'art. 17 stabilisce, infatti, che l'istanza di precontenzioso è inammissibile qualora preceduta da un ricorso diretto dell'Autorità (art. 220, comma 2) mentre, viceversa, in pendenza di un procedimento di precontenzioso non può darsi luogo a un ricorso diretto dell'Autorità (art. 220, comma 2) o a un ricorso previo parere (art. 220, comma 3).

Da ultimo, va evidenziato che gli adempimenti posti a carico delle parti dal Regolamento determinano degli effetti giuridici in capo alla parte che non li osservi. L'art. 16 del Regolamento stabilisce, infatti, che la mancata comunicazione della presentazione o della sopravvenienza di un ricorso giurisdizionale nonché l'omissione o non veridicità delle comunicazioni rese all'Autorità in materia di adeguamento al parere, determina l'applicazione dell'art. 222, comma 13, del Codice e cioè **sanzioni irrogate dall'Autorità, che variano da € 500 a € 10.000**.

Questo testo è pubblicato direttamente dall'autore, che detiene ogni diritto dello stesso in maniera esclusiva. Nessuna parte di questo testo può essere pertanto riprodotta, memorizzata, tradotta e adattata senza il preventivo assenso dell'autore.

avv.raffaelebalestrieri@gmail.com

