

Roma, 16 maggio 2023

**Circolare n. 751/2023**

A TUTTI GLI  
ENTI, AZIENDE E SOCIETA'  
- LORO SEDI -

**OGGETTO: IL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI (D.LGS. 31 MARZO 2023 N. 36)**

Con la pubblicazione in G.U.R.I. del d.lgs. 31 marzo 2023 n. 36 è stato introdotto nel nostro ordinamento il nuovo impianto normativo in materia di contratti pubblici.

**In attuazione dell'art. 1 della "Legge Delega" 21 giugno 2022 n. 78, il nuovo Codice dei contratti è entrato in vigore dal 1° aprile u.s., ma le sue disposizioni, con i relativi Allegati, eventualmente già sostituiti o modificati, acquisteranno efficacia solo dal 1° luglio 2023.**

Ed infatti, il provvedimento prevede una data di entrata in vigore, che individua il momento in cui il decreto è potenzialmente in grado di produrre effetti, ed una data di efficacia dello stesso, che individua la concreta produzione di effetti da parte dell'atto.

Dunque, la vigenza si riferisce all'atto nel suo complesso, mentre l'efficacia alle singole disposizioni in esso contenute.

Con il presente documento si ritiene utile fornire un primo inquadramento degli istituti di maggior rilievo del d.lgs. 36/23, in vista di nostri successivi interventi tematici di particolare interesse degli Abbonati.

Il decreto contiene 229 articoli suddivisi nei seguenti 5 libri:

Libro I (artt. 1-47) - Dei principi, della digitalizzazione, della programmazione e della progettazione

Libro II (artt. 48-140) - Dell'Appalto

Libro III (artt. 141-173) - Dell'appalto nei settori speciali

Libro IV (artt. 174-208) - Del partenariato pubblico-privato e delle concessioni

Libro V (artt. 209-229) - Del contenzioso e dell'Autorità Nazionale Anticorruzione. Disposizioni finali e transitorie.

Il libro che contiene più articoli è, dunque, il libro II dedicato all'appalto dei contratti di forniture, servizi e lavori. Tale libro è, poi, suddiviso nelle seguenti sette parti per complessivi 93 articoli:

Parte I (artt. 48-55) - Dei contratti di importo inferiore alle soglie europee

Parte II (artt. 56-61) - Degli istituti e delle clausole comuni

Parte III (artt. 62-69) - Dei soggetti

# Nomos Appalti

Consulenza legale agli Enti Locali

Parte IV (artt. 70-76) - Delle procedure di scelta del contraente

Parte V (artt. 77-112) - Dello svolgimento delle procedure

Parte VI (artt. 113-126) - Dell'esecuzione

Parte VII (artt. 127-140) - Disposizioni particolari per alcuni contratti dei settori ordinari.

A differenza del d.lgs. 50/16 e s.m.i., il nuovo Codice non rinvia ad ulteriori provvedimenti attuativi, ma è immediatamente "autoesecutivo" anche se, per un periodo transitorio, sarà possibile sostituire quasi tutti i 38 Allegati.

Ciò significa che la maggior parte degli Allegati al testo del d.lgs. n. 36/23, sono atti legislativi che "possono" diventare regolamentari se entro il 28 settembre 2023 saranno abrogati e sostituiti da regolamenti ministeriali, con contenuto identico a quello dell'Allegato stesso, su cui non sarà acquisito l'ordinario parere del Consiglio di Stato e delle Commissioni parlamentari.

La data del 28 settembre 2023 si ricava dall'art. 225, comma 14 del citato d.lgs. n. 36/23, che indica come scadenza per l'emanazione dei regolamenti il termine di 90 giorni dalla data in cui il Codice acquista efficacia.

Si tratta, in pratica, di un regime transitorio valido per quasi tutti gli Allegati, con esclusione dell'Allegato I.1 recante "*Definizione dei soggetti, dei contratti, delle procedure e degli strumenti*", dell'Allegato I.12 recante "*Opere di urbanizzazione a scomputo del contributo di costruzione*" e dell'Allegato II.10 recante "*Violazioni gravi degli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali*".

Dopo la scadenza del suddetto periodo temporale di 90 giorni, verrà meno la possibilità di sostituire gli Allegati al Codice e, per la loro modifica, dovrà essere nuovamente avviato l'iter previsto per la modifica del decreto legislativo.

Resta fermo che **dal 1° luglio p.v. viene sancita l'abrogazione del d.lgs. 50/16 e l'inefficacia delle Linee guida e dei regolamenti A.N.AC.**, laddove non diversamente previsto dal nuovo Codice, anche se, pur essendo state abrogate, continueranno a trovare applicazione alcune disposizioni, almeno fino al 31 dicembre 2023.

## **A) REGIME TRANSITORIO**

Il d.lgs. 36/23 prevede un regime transitorio piuttosto complesso.

Come già precisato, il nuovo Codice con i relativi Allegati è entrato in vigore dal 1° aprile u.s., ma la relativa efficacia è sospesa fino al 1° luglio p.v..

Fanno eccezione alcune norme immediatamente applicabili dal 1° aprile scorso.

Si tratta degli artt. da 215 a 219 in materia di "*Collegio Consultivo Tecnico*", che si applicano anche ai collegi già costituiti e operanti al 1° aprile u.s., e le disposizioni di cui all'art. 38, commi 11 e 12, in tema di "*Localizzazione ed approvazione di opere*", che si applicano ai procedimenti pendenti alla data di

entrata in vigore del Codice, per i quali non sia intervenuta la determinazione conclusiva della Conferenza di servizi.

**In ogni caso, ai sensi dell'art. 226, comma 1 del d.lgs. 36/23, le disposizioni di cui al precedente Codice n. 50/16 continueranno ad applicarsi esclusivamente ai procedimenti in corso** ovvero:

a) alle procedure e contratti per i quali i bandi siano stati pubblicati prima del 1° luglio p.v.;

b) alle procedure e contratti non preceduti da bandi, in relazione ai quali alla stessa data siano state già inviate le lettere di invito a presentare offerta;

c) per le opere di urbanizzazione a scomputo del contributo di costruzione, oggetto di convenzioni urbanistiche o atti assimilati comunque denominati, ai procedimenti in cui le predette convenzioni o atti siano stati stipulati prima della suddetta data;

d) per le procedure di accordo bonario, di transazione e di arbitrato, relative a controversie aventi ad oggetto contratti pubblici, i cui bandi o lettere di invito siano stati, rispettivamente, pubblicati o spedite prima del 1° luglio p.v.;

e) alle procedure per le quali sia stato formalizzato l'incarico di progettazione, limitatamente all'art. 23 del d.lgs. 50/16 (v. art. 225, comma 9). Ma v'è di più. Alcune norme del citato d.lgs. 50/16, pur essendo state abrogate, come disposto al comma 2 dell'art. 225 del nuovo Codice, continueranno ad applicarsi fino al 31 dicembre 2023 per lo svolgimento - tra le altre - delle attività relative alle seguenti materie:

- digitalizzazione;
- pubblicità;
- Consiglio Superiore LL.PP.;
- garanzie fideiussorie e polizze assicurative;
- consorzi stabili.

Nel dettaglio:

#### **DIGITALIZZAZIONE E TRASPARENZA**

Si applicano le disposizioni relative:

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

Nello specifico, si tratta dei seguenti articoli del d.lgs. 50/16:

**artt. 21, comma 7** (pubblicazione del programma biennale degli acquisti di beni e servizi e triennale dei lavori pubblici), **29** (Principi in materia di

trasparenza), **40** (Obbligo di uso dei mezzi di comunicazione elettronici nello svolgimento delle procedure di aggiudicazione), **41, comma 2-bis** (Divieto di porre a carico dei concorrenti, nonché dell'aggiudicatario, eventuali costi connessi alla gestione delle piattaforme), **44** (Digitalizzazione delle procedure), **52** (Regole applicabili alle comunicazioni), **53** (Accesso agli atti e riservatezza), **58** (Procedure svolte attraverso piattaforme telematiche di negoziazione), **74** (Disponibilità elettronica dei documenti di gara), **81** (Documentazione di gara), **111, comma 2-bis** (Metodologie di collegamento alla B.D.N.C.P.), **213, commi 8, 9 e 10** (Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici e Osservatorio dei contratti pubblici), **214, comma 6** (Commissari straordinari).

#### **PUBBLICITÀ**

Fino al 31 dicembre 2023, continuano ad applicarsi le seguenti disposizioni del d.lgs. n. 50/16: **artt. 70** (Avvisi di pre-informazione), **72** (Redazione e modalità di pubblicazione dei bandi e degli avvisi), **73** (Pubblicazione a livello nazionale), **127, comma 2** (Avviso periodico indicativo), **129, comma 4** (Informazione degli indirizzi generali di pubblicazione degli avvisi e dei bandi di gara). Le spese per la pubblicazione sono sempre rimborsate alla S.A. dall'aggiudicatario della gara.

#### **CONSIGLIO SUPERIORE DEI LAVORI PUBBLICI**

Fino all'attuazione delle disposizioni di cui all'**Allegato I.11** (in tema di organizzazione, competenze, regole di funzionamento, nonché ulteriori attribuzioni del C.S.LL.PP.), restano vigenti le norme sulla composizione e sulle competenze dell'organismo, di cui all'art. 215, d.lgs. 50/16 e s.m.i..

#### **GARANZIE FIDEIUSSORIE E POLIZZE ASSICURATIVE**

Fino all'adozione del decreto di cui all'art. **117, comma 12** (schemi-tipo) si applicano le disposizioni del decreto M.I.S.E. n. 31/2018 (*n.d.r.* n. 193/22).

#### **CONSORZI STABILI**

Gli **artt. 47, comma 1, 83, comma 2, e 216, comma 14**, del d.lgs. n. 50/16 si interpretano nel senso che, in via transitoria, relativamente ai consorzi di cui all'art. 45, comma 2, lettera c), del medesimo Codice, ai fini della partecipazione alle gare e dell'esecuzione, si applica il regime di qualificazione previsto dall'art. 36, comma 7, del d.lgs. n. 163/06 e dagli artt. 81 e 94 del d.P.R. n. 207/10.

Inoltre, negli appalti di servizi e forniture, la sussistenza in capo ai consorzi stabili dei requisiti richiesti nel bando di gara è valutata a seguito della verifica della effettiva esistenza dei predetti requisiti in capo ai singoli consorziati, anche se diversi da quelli designati in sede di gara.

**B) APPALTI FINANZIATI DAL P.N.R.R. E P.N.C.**

Anche dopo il 1° luglio 2023, per gli appalti finanziati dal P.N.R.R. – P.N.C. continuano ad applicarsi le norme speciali introdotte *ad hoc* per le relative procedure (d.l. 77/21, conv. legge 108/21 e d.l. 13/23, conv. legge 41/23).

Dunque, il nuovo C.c.p. non trova applicazione in relazione alle procedure di affidamento e ai contratti riguardanti investimenti pubblici, anche suddivisi in lotti, finanziati in tutto o in parte con le risorse previste dal P.N.R.R. e dal P.N.C., nonché dai programmi cofinanziati dai fondi strutturali della U.E., ivi comprese le infrastrutture di supporto ad essi connesse, anche se non finanziate con dette risorse.

**C) NORME DEL D.LGS. 36/23 IN VIGORE DAL 1° GENNAIO 2024**

L'art. 225, comma 2 del Codice dispone che **i seguenti articoli trovano applicazione solo dal 1° gennaio 2024.**

**1) Pubblicità.**

**Artt. 27** (Pubblicità legale degli atti), **81** (Avvisi di preinformazione), **83**, (Bandi e avvisi: contenuti e modalità di redazione), **84** (Pubblicazione a livello europeo) e **85** (Pubblicazione a livello nazionale).

**2) Digitalizzazione e trasparenza.**

**Artt. 19** (Principi e diritti digitali), **20** (Principi in materia di trasparenza), **21** (Ciclo di vita digitale dei contratti pubblici), **22** (Ecosistema nazionale di approvvigionamento digitale), **23** (B.D.N.C.P.), **24** (F.V.O.E.), **25** (Piattaforme di approvvigionamento digitale), **26** (Regole tecniche), **28** (Trasparenza dei contratti pubblici), **29** (Regole applicabili alle comunicazioni), **30** (Uso di procedure automatizzate nel ciclo di vita dei contratti pubblici), **31** (Anagrafe degli operatori economici partecipanti agli appalti), **35** (Accesso agli atti e riservatezza), **36** (Norme procedurali e processuali in tema di accesso), **37, comma 4** (Pubblicazione programma triennale), **99** (Verifica del possesso dei requisiti), **106, comma 3, ultimo periodo** (Verifica digitale garanzia fideiussoria), **115, comma 5** (Invio dati alla B.D.N.C.P.), **119, comma 5** (Verifica digitale requisiti subappaltatore), e **224, comma 6** (Soppressione del riferimento alla mandataria, ex art. 95, comma 5, d.lgs. 14/19 – “Codice della crisi di impresa e dell’insolvenza”).

**3) Qualificazione stazioni appaltanti.**

Il requisito di qualificazione di cui agli **artt. 4, comma 1, lett. c) e 6, comma 1, lett. c) dell’Allegato II.4** (disponibilità di piattaforme di approvvigionamento digitale di cui agli artt. 25 e 26 del Codice) è richiesto solo a decorrere dal 1° gennaio 2024.

**D) MODIFICAZIONI AL D.L. 76/20 ( c. d. “ Decreto Semplificazioni”)**

Sono previste modifiche all’art. 8, comma 1, d.l. 76/20, conv. in legge 120/20 e, in particolare:

- viene eliminato il termine del 30 giugno 2023 per l'applicazione delle disposizioni relative alla consegna dei lavori in via di urgenza;
- è ripristinata la facoltà per le SS.AA. di prevedere, a pena di esclusione, l'obbligo per l'o.e. di procedere alla visita dei luoghi;
- sono previste riduzioni dei termini procedurali per ragioni di urgenza;
- è inoltre contemplata la possibilità di avviare procedure di affidamento anche in assenza di specifica previsione nei documenti di programmazione.

#### **E) PRINCIPI GENERALI**

Il nuovo C.c.p. dedica ampio spazio alla elencazione dei principi generali in materia di contrattualistica pubblica.

La nuova disciplina abbandona completamente la filosofia che aveva ispirato il legislatore del d.lgs. n. 50/16, attuando un paradigma differente, che si basa su quelli che sono i principi generali in materia di contratti pubblici indicati nel Libro I, Parte I, Titolo I del decreto.

Si tratta, dunque, di una normativa che, pur rientrando nel diritto amministrativo, non può prescindere dai primi 11 articoli del d.lgs. 36/23, il cui obiettivo principale non è quello di fare "gare", ma di eseguire "opere" (*n.d.r.*: forniture e servizi), mettendo in risalto l'autonomia discrezionale delle SS.AA. (soprattutto nelle procedure "sottosoglia") e valorizzando la loro qualificazione. Una maggiore libertà che viene compensata da un nuovo sistema di qualificazione delle stesse (che entrerà in vigore a partire dal 2024).

I principi chiave del nuovo Codice dei contratti sono:

Art. 1. (Principio del risultato)

Art. 2. (Principio della fiducia)

Art. 3. (Principio dell'accesso al mercato)

Art. 4. (Criterio interpretativo e applicativo)

Art. 5. (Principi di buona fede e di tutela dell'affidamento)

Art. 6 (Principi di solidarietà e di sussidiarietà orizzontale. Rapporti con gli enti del Terzo settore)

Art. 7. (Principio di auto-organizzazione amministrativa)

Art. 8. (Principio di autonomia contrattuale. Divieto di prestazioni d'opera intellettuale a titolo di gratuito)

Art. 9. (Principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale)

Art. 10. (Principi di tassatività delle cause di esclusione e di massima partecipazione)

Art. 11. (Principio di applicazione dei CCNL di settore. Inadempienze contributive e ritardo nei pagamenti).

Come indicato dal Consiglio di Stato nella Relazione illustrativa del Codice, *"il ricorso ai principi assolve, inoltre, a una funzione di completezza dell'ordinamento giuridico e di garanzia della tutela di interessi che altrimenti non troverebbero adeguata sistemazione nelle singole disposizioni. Così, ad esempio, il*

*principio del risultato (art. 1) è destinato ad operare sia come criterio prioritario di bilanciamento con altri principi nell'individuazione della regola del caso concreto, sia, insieme con quello della fiducia nell'azione amministrativa (art. 2), come criterio interpretativo delle singole disposizioni. I principi di solidarietà e sussidiarietà orizzontale (art. 6) delimitano il campo di applicazione del codice, consentendo, alle condizioni stabilite, l'affidamento diretto di servizi sociali agli enti del terzo settore".*

## **Il principio del risultato**

L'obiettivo del principio del risultato è quello di favorire l'affidamento e l'esecuzione del contratto con la massima tempestività e il miglior rapporto possibile tra qualità e prezzo, sempre nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza, che vengono espressamente richiamati.

Con la codificazione del principio del risultato il legislatore ha voluto riaffermare il concetto che legalità e concorrenza da sole non bastano, perché l'obiettivo rimane la realizzazione delle opere e la soddisfazione dell'interesse della collettività. Questa "propensione" verso il risultato è caratteristica di ogni azione amministrativa, perché ogni potere amministrativo presuppone un interesse pubblico da realizzare (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 20 aprile 2023 n. 4014).

In tale prospettiva, assume particolare rilevanza il comma 4 dell'art. 1 che, coerentemente con il principio della fiducia di cui all'art. 2, valorizza il raggiungimento del risultato come elemento da valutare, in sede di responsabilità (amministrativa e disciplinare), a favore del personale impiegato nei delicati compiti che vengono in rilievo durante la "vita" del contratto pubblico, dalla programmazione fino alla sua completa esecuzione. Ed infatti, lo scopo è quello di contrastare ogni forma di burocrazia difensiva: in quest'ottica si "premia" il funzionario che raggiunge il risultato, attenuando il peso di eventuali errori potenzialmente forieri di responsabilità.

Nella medesima prospettiva, la lettera b) del comma 4 specifica che il risultato rappresenta anche criterio per l'attribuzione e la ripartizione degli incentivi economici, rinviando alla sede della contrattazione collettiva per la concreta individuazione delle modalità operative.

## **Il principio della fiducia**

Nell'ottica di valorizzare il ruolo delle SS.AA., l'art. 2 codifica il principio della reciproca fiducia nell'azione legittima, trasparente e corretta dell'amministrazione, dei suoi funzionari e degli oo.ee.. Ed è su questo principio che si attua il vero cambiamento operato dalla nuova normativa, che elimina il clima del "sospetto" che ha ispirato il legislatore del 2016, anche per colpa della enorme stratificazione delle norme di dettaglio.

Dunque, l'intento del nuovo legislatore è quello di eliminare la "paura della firma" e la "burocrazia difensiva", ovvero le principali fonti di inefficienza,

immobilismo e, quindi, di ostacolo al rilancio di una P.A. dinamica ed efficiente.

Da segnalare che nella Relazione al Codice il Consiglio di Stato ha chiarito che *“non si tratta, allora, di regalare la fiducia a funzionari che non la meritano, né tanto meno di incidere sull'intensità del sindacato giurisdizionale. Si tratta, al contrario, di dettare una regola chiara: ogni stazione appaltante ha la responsabilità delle gare e le deve svolgere non solo rispettando la legalità formale, ma tenendo sempre presente che ogni gara è funzionale a realizzare un'opera pubblica (o ad acquisire servizi e forniture) nel modo più rispondente agli interessi della collettività. Il raggiungimento di questo risultato implica il superamento di ogni forma di inerzia e l'esercizio effettivo della discrezionalità di cui la P.A. dispone. Ciò presuppone la fiducia dell'ordinamento giuridico sulle scelte compiute dalla P.A., alla quale, in assenza di detta fiducia, non si attribuirebbe il potere: ogni conferimento di potere (specie se di natura discrezionale) presuppone, infatti, la fiducia dell'ordinamento giuridico verso l'organo destinatario dell'attribuzione: esplicitare a livello normativo questo presupposto culturale e giuridico promuove il senso di appartenenza dell'Amministrazione allo Stato-comunità, scongiura l'inerzia, valorizza le capacità e orienta verso il rispetto della legalità sostanziale”*.

In tal senso, il comma 3 del citato art. 2 prova a delimitare il concetto di *“colpa grave”*, precisando che *“non costituisce colpa grave la violazione o l'omissione determinata dal riferimento a indirizzi giurisprudenziali prevalenti o a pareri delle autorità competenti”*. Una formulazione che - come ammesso dal Consiglio di Stato - codifica *“il diritto vivente formatosi nell'ambito delle sezioni giurisdizionali della Corte dei Conti”*.

Viceversa, la responsabilità amministrativa per colpa grave si configura nella ipotesi di:

- violazione di norme di diritto e degli auto-vincoli amministrativi;
- palese violazione di regole di prudenza, perizia e diligenza;
- omissione delle cautele, verifiche ed informazioni preventive normalmente richieste nell'attività amministrativa, in quanto esigibili nei confronti dell'agente pubblico in base alle specifiche competenze e in relazione al caso concreto.

Sempre in tema di responsabilità erariale, è opportuno segnalare che non è stata riproposta la norma contenuta nel d.l. 76/20 (valevole in via transitoria fino al 30 giugno 2023), che ha stabilito la rilevanza del dolo, oltre alla colpa grave, nei casi di condotte omissive.

### **Il principio dell'accesso al mercato**

L'art. 3 del C.c.p. prevede che le SS.AA. e gli enti concedenti favoriscono, secondo le modalità indicate dal Codice stesso, l'accesso al mercato degli oo.aa. nel rispetto dei principi di concorrenza di imparzialità, di non discriminazione, di pubblicità e trasparenza, di proporzionalità.

## **I principi di buona fede e di tutela dell'affidamento**

L'art. 5 enuncia i principi di buona fede e di tutela dell'affidamento che devono governare l'azione delle SS.AA. e degli oo.ee..

Recependo i principi espressi dalla giurisprudenza amministrativa, si prevede 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.

Si precisa, poi, che 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'o.e..

Inoltre, viene introdotta la possibilità per le SS.AA. condannate al risarcimento del danno a favore del terzo pretermesso, di attivare azione di rivalsa nei confronti dell'aggiudicatario illegittimo.

La norma, ancorché si configuri piuttosto generica, appare applicabile anche in assenza di condanna definitiva.

## **I principi di solidarietà e di sussidiarietà orizzontale**

In attuazione dei principi di solidarietà sociale e di sussidiarietà orizzontale, l'art. 6 del C.c.p. sollecita le SS.AA. a promuovere modelli organizzativi di amministrazione condivisa, privi di rapporti sinallagmatici, fondati sulla condivisione delle funzioni amministrative con gli enti del Terzo settore (d.lgs. 117/17), in relazione ad attività di particolare valenza sociale.

## **I principi di auto-organizzazione amministrativa – Modello *in house***

Tra i principi generali del C.c.p. è previsto anche il principio di auto-organizzazione amministrativa.

Il primo comma dell'art. 7 dispone che *“Le pubbliche amministrazioni organizzano autonomamente l'esecuzione di lavori o la prestazione di beni e servizi attraverso l'auto-produzione, l'esternalizzazione e la cooperazione nel rispetto della disciplina del codice e del diritto dell'Unione”*.

La norma recepisce la tripartizione già presente nel d.lgs. 50/16 e ben radicata nel diritto europeo: con l'autoproduzione l'attività viene svolta direttamente dal soggetto pubblico; con l'esternalizzazione, invece, la stessa viene affidata a un soggetto terzo; infine, con la cooperazione l'attività viene svolta da un'altra P.A. nel perseguimento di finalità comuni a quest'ultima e alla P.A. beneficiaria. I tre modelli soggiacciono a discipline diverse, perché diversi sono gli impatti sul mercato integrato della U.E..

L'autoproduzione è fuori dall'ambito di applicazione delle direttive europee e, coerentemente, anche fuori dal C.c.p.. L'esternalizzazione comporta, invece, l'obbligo di applicare le disposizioni del Codice per assicurare il confronto competitivo e concorrenziale tra gli oo.ee..

A metà strada tra le due ipotesi di organizzazione della esecuzione dei lavori o la prestazione di beni e servizi si colloca il modello dell'affidamento *in house*, al quale sono dedicati i commi 2 e 3 dell'articolo 7 del Codice. In questo caso, l'attività viene affidata ad un soggetto che, seppur formalmente privato, opera in realtà come una *longa manus* della P.A.. Per rientrare nel novero delle società *in house* è necessario possedere i requisiti previsti dall'art. 16, d.lgs. n. 175/16.

Sotto questo profilo, l'art. 7 ricalca, in parte, l'art. 192, d.lgs. n. 50/16, anche se presenta alcune novità interessanti.

In primo luogo, è confermato l'obbligo di motivazione per le PP.AA. che intendano ricorrere a tale tipologia di affidamento. L'incombenza, passata indenne sia al vaglio di legittimità della Corte di Giustizia della U.E. (cause riunite da c-89/19 a c-91/19 - Rieco), che a quello della Corte Costituzionale (sent. 27 maggio 2020 n. 100), era già prevista dall'art. 192, comma 2, del Codice precedente. Anche in questo caso, l'art. 7 specifica la necessità di dare conto nella motivazione *“dei vantaggi per la collettività, delle connesse esternalità e della congruità economica della prestazione, anche in relazione al perseguimento di obiettivi di universalità, socialità, efficienza, economicità, qualità della prestazione, celerità del procedimento e razionale impiego di risorse pubbliche”*.

In sostanza, per procedere ad un affidamento *in house*, le PP.AA. devono esprimere un duplice giudizio prognostico: valutare la convenienza della scelta di internalizzare l'attività e, in aggiunta, effettuare un giudizio di convenienza economica riferito all'offerta della società *in house*. La mancanza di uno dei due elementi rende insufficiente la motivazione e comporta l'illegittimità della delibera di affidamento.

Nel nuovo Codice, tuttavia, il Legislatore ha inteso facilitare il lavoro delle PP.AA.. L'ultimo periodo del comma 2 del citato art. 7 prevede infatti che *“i vantaggi di economicità possono emergere anche mediante la comparazione con gli standard di riferimento della società Consip S.p.a. e delle altre centrali di committenza, con i paramenti ufficiali elaborati da altri enti regionali nazionali o esteri oppure, in mancanza, con gli standard di mercato.”* Viene così codificata una scelta già contenuta nell'art. 10, comma 3, d.l. n. 77/21 (conv. legge 108/21), anche se quest'ultimo consente una comparazione più riduttiva, riferendosi soltanto agli *“standard di riferimento della società Consip S.p.A. e delle centrali di committenza regionali”*.

Va poi sottolineato che l'art. 7 cit. reca una semplice facoltà per le PP.AA. e non un obbligo: in altri termini, sarebbe possibile sostenere la convenienza dell'affidamento *in house* anche facendo riferimento ad altri criteri.

Il comma 3 dell'articolo indagato si sofferma, poi, su un'ipotesi particolare di affidamento *in house*: quella avente ad oggetto i servizi di interesse economico generale di livello locale. La disposizione rinvia in questo caso al d.lgs. n. 201/22, che ha dato attuazione alla L. n. 118/22 e che, all'art. 17, reca un'apposita disciplina speciale. In tal caso la valutazione della convenienza

dell'affidamento *in house* deve essere svolta in base a precisi indicatori, che variano a seconda che si tratti di servizi a rete (es. distribuzione gas, energia elettrica, acqua ecc.) disciplinati da apposite autorità di regolazione, oppure no: nel primo caso, le autorità di settore individuano “i costi di riferimento dei servizi, lo schema tipo di piano economico-finanziario, gli indicatori ed i livelli minimi di qualità dei servizi”; ove - invece - non si tratti di servizi a rete, tali indicatori vengono fissati dalle competenti strutture della Presidenza del Consiglio dei ministri.

In pratica, dunque, l'affidamento *in house* dei SS.PP.LL. di interesse economico generale soggiace ad una disciplina ben più dettagliata e penetrante, che verosimilmente comporterà un sindacato più pervasivo del Giudice amministrativo sulle scelte compiute.

Il comma 4 dell'articolo 7, infine, è dedicato al terzo modello, ossia quello della cooperazione amministrativa. Qui non vi sono particolari novità rispetto alla disciplina del d.l.gs. 50/16, poiché si conferma che il nuovo Codice non si applica alla cooperazione amministrativa, sempre che: a) interviene esclusivamente tra due o più SS.AA. o enti concedenti, anche con competenze diverse; b) garantisce la effettiva partecipazione di tutte le parti allo svolgimento dei compiti funzionali all'attività di interesse comune, in un'ottica esclusivamente collaborativa e senza alcun rapporto sinallagmatico tra prestazioni; c) determina una convergenza sinergica su attività di interesse comune, pur nella eventuale diversità del fine perseguito da ciascuna amministrazione, purché l'accordo non tenda a realizzare la missione istituzionale di una sola delle amministrazioni aderenti; d) le SS.AA. o gli enti concedenti partecipanti svolgono sul mercato aperto meno del 20% delle attività interessate dalla cooperazione.

### **Il principio di autonomia contrattuale - Divieto di prestazioni d'opera intellettuale a titolo gratuito**

L'art. 8 del decreto 36/23 riafferma il principio di autonomia contrattuale e disciplina il divieto di prestazioni d'opera intellettuale a titolo gratuito. Con particolare riferimento a quest'ultimo, si dispone che le prestazioni d'opera intellettuale non possono essere rese dai professionisti gratuitamente, salvo che in casi eccezionali, previa adeguata motivazione.

Si precisa inoltre che, fatti salvi i predetti casi eccezionali, la P.A. è tenuta a garantire comunque l'applicazione del principio dell'equo compenso delle prestazioni professionali (v. legge 21 aprile 2023 n. 49).

### **Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale**

L'art. 9 disciplina il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale. In particolare, si prevede il diritto alla rinegoziazione secondo buona fede delle condizioni contrattuali a favore della parte svantaggiata che non abbia volontariamente assunto il relativo rischio, qualora sopravvengano

circostanza straordinarie e imprevedibili, che siano 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.

A tali fini, le SS.AA. favoriscono l'inserimento nel contratto di clausole di rinegoziazione, dandone pubblicità nel bando o nell'avviso di indizione della gara, specie quando il contratto risulti particolarmente esposto per la sua durata, per il contesto economico di riferimento o per altre circostanze, al rischio delle interferenze da sopravvenienze.

Il legislatore precisa, tuttavia, che in applicazione del principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale, si applicano le disposizioni degli artt. 60 (revisione prezzi) e 120 (varianti).

Ciò significa che, ferma restando la nuova disciplina in tema di revisione prezzi, anche in assenza di specifiche clausole di rinegoziazione tra le parti, finalizzate al ripristino dell'originario equilibrio contrattuale, la S.A. (e per essa, il RUP "dirigente") risponde per la violazione dell'obbligo di rinegoziazione che fa seguito ad esplicita richiesta avanzata dalla parte svantaggiata (cfr. art. 120, comma 8).

### **I principi di tassatività delle cause di esclusione e di massima partecipazione**

L'art. 10 afferma in modo chiaro il divieto di affidamento dei contratti pubblici agli oo.ee. nei cui confronti sia stata accertata la sussistenza di cause di esclusione espressamente definite dal Codice.

In particolare, la norma dispone che le cause di esclusione di cui agli artt. 94 e 95 sono tassative e integrano di diritto i bandi e le lettere di invito; le clausole che introducono ulteriori cause di esclusione sono nulle e si considerano come non apposte.

Si prevede, poi, la possibilità per le SS.AA. di introdurre requisiti speciali, di carattere economico-finanziario e tecnico-professionale, purché attinenti e proporzionati all'appalto e non ostativi all'accesso al mercato ed alla crescita delle PMI.

### **Il principio di applicazione del C.C.N.L. di settore**

L'art. 11 novella il principio di applicazione del C.C.N.L. di settore nei contratti pubblici, riformulando l'attuale previsione contenuta all'art. 30, comma 4, d.lgs. 50/16.

Ed infatti, al comma 1 del citato art. 11 è precisato che al personale impiegato in appalti pubblici e concessioni è applicato il contratto collettivo nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni, 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.

Inoltre, mentre il comma 2 prevede l'indicazione nel bando, da parte della S.A., del contratto collettivo applicabile al personale dipendente impiegato nell'appalto, il successivo comma 3 consente agli oo.aa. di indicare nella propria offerta il differente contratto collettivo dagli stessi applicato, purché garantisca ai dipendenti le stesse tutele di quello indicato dalla S.A..

In ogni caso, gli enti appaltanti devono assicurare che le medesime tutele normative ed economiche siano garantite ai lavoratori che operano in regime di subappalto. Tale principio viene poi specificamente declinato nell'ambito della disciplina del subappalto (art. 119), peraltro sostanzialmente invariata rispetto alla previgente.

Infine, al comma 6 è stato riprodotto l'istituto dell'intervento sostitutivo della S.A. nel caso di inadempienza contributiva o retributiva dell'impresa affidataria o del subappaltatore, prima disciplinato dai commi 5 e 6 dell'art. 30, d.lgs. n. 50/16.

## **F) LA PROGETTAZIONE**

### **I livelli di progettazione**

L'art. 41 del d.lgs. 36/23 disciplina i livelli e i contenuti della progettazione, attuando una significativa revisione della disciplina vigente, al fine dichiarato di semplificarne i contenuti, rinviando agli Allegati al Codice per gli aspetti di carattere tecnico e operativo.

Il comma 1 stabilisce che *"La progettazione in materia di lavori pubblici, si articola in due livelli di successivi approfondimenti tecnici"*, riducendo quindi a due i livelli di progettazione, rispetto al passato: quello del progetto di fattibilità tecnica ed economica e quello del progetto esecutivo.

Tale soluzione costituirebbe attuazione del criterio direttivo previsto dalla lett. q) della legge delega 78/22, finalizzato alla *"semplificazione delle procedure relative alla fase di approvazione dei progetti in materia di opere pubbliche, anche attraverso la ridefinizione dei livelli di progettazione ai fini di una loro riduzione, lo snellimento delle procedure di verifica e validazione dei progetti e la razionalizzazione della composizione e dell'attività del Consiglio superiore dei lavori pubblici"*.

Il comma 2 prevede che con l'**Allegato I.7**, destinato comunque ad essere sostituito da un corrispondente regolamento ministeriale, si definiscono i contenuti dei due livelli di progettazione, nonché il contenuto minimo del quadro delle necessità e del documento di indirizzo della progettazione, che le SS.AA. e gli enti concedenti, tramite il RUP, devono predisporre.

Riguardo al citato **Allegato I.7**, il Consiglio di Stato, nella propria Relazione ha osservato che si tratta di un Allegato fortemente innovativo rispetto alla disciplina previgente, nella cui predisposizione si è tenuto conto delle norme del previgente d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, costituenti ancora la disciplina

attuativa valevole su questi aspetti, ma anche di provvedimenti elaborati e mai entrati in vigore, quali lo schema di d.m. recante "Definizione dei contenuti della progettazione nei tre livelli progettuali" e lo schema di regolamento unico predisposto in attuazione dell'art. 216, comma 27-*octies*, d.lgs. 50/2016, nonché del d.m. 1 dicembre 2017, n. 560 e s.m.i., con il quale, ai sensi dell'art. 23, comma 13, del Codice 50/16, sono stati definiti i tempi e le modalità della progressiva, obbligatoria introduzione dei BIM nel settore dei contratti pubblici.

Il comma 3 specifica ulteriormente che il predetto Allegato stabilisce anche i requisiti delle prestazioni che devono essere previsti nel progetto di fattibilità tecnico ed economica. Qualora poi vengano impiegati metodi e strumenti di gestione informativa digitale, il documento di indirizzo della progettazione deve contenere il capitolato informativo. Peraltro, secondo quanto disposto dall'**Allegato I.9** (*Metodi e strumenti di gestione informativa digitale delle costruzioni*), in caso di affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria, le SS.AA. sono tenute a predisporre un capitolato informativo da allegare alla documentazione di gara, coerente con la definizione dei requisiti informativi e con il documento di indirizzo alla progettazione e il cui contenuto minimo è esplicitato nel medesimo allegato. Il successivo comma 5 traduce, poi, in concreto la disposta riduzione dei livelli di progettazione, stabilendo che la S.A. o l'ente concedente debbano definire, in funzione della specifica tipologia e dimensione dell'intervento, le caratteristiche, i requisiti e gli elaborati progettuali necessari per la definizione di ogni fase della relativa progettazione. Inoltre, in un'ottica semplificatoria, per gli interventi di manutenzione ordinaria e straordinaria è possibile omettere la redazione del progetto di fattibilità tecnica ed economica, a condizione che il progetto esecutivo contenga tutti gli elementi previsti per il livello omesso.

Ai commi 6 e 8 del citato art. 41 sono invece indicati le finalità ed i contenuti del progetto di fattibilità tecnico-economico e del progetto esecutivo, fornendo in maniera puntuale i criteri da osservare per la relativa redazione. In tale contesto, viene precisato che alla redazione del progetto esecutivo provvede, di regola, lo stesso soggetto che ha predisposto il progetto di fattibilità tecnico-economica, per evidenti ragioni connesse alle garanzie di coerenza e speditezza. L'affidamento disgiunto non è comunque precluso, imponendosi, però, l'esplicitazione delle ragioni per le quali si rende necessario, nonché l'accettazione da parte del nuovo progettista, senza riserve dell'attività progettuale svolta in precedenza.

Il comma 9 contiene una specificazione per il caso in cui entrambi i livelli di progettazione costituiscano oggetto di affidamento esterno, stabilendosi, in tal ipotesi, che l'avvio della progettazione esecutiva è comunque condizionato alla determinazione delle SS.AA. e degli enti concedenti sul progetto di fattibilità tecnico-economica; inoltre, anche in tal caso, ai fini

della verifica di coerenza tra le varie fasi (rispondenza del progetto alle esigenze espresse nel documento d'indirizzo; conformità alla normativa vigente), trovano applicazione le previsioni dell'art. 42, comma 1, concernenti la verifica della progettazione dei lavori.

D'altra parte, in continuità con le analoghe previsioni contenute nel d.lgs. 50/16 e con lo scopo di garantire equilibrio ed efficienza nella gestione, il successivo comma 10 dispone che gli oneri correlati a tutte le attività specificamente indicate gravano sulle disponibilità finanziarie della S.A. o dell'ente concedente.

Per quanto concerne, invece, la **progettazione di servizi e forniture**, il comma 12 precisa che essa è articolata in un unico livello ed è predisposta direttamente dalle SS.AA. ed enti concedenti, mediante i propri dipendenti in servizio.

Anche in tal caso, i contenuti minimi del progetto sono definiti dal citato **Allegato I.7**.

#### **La verifica e la validazione dei progetti**

Per quanto riguarda le attività di verifica e di validazione del progetto, l'art. 42 del Codice recepisce le novità introdotte in materia dell'art. 41, con la tendenziale devoluzione di tali attività alla stessa S.A., per il tramite del RUP o delle proprie strutture tecniche ed amministrative, rinviando al citato **Allegato I.7** la definizione dei contenuti e delle modalità delle attività di verifica, nonché dei soggetti preposti, e tipizzando i casi di esternalizzazione di tali prestazioni tecniche.

In ogni caso, l'attività di verifica si sviluppa nel corso dell'*iter* progettuale e comprende anche l'ottemperanza alle prescrizioni impartite dagli enti competenti in sede di Conferenza di servizi, senza necessità di ulteriori approvazioni/autorizzazioni.

In tema di validazione del progetto da parte del RUP, il Codice riproduce le analoghe previsioni dell'art. 26 del d.lgs. 50/16.

#### **Il subappalto dei servizi tecnici**

Di rilievo la circostanza che **il nuovo Codice non riproduce il divieto di subappalto e delle attività ad esso connesse** – fatte salve specifiche prestazioni accessorie e meramente strumentali - attualmente contemplato dall'art. 31, comma 8, d.lgs. 50/16.

#### **La determinazione dei corrispettivi**

Il comma 15 dell'art. 41 si occupa delle modalità per determinare i corrispettivi per le fasi progettuali da porre a base degli affidamenti dei servizi di ingegneria ed architettura, commisurati al livello qualitativo delle prestazioni, rinviando espressamente ai contenuti dell'**Allegato I.13**.

È opportuno segnalare al riguardo che il Codice non menziona espressamente il riferimento al d.m. Giustizia 17 giugno 2016 per la determinazione dei corrispettivi, verosimilmente in prospettiva di un adeguamento dei parametri in rapporto ai nuovi livelli di progettazione.

Per completezza di informazioni, preme comunque rammentare le indicazioni recentemente fornite dall'A.N.AC. (Comunicato 8 novembre 2022) secondo cui *“non solo è necessario che la documentazione di gara riporti l'elenco dettagliato delle prestazioni oggetto dell'incarico e i relativi corrispettivi (secondo i criteri stabiliti dal DM 17 Giugno 2016 (c.d. Decreto Parametri), ma che qualsiasi prestazione non espressamente considerata deve ritenersi al di fuori del vincolo contrattuale e potrà essere richiesta in corso di esecuzione nei limiti in cui è consentito all'amministrazione esercitare lo ius variandi”*.

### **I Prezzari**

L'art. 41 del nuovo Codice conferma la disposizione, attualmente prevista dall'art. 23, comma 16 del d.lgs. 50/16, in base alla quale i contratti relativi ai lavori, il costo dei prodotti, delle attrezzature e delle lavorazioni è determinato facendo riferimento ai prezzi correnti alla data dell'approvazione del progetto riportati nei prezzari predisposti dalle regioni e dalle province autonome o adottati dalle SS.AA. e dagli enti concedenti che, in base alla natura o all'oggetto dell'appalto, sono autorizzati a non applicare quelli regionali.

I criteri di formazione e aggiornamento dei prezzari regionali sono definiti nell'**Allegato I.14**.

In assenza di prezzari aggiornati, il costo è determinato facendo riferimento ai listini ufficiali o ai listini delle locali camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura oppure, in difetto, ai prezzi correnti di mercato in base al luogo di effettuazione degli interventi.

Parimenti, è confermata l'attuale disposizione secondo cui il costo del lavoro è determinato annualmente, in apposite tabelle, dal Ministero del Lavoro.

### **Gli incentivi per le funzioni tecniche**

La tematica degli incentivi per funzioni tecniche è disciplinata all'art. 45 del d.lgs. 36/23, che introduce significative novità rispetto al Codice del 2016.

Innanzitutto, si deve segnalare che il citato articolo amplia il novero dei soggetti destinatari dell'originario art. 113, d.lgs. 50/16, il quale recita, al comma 2, che *“le amministrazioni giudicatrici destinano ad un apposito fondo risorse finanziarie in misura non superiore al 2 per cento modulate sull'importo dei lavori, servizi e forniture, posti a base di gara per le funzioni tecniche svolte dai dipendenti delle stesse”*.

La (vecchia) norma fa riferimento, dunque, alle sole *“amministrazioni aggiudicatrici”* che, ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. a) del d.lgs. 50/16 sono da intendersi le *“amministrazioni dello Stato; gli enti pubblici territoriali; gli altri*

# Nomos Appalti

Consulenza legale agli Enti Locali

*enti pubblici non economici; gli organismi di diritto pubblico; le associazioni, unioni, consorzi, comunque denominati, costituiti da detti soggetti”.*

Orbene, rispetto al citato art. 113, le nuove disposizioni dell’art. 45 sostituiscono il riferimento alle “*amministrazioni aggiudicatrici*” con le “*stazioni appaltanti e gli enti concedenti*”, con conseguente estensione della nuova disciplina anche agli enti operanti nei “*settori speciali*”.

Pertanto, in considerazione del chiaro tenore letterale della novella, anche le SS.AA. diverse dalle amministrazioni aggiudicatrici sono tenute ad inserire nei quadri economici di spesa il “*fondo risorse*” compensativo delle funzioni tecniche svolte dai propri dipendenti e specificato nell’ **Allegato I.10**.

In altri termini, con l’entrata in vigore del d.lgs. 36/23, tutte le SS.AA., seppur private ed operanti nei settori speciali, saranno tenute a prevedere risorse finanziarie in misura non superiore al 2% dell’importo dei lavori, servizi e forniture posti a base di gara, da dedicare alle funzioni tecniche svolte dai propri dipendenti.

Ma v’è di più. Il citato art. 45, al comma 3, nello stabilire che l’80% delle risorse di cui al comma 2, “*è ripartito, per ogni opera, lavoro, servizio e fornitura, tra il RUP e i soggetti che svolgono le funzioni tecniche*” indicate nel citato **Allegato I.10**, “*nonché tra i loro collaboratori*”, dispone che “*i criteri del relativo riparto (...) sono stabiliti dalle stazioni appaltanti e dagli enti concedenti, secondo i rispettivi ordinamenti entro 30 giorni dalla data di entrata in vigore del codice*”.

Dunque, il nuovo Codice “*sdogana*” gli incentivi tecnici per tutti i dipendenti e invita le SS.AA. a stabilirne rapidamente i criteri di riparto.

L’art. 45 conferma, poi, l’applicazione dell’incentivo, oltre che alle attività relative ai lavori, anche a quelle inerenti le forniture e i servizi, a condizione che venga nominato il Direttore dell’esecuzione del contratto.

Ulteriore novità concerne l’applicazione dell’istituto anche nel caso di affidamento diretto di lavori, forniture e servizi. In buona sostanza, viene superato il vincolo della gara come condizione imprescindibile per dar corso all’incentivazione.

Come precisato, le attività che possono essere incentivate sono individuate, fino alla adozione di uno specifico regolamento, nell’**Allegato I.10** del decreto. Esse sono le seguenti: programmazione della spesa per investimenti; responsabile unico del progetto; collaborazione all’attività del responsabile unico del progetto (responsabili e addetti alla gestione tecnico-amministrativa dell’intervento); redazione del documento di fattibilità delle alternative progettuali; redazione del progetto di fattibilità tecnica ed economica; redazione del progetto esecutivo; coordinamento per la sicurezza in fase di progettazione; verifica del progetto ai fini della sua validazione; predisposizione dei documenti di gara; direzione dei lavori; ufficio di direzione dei lavori (direttore/i operativo/i, ispettore/i di cantiere); coordinamento per la sicurezza in fase di esecuzione; direzione dell’esecuzione; collaboratori del direttore dell’esecuzione; coordinamento

della sicurezza in fase di esecuzione; collaudo tecnico-amministrativo; regolare esecuzione; verifica di conformità; collaudo statico, ove necessario. Si deve subito evidenziare che, rispetto alle regole dettate dal d.lgs. 50/16, viene introdotta la possibilità di incentivazione per la redazione del documento di fattibilità delle alternative progettuali, per la redazione del progetto di fattibilità tecnica ed economica, per la redazione del progetto esecutivo e per il coordinamento della sicurezza in fase di progettazione.

Relativamente, ancora, all'entità dell'incentivo, il comma 2 dell'art. 45 stabilisce che *"per le funzioni tecniche svolte dai dipendenti specificate nell'allegato"* venga destinato fino al *"2% dell'importo dei lavori, dei servizi e delle forniture, posto a base delle procedure di affidamento"*. Il 2% comprende gli oneri previdenziali ed assistenziali a carico dell'ente appaltante. Viene, tuttavia, precisato che le SS.AA. e gli enti concedenti possono prevedere una modalità diversa di retribuzione delle funzioni tecniche svolte dai propri dipendenti.

Sulla base delle previsioni dettate dal comma 3 viene destinato alla incentivazione del personale, compresi i collaboratori, l'80% delle risorse previste dall'ente. I criteri di riparto devono essere individuati dagli enti appaltanti, che devono anche disciplinare la riduzione di questi incentivi per gli *"incrementi ingiustificati dei tempi o dei costi previsti dal quadro economico del progetto esecutivo"*; nella precedente disposizione questa riduzione era prevista nel caso di ritardi o costi ulteriori *"non conformi alle norme del presente decreto"*.

È confermato che l'incentivo debba essere corrisposto dal dirigente o dal responsabile negli enti privi di dirigenti o da un'altra figura individuata dall'ente, ferma restando la previsione che il RUP debba essere sentito, dovendo accertare ed attestare *"le specifiche funzioni tecniche svolte dal dipendente"*.

Il tetto degli incentivi viene parametrato al trattamento economico annuo lordo percepito e non più al 50%, come nel precedente testo. Questo tetto agli incentivi viene aumentato del 15% nelle *"amministrazioni che adottano i metodi e gli strumenti digitali per la gestione informativa dell'appalto"* (n.d.r.: quali il BIM).

In ogni caso, è confermata l'esclusione dall'incentivazione del personale con qualifica dirigenziale, anche se dobbiamo ricordare che, per gli interventi finanziati dal P.N.R.R. e P.N.C. – ai sensi del d.l. n. 13/23, conv. legge 41/23 - fino a tutto il 2026 gli incentivi possono essere erogati anche al personale dirigenziale.

Ai sensi dei commi 5, 6 e 7 dell'art. 45, è previsto inoltre che le somme che eccedono il tetto alla incentivazione individuale, nonché quelle per le *"prestazioni non svolte dai dipendenti, perché affidate a personale esterno all'amministrazione medesima oppure perché prive dell'attestazione del dirigente"*, nonché quelle che eccedono il tetto annuale del trattamento individuale,

vanno ad incrementare la quota del 20% destinata all'acquisto di "beni e tecnologie funzionali a progetti di innovazione" e di "formazione per l'incremento delle competenze digitali dei dipendenti nella realizzazione degli interventi; per la specializzazione del personale che svolge funzioni tecniche; per la copertura degli oneri di assicurazione obbligatoria del personale". L'acquisto dei "beni e tecnologie funzionali a progetti di innovazione" può essere destinato alle seguenti finalità: "modellazione elettronica informativa per l'edilizia e le infrastrutture; implementazione delle banche dati per il controllo e il miglioramento della capacità di spesa; efficientamento informatico, con particolare riferimento alle metodologie e strumentazioni elettroniche per i controlli". La quota del 20% non si applica in caso di finanziamenti europei e di altri finanziamenti a destinazione vincolata.

### **Costi della manodopera e della sicurezza**

In attuazione di quanto stabilito dalla legge delega 78/22, il nuovo Codice reintroduce l'obbligo di scorporare dall'importo assoggettato a ribasso, non soltanto i costi della sicurezza – come già disposto dall'art. 23, comma 16 del d.lgs. n. 50/2016 – ma anche i costi della manodopera.

Ed infatti, l'art. 41, comma 14 del d.lgs. 36/23 prevede che "Nei contratti di lavori e servizi, per determinare l'importo posto a base di gara, la stazione appaltante o l'ente concedente individua nei documenti di gara i costi della manodopera secondo quanto previsto dal comma 13. I costi della manodopera e della sicurezza sono scorporati dall'importo assoggettato al ribasso".

Si tratta di una norma (v. art. 82, comma 3-bis, d.lgs. 163/06) già a suo tempo espunta dalla disciplina in materia di contratti, siccome considerata inapplicabile e come tale, non riprodotta dal d.lgs. 50/16.

Del resto, anche l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici (oggi, A.N.AC.) aveva espresso ferma contrarietà "nei confronti di una disposizione di legge diretta a imporre alla stazione appaltante di quantificare e di scorporare ex ante il costo del lavoro dal prezzo complessivo posto a base di gara, col rischio di premiare le imprese meno efficienti dal punto di vista organizzativo o quelle che compensano con la voce di prezzo percepito a titolo di costo della manodopera i forti ribassi offerti sulle restanti voci di prezzo: il costo del lavoro da costo puro ed incompressibile, da non assoggettare al mercato, è divenuto componente dell'offerta soggetta a verifica di congruità" (così Segnalazione 19 marzo 2014, n. 2).

Ciò nondimeno, in base alla nuova disposizione, le SS.AA. dovranno determinare l'importo da porre a base d'asta, tenendo conto delle spese relative al costo del personale (valutato sulla base dei minimi salariali definiti dalla contrattazione collettiva nazionale di settore tra le organizzazioni sindacali dei lavoratori e le organizzazioni dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, delle voci retributive previste dalla contrattazione integrativa di secondo livello e delle misure di adempimento alle disposizioni in materia di salute e sicurezza nei

luoghi di lavoro), e curando di scorporare dette spese dall'importo assoggettabile a ribasso d'asta.

Va tuttavia precisato che tale previsione è contraddetta da altre disposizioni contenute nel Codice, ad iniziare dall'ultimo periodo dello stesso comma 14 dell'art. 41, a tenore del quale *"Resta ferma la possibilità per l'operatore economico di dimostrare che il ribasso complessivo dell'importo deriva da una più efficiente organizzazione aziendale"*.

Delle due l'una: infatti o l'importo del costo del personale non è ribassabile ed è scorporato, oppure è ribassabile con possibilità di dimostrarne la congruità.

Allo stesso modo si pone il contrasto con la previsione del comma 5 dell'art. 91, nel quale si prevede che *"nelle offerte l'operatore economico dichiara alla stazione appaltante il prezzo, i costi del personale e quelli aziendali per la sicurezza"*. È evidente che se l'o.e. è tenuto a dichiarare in sede di offerta i costi della manodopera calcolati nel corrispettivo proposto, ciò non è coerente con il meccanismo dello *"scorporo"* degli stessi da parte della S.A..

Parimenti, la contraddizione appare evidente in relazione all'art. 108, comma 9 in cui si dispone che *"Nell'offerta economica l'operatore indica, a pena di esclusione, i costi della manodopera e gli oneri aziendali per l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro eccetto che nelle forniture senza posa in opera e nei servizi di natura intellettuale"* (oggi, art. 95, comma 10, d.lgs. 50/16).

### **Suddivisione in lotti**

È confermata la regola in ordine alla suddivisione degli appalti in lotti, al fine di favorire la partecipazione delle micro, piccole e medie imprese, anche di prossimità.

L'art. 58 del Codice consente, comunque, alle SS.AA. di motivare la mancata suddivisione, tenendo conto dei principi europei sulla promozione di condizioni di concorrenza paritaria per le piccole e medie imprese.

La norma introduce il concetto di *"lotto quantitativo"*, in aggiunta ai lotti *"funzionali"* e *"prestazionali"*.

Nell'**Allegato I.1** è prevista, infatti, la nozione di lotto *"quantitativo"*, inteso quale *"specifico oggetto di appalto o concessione funzionalmente autonomo da aggiudicare anche con separata e autonoma procedura, definito su base meramente quantitativa, in conformità alle varie categorie e specializzazioni presenti o in conformità alle diverse fasi successive del progetto adeguato alla capacità economico-finanziaria delle medie e piccole imprese"*.

Se, da un lato, è significativo che il valore del lotto debba essere in ogni caso correlato alla capacità delle piccole e medie imprese, dall'altro, si evidenzia che la precisazione relativa alla *"autonomia funzionale"* del lotto quantitativo rischia di confondere le caratteristiche di quest'ultimo con quelle proprie del *"lotto funzionale"*.

**Appalto c.d. “integrato”**

Tra le varie disposizioni previste dal nuovo Codice, si segnala l’art. 44 che definisce (nuovamente) l’appalto c.d. “integrato” di progettazione esecutiva e di esecuzione.

Per i **lavori**, si reintroduce la possibilità dell’appalto integrato, senza i divieti previsti dal d.lgs. 50/16. L’art. 59 del citato d.lgs. 50 vieta, infatti, il ricorso all’appalto integrato, ammettendolo solo ove l’elemento tecnologico o innovativo delle opere oggetto di affidamento sia nettamente prevalente rispetto all’importo complessivo. Va precisato, comunque, che detta norma è stata sospesa fino al 30 giugno p.v., per effetto dell’art. 52, comma 1, lett. a), d.l. 77/21 (convertito in legge 108/21).

Orbene, con il “nuovo” Codice l’ente appaltante, sempreché “*qualificato*”, è tenuto a motivare la scelta di ricorso all’istituto con riferimento alle esigenze tecniche, tenendo conto del rischio di eventuali scostamenti di costo nella fase esecutiva, rispetto a quanto contrattualmente previsto.

Il contratto potrà quindi avere come oggetto la progettazione esecutiva e l’esecuzione dei lavori sulla base di un progetto di fattibilità tecnico – economica approvato. Sono esclusi gli appalti per opere di manutenzione ordinaria.

In ogni caso, gli operatori economici devono possedere i requisiti prescritti per i progettisti, oppure avvalersi di progettisti qualificati, da indicare nell’offerta, o partecipare in raggruppamento con soggetti qualificati per la progettazione. La qualificazione per la progettazione comprende anche l’uso di metodi e strumenti digitali per la gestione informativa mediante modellazione BIM.

Confermato inoltre l’utilizzo del criterio dell’O.E.P.V., da individuarsi sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo possibile. L’offerta ha ad oggetto sia il progetto esecutivo che il prezzo e indica, distintamente, il corrispettivo richiesto per la progettazione e per l’esecuzione dei lavori.

**G) QUALIFICAZIONE DELLE STAZIONI APPALTANTI**

Il d.lgs. 36/23 dedica agli artt. 62 e 63, oltre all’**Allegato II.4**, il tema della centralizzazione e qualificazione delle SS.AA., già disciplinato dall’A.N.AC. con la delibera 28 settembre 2022 n. 441.

È noto, infatti, che l’Autorità ha emanato le Linee guida sul nuovo sistema di qualificazione delle SS.AA., già operativa dal 1° aprile u.s., definendo i requisiti necessari per la qualificazione delle SS.AA. e delle centrali di committenza, le informazioni necessarie per dimostrarne il possesso, le modalità di raccolta di tali informazioni e per il funzionamento del nuovo regolamento per la qualificazione.

La qualificazione è necessaria per tutte le acquisizioni di importo pari o superiore alle soglie previste dal decreto 36/23 per gli affidamenti diretti e per l'affidamento di lavori di importo superiore a € 500.000,00.

Negli altri casi, le SS.AA. possono procedere direttamente e autonomamente all'acquisizione di forniture, servizi e lavori, anche attraverso ordini a valere su strumenti di acquisto messi a disposizione dalle centrali di committenza qualificate e dai soggetti aggregatori, fermi restando gli obblighi di utilizzo degli strumenti di acquisto e di negoziazione previsti dalle norme vigenti in materia di contenimento della spesa (M.E.P.A, CONSIP, etc..).

L'art. 63 del Codice conferma poi l'indicazione che la qualificazione delle SS.AA. e delle centrali di committenza attesterà la loro capacità di gestione diretta, secondo criteri di qualità, efficienza e professionalizzazione, e nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza, delle attività che caratterizzano il processo di acquisizione di beni, servizi o lavori e riguarderà i seguenti ambiti:

- a) capacità di progettazione tecnico-amministrativa delle procedure;
- b) capacità di affidamento e controllo dell'intera procedura;
- c) capacità di verifica sull'esecuzione contrattuale, ivi incluso il collaudo e la messa in opera.

Sulla base del citato articolo, sono previsti tre livelli di qualificazione per la progettazione e l'affidamento degli appalti (fino a 1 milione di euro; fino alla soglia comunitaria; illimitata), attribuiti dall'A.N.AC. sulla base dei requisiti autodichiarati dalle stesse SS.AA.. I livelli sono attribuiti principalmente in ragione dell'organizzazione interna, delle competenze e della formazione del personale della S.A., nonché sulle gare svolte nell'ultimo quinquennio e della regolare trasmissione dei relativi dati all'A.N.AC..

**In ogni caso, gli artt. 62 e 63 non si applicano agli enti aggiudicatori (imprese pubbliche e soggetti privati titolari di diritti speciali o esclusivi) quando svolgono una delle attività da "settore speciale" previste dagli artt. da 146 a 152 del Codice, salve eventuali, modifiche e integrazioni all'Allegato II.4, che potranno essere adottate sulla base di indicazioni provenienti dall'A.N.AC.**

Sono invece qualificati di diritto i soggetti iscritti nell'apposito elenco (per esempio: M.I.T., Consip Spa, Invitalia, Agenzia del Demanio), le SS.AA. formate da unioni di comuni e dai comuni capoluogo di provincia e delle regioni. Eventuali, ulteriori iscrizioni di diritto potranno essere disposte con le modalità stabilite dal Codice.

In definitiva, le SS.AA. non qualificate dovranno ricorrere a strumenti di acquisto messi a disposizione da altre SS.AA. qualificate o centrali di committenza qualificate, o direttamente all'attività di committenza ausiliaria di altri soggetti qualificati. Peraltro, tali soggetti possono provvedere alla nomina di un RUP in comune.

**H) RESPONSABILE UNICO DI PROGETTO (RUP)**

Una delle novità più significative introdotte dal d.lgs. 36/23 è costituita dalla figura del RUP, acronimo che non sintetizza più il responsabile unico del procedimento, bensì quello di “**Responsabile unico del progetto**”, che svolge funzioni di coordinamento e di indirizzo per tutte le fasi che caratterizzano il procedimento contrattuale volto all’acquisizione di beni, servizi e lavori.

Il ruolo del RUP può essere accompagnato da quello di responsabile di procedimento per le fasi di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione che le SS.AA. possono nominare, ripartendo i compiti e le responsabilità di ciascuno di essi.

L’art. 15 comma 4 precisa, infatti, che *“Fermo restando l’unicità del RUP, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti possono individuare modelli organizzativi, i quali prevedano la nomina di un responsabile di procedimento per le fasi di programmazione, progettazione ed esecuzione e un responsabile di procedimento per la fase di affidamento. Le relative responsabilità sono ripartite in base ai compiti svolti in ciascuna fase, ferme restando le funzioni di supervisione, indirizzo e coordinamento del RUP”*.

Si evidenzia l’affermazione contenuta nella Relazione che accompagna il Codice, secondo cui il RUP non è un “*semplice*” doppio del responsabile del procedimento *ex lege* 241/90; egli è responsabile di tutto il processo realizzativo dell’intervento pubblico, nel rispetto dei tempi, dei costi preventivati, della qualità richiesta, della manutenzione programmata, delle norme poste a presidio della sicurezza e della salute dei lavoratori nella fase esecutiva (v. **Allegato I.2**).

È evidente, allora, che quale responsabile dell’intero procedimento (c.d. “*project manager*”) dispone delle competenze necessarie per svolgere tutte le attività, ricevendo dagli uffici tutta la collaborazione necessaria, prescindendo dalla posizione “gerarchica”, considerato che i suoi poteri derivano dall’incarico ricevuto, e finendo per coordinare direttamente i dipendenti con incarichi di responsabile della singola fase del procedimento. Competenza, quindi, del tutto analoga a quella prevista per i dirigenti statali (v. artt. 16 e 17, d.lgs. 165/01), che *“dirigono, coordinano e controllano l’attività degli uffici che da essi dipendono e dei responsabili dei procedimenti amministrativi, anche con poteri sostitutivi in caso di inerzia”*.

Va da sé che tali competenze sono appannaggio, negli EE.LL. privi di dirigenti, dei funzionari apicali incaricati di funzioni dirigenziali, ai sensi degli artt. 50 e 109, T.U.E.L..

In sintesi, il Codice configura il RUP come diretto responsabile – appunto - di un “progetto”, inteso non come documento tecnico contenente la fissazione dei contenuti della prestazione da acquisire, ma come segmento gestionale dell’attività della P.A., finalizzato ad ottenere una prestazione da

parte di un appaltatore, come conseguimento di un risultato programmato e definito negli atti con i quali l'ente appaltante individua specifici obiettivi.

A differenza dell'attuale art. 31, d.lgs. 50/16, non è più prevista la possibilità di nominare il RUP nella fase di programmazione degli appalti.

L'art. 15, al comma 1, precisa infatti che le SS.AA. nominano (non più individuano) un RUP per le fasi di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione, nel primo atto di avvio dell'intervento pubblico da realizzare, da ricondurre, necessariamente, al momento dell'emanazione dell'atto interno alla S.A. (ordine di servizio, provvedimento dirigenziale, ecc.) con il quale viene adottata la "decisione di contrarre" che, ai sensi dell'art. 17 del Codice, precede la "delibera/determina a contrarre", salvo nell'ipotesi di ricorso all'affidamento diretto, in cui la "decisione a contrarre" assorbe *in toto* la determina.

Dunque, è nella decisione a contrarre che il RUP viene nominato per lo svolgimento delle funzioni ad esso riservate.

Rispetto alla figura del RUP ed alla sua collocazione organizzativa, l'art. 15, comma 2, del Codice dispone che *"Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti nominano il RUP tra i dipendenti assunti anche a tempo determinato dalla stazione appaltante o dell'ente concedente, preferibilmente in servizio presso l'unità organizzativa titolare del potere di spesa, in possesso dei requisiti di cui all'allegato I.2 e di competenze professionali adeguate in relazione ai compiti al medesimo affidati, nel rispetto dell'inquadramento contrattuale e delle relative mansioni [...]".* L'ufficio di RUP è obbligatorio e non può essere rifiutato. In caso di mancata nomina del RUP nell'atto di avvio dell'intervento pubblico, l'incarico è svolto dal responsabile dell'unità organizzativa competente per l'intervento".

Da quanto sopra, può dunque affermarsi che:

- 1) il RUP non ha un preciso profilo professionale, ma un incarico a progetto, condizionato all'esistenza di una programmazione che richieda lo svolgimento di quel particolare progetto gestionale per l'esecuzione di un appalto;
- 2) il RUP deve essere in servizio presso l'unità organizzativa titolare del potere di spesa, che è quella sulla quale grava l'onere di realizzare l'obiettivo gestionale cui è connesso il progetto;
- 3) il RUP va incaricato in modo che si rispettino inquadramento contrattuale e mansioni;
- 4) il RUP è dotato di competenze professionali adeguate in rapporto ai compiti da espletare, come definiti dall'**Allegato I.2**, che sostituisce le corrispondenti Linee guida A.N.AC. n. 3.

Nell'Allegato vengono disciplinati nel dettaglio:

- i compiti specifici del RUP;
- i requisiti di professionalità imposti dalla complessità e dalla natura dei contratti da affidare;

- le ipotesi di compatibilità tra le funzioni del RUP e le ulteriori funzioni tecniche e, in particolare, l'importo massimo e la tipologia dei lavori, servizi e forniture per i quali il RUP può coincidere con il progettista o con il direttore dell'esecuzione del contratto;
- gli obblighi formativi delle SS.AA. nei confronti del RUP;
- le ipotesi e le modalità di affidamento degli incarichi di supporto al RUP e della possibilità per quest'ultimo di affidarli direttamente, sotto la propria responsabilità di risultato.

In particolare, per quanto riguarda le competenze e i requisiti professionali, si conferma l'indicazione che per i lavori e i servizi attinenti all'ingegneria e all'architettura il RUP debba essere un tecnico. Ove non sia presente tale figura professionale, le competenze sono attribuite al dirigente o al responsabile del servizio nel cui ambito di competenza rientra l'intervento da realizzare. Negli altri casi, la S.A. può individuare quale RUP un dipendente anche non in possesso dei requisiti richiesti. Nel caso in cui sia individuato un RUP carente dei requisiti richiesti, la S.A. affida lo svolgimento delle attività di supporto al RUP ad altri dipendenti, in possesso dei requisiti carenti in capo al RUP o, in mancanza, a soggetti esterni aventi le specifiche competenze richieste dal Codice e dall'Allegato.

Inoltre, l'**Allegato I.2**, specificando il contenuto dell'art. 15, comma 5, stabilisce che il RUP esercita altresì tutte le competenze che gli sono attribuite da specifiche disposizioni del Codice e, in ogni caso, svolge tutti i compiti relativi alla realizzazione dell'intervento pubblico, che non siano specificatamente attribuiti ad altri organi o soggetti.

Si risolve anche l'annosa questione della partecipazione del RUP alle Commissioni giudicatrici preposta alla individuazione dell'O.E.P.V..

L'art. 51 del Codice chiarisce, infatti, che il RUP può assumere il ruolo di membro o di presidente della Commissione.

Contestualmente, l'art. 224, comma 2 modifica l'art. 107, comma 3, lett. a) del T.U.E.L., disponendo che *"alla Commissione giudicatrice nel caso di aggiudicazione dei contratti di importo inferiore alle soglie europee con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, può essere presieduta dal responsabile unico del procedimento"*.

Al comma 6 del citato art. 15 viene, poi, codificata la possibilità delle SS.AA. di istituire una struttura "stabile" di supporto al RUP, destinando risorse finanziarie non superiori all'1% dell'importo a base di gara per l'affidamento diretto da parte del RUP di incarichi di assistenza al medesimo.

In buona sostanza, il RUP nominato può decidere di affidare alla struttura interna incarichi di supporto alle sue attività, utilizzando le risorse derivanti dall'importo dell'appalto.

## **D) CONSORZI E RAGGRUPPAMENTI DI IMPRESE**

Il nuovo Codice si interessa anche della disciplina dei consorzi e dei raggruppamenti temporanei di imprese, al fine precipuo di adeguarne e riformarne le regole, sotto taluni specifici profili, alla luce dei rilievi mossi dalla giurisprudenza europea e, in tal senso, rimuovere alcune disposizioni contrastanti con i principi e le previsioni comunitarie.

Innanzitutto, l'art. 65 elenca gli oo.ee. ammessi alle procedure di affidamento per la stipula dei contratti pubblici, riproponendo sostanzialmente l'articolazione già prevista dall'art. 45, d.lgs. 50/16. In particolare, il comma 3 del citato art. 65 conferma la disposizione contenuta al comma 4 dell'art. 45, che consente alle SS.AA. di *"imporre alle persone giuridiche di indicare, nell'offerta o nella domanda di partecipazione a procedure per l'affidamento di appalti che comportino esecuzione di servizi o lavori nonché di forniture che comportano anche servizi o lavori di posa in opera e di installazione, il nome e le qualifiche professionali delle persone fisiche incaricate di fornire la prestazione e possono esigere che taluni compiti essenziali siano direttamente svolti dall'offerente"*.

### **I Consorzi "non necessari"**

Recependo le indicazioni espresse dalle Commissioni parlamentari competenti, l'art. 67 del nuovo Codice, rubricato *"Consorzi non necessari"* (in coerenza con la ridefinizione del quadro degli operatori economici ex art. 65 e segg. del Codice), si occupa dei consorzi diversi da quelli c.d. *"ordinari"* (assoggettati, come noto, alla medesima disciplina dei raggruppamenti temporanei - v. art. 68).

Si tratta dei consorzi fra società cooperative, consorzi tra imprese artigiane e consorzi stabili, costituiti anche in forma di società consortili, tra imprenditori individuali, anche artigiani, società commerciali, società cooperative di produzione e lavoro.

Ad essi vanno aggiunti i consorzi stabili costituiti per l'affidamento dei servizi attinenti all'ingegneria e all'architettura, ai sensi dell'art. 66, comma 1, lett. c) del Codice.

Il suddetto art. 67, comma 1, rinvia innanzitutto all'emanando regolamento di attuazione, ex art. 100, comma 4, del Codice per la disciplina dei requisiti di capacità tecnica e finanziaria dei predetti consorzi, necessari ai fini dell'ammissione alle procedure di affidamento dei contratti pubblici.

La norma richiama poi le disposizioni di cui all'**Allegato II.12** in tema di qualificazione degli operatori economici (**comma 2**) e regola l'attestazione dei requisiti – generali e speciali - prescritti in capo a tali consorzi per l'accesso alla gara, alla stregua di due differenti regimi, dettati – rispettivamente - l'uno per i consorzi stabili (cfr. **commi 2, 3, 4, 6 e 8**) e l'altro per i consorzi di cooperative e quelli tra imprese artigiane (cfr. **commi 4 e 5**).

Per i consorzi stabili viene riprodotto il contenuto dell'art. 36, comma 7, d.lgs. 163/06.

I consorzi stabili possono attestare il possesso dei requisiti di capacità tecnica e finanziaria cumulando quelli posseduti dalle proprie consorziate (indicate o meno in gara quali esecutrici del contratto) - **c.d. "cumulo alla rinfusa"**. Inoltre, in caso di appalto di lavori, il **comma 8** del citato art. 67 specifica che tale regola vige altresì ai fini del rilascio o del rinnovo dell'attestazione di qualificazione SOA, fornendo specifiche indicazioni al riguardo.

Tali previsioni recepiscono le indicazioni fornite dal Consiglio di Stato (Ad. Plen. n. 5/2021), che si è pronunciato in tal senso, ovvero sia in favore dell'applicazione ai consorzi stabili, ai fini della qualificazione in gara, del succitato principio del "cumulo alla rinfusa".

Fermo quanto sopra, il comma 3 dell'art. 67 stabilisce espressamente la **necessità che i requisiti generali prescritti ai fini dell'affidamento siano attestati, oltre che dal consorzio stabile, dalle consorziate esecutrici indicate in gara e dalle esecutrici che prestano i requisiti**, così recependo quanto acclarato da lungo tempo dalla giurisprudenza.

Sul tema, è stato precisato che *"La previsione riguarda le consorziate esecutrici e le consorziate che "prestano" i requisiti. In quest'ultimo caso l'applicazione dell'istituto si rende necessaria in quanto le consorziate che prestano i requisiti sono assimilate agli ausiliari: il rapporto che si instaura è molto simile a quello dell'avvalimento (Ad. Plen. 18 marzo 2021 n. 5), e quindi soggiace al regime di quest'ultimo"*.

Il medesimo comma 3 introduce poi **la disposizione che impone espressamente al consorziato esecutore il possesso dei requisiti di idoneità professionale**, così da assicurare una adeguata competenza in capo a chi è chiamato ad eseguire il contratto.

In continuità con l'art. 47, d.lgs. 50/16, il comma 4 del citato art. 67 precisa che i consorzi stabili eseguono le prestazioni con la propria struttura o tramite le consorziate indicate in gara, senza che ciò costituisca subappalto. Siffatta previsione non è stata estesa ai consorzi di cooperative (e ai consorzi di imprese artigiane ad essi assimilati), sul presupposto che questi ultimi non possano indicare sé stessi come esecutori, stante lo scopo mutualistico.

La norma non prevede più l'eventuale indicazione in gara di un consorzio stabile quale consorziato esecutore di un altro consorzio stabile, che disponeva in tal caso in capo al consorziato stesso di designare a sua volta i consorziati per i quali concorre (v. art. 48, comma 7, d.lgs.n.50/16).

Ulteriore novità contenuta nel menzionato comma 4 è poi costituita dalla previsione secondo cui *"La partecipazione alla gara in qualsiasi altra forma da parte del consorziato designato dal consorzio offerente determina l'esclusione del medesimo se sono integrati i presupposti di cui all'articolo 95, comma 1, lettera d), sempre che l'operatore economico non dimostri che la circostanza non ha influito*

*sulla gara, né è idonea a incidere sulla capacità di rispettare gli obblighi contrattuali, fatta salva la facoltà di cui all'articolo 97".*

Il comma 6 dell'art. 67 riproduce invero il contenuto dell'art. 47, comma 2, del d.lgs. n. 50/16, laddove rinvia ad altra fonte regolamentare (**Allegato II.12**), nelle *more* dell'adozione del regolamento *ex art.* 100, comma 4, del d.lgs. n. 36/23 - per l'individuazione dei criteri afferenti all'imputazione delle prestazioni eseguite dal consorzio stabile o dai singoli consorziati, al fine della qualificazione nei lavori.

Ancora, va segnalato che il comma 7 dell'art. 67 dispone che *"Possono essere oggetto di avvalimento solo i requisiti maturati dallo stesso consorzio"*.

Si rammenta infine che il nuovo Codice prevede uno specifico regime transitorio in ordine alla qualificazione dei concorsi stabili (art. 225, comma 13). In buona sostanza, è previsto che *"Gli articoli 47, comma 1, 83, comma 2, e 216, comma 14, del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo n. 50 del 2016, si interpretano nel senso che, in via transitoria, relativamente ai consorzi di cui all'articolo 45, comma 2, lettera c), del medesimo codice, ai fini della partecipazione alle gare e dell'esecuzione si applica il regime di qualificazione previsto dall'articolo 36, comma 7, del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture di cui al decreto legislativo n. 163 del 2006 e dagli articoli 81 e 94 del regolamento di esecuzione ed attuazione di cui al decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, n. 207. L'articolo 47, comma 2-bis, del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo n. 50 del 2016, si interpreta nel senso che, negli appalti di servizi e forniture, la sussistenza in capo ai consorzi stabili dei requisiti richiesti nel bando di gara per l'affidamento di servizi e forniture è valutata a seguito della verifica della effettiva esistenza dei predetti requisiti in capo ai singoli consorziati, anche se diversi da quelli designati in gara"*.

### **I Consorzi di cooperative e i consorzi di imprese artigiane**

Le disposizioni contenute ai commi 1, 4 e 5 dell'art. 67 del Codice prevedono l'assimilazione tra i consorzi di cooperative e i consorzi tra imprese artigiane, ai fini dell'attestazione dei requisiti generali e speciali di tali tipologie di consorzi.

Siffatta assimilazione tra consorzi di cooperative e consorzi tra imprese artigiane risponde alle osservazioni e richieste formulate dalla competente Commissione parlamentare, al fine di uniformarne il regime di qualificazione per l'affidamento dei contratti pubblici.

Detti consorzi possono partecipare alle procedure di gara qualificandosi in proprio e, al contempo, utilizzare i mezzi nella disponibilità delle consorziate che li costituiscono (comma 5). In tal senso, dunque, per queste tipologie di consorzi viene definito un regime di qualificazione distinto rispetto a quello che caratterizza i consorzi stabili.

Parimenti, il comma 4 del medesimo art. 67, in linea con quanto stabilito per i consorzi stabili, dispone per i consorzi di cooperative e per i consorzi tra imprese artigiane che l'affidamento delle prestazioni ai propri consorziati non costituisce subappalto.

Infine, si segnala che, a differenza della disciplina previgente, non è più automatica l'esclusione dalla gara per il consorziato indicato che partecipa autonomamente alla stessa gara (v. CGUE del 28 aprile 2022 in causa C-642/20).

### **Raggruppamenti temporanei di imprese e consorzi ordinari**

L'art. 68 disciplina in maniera unitaria i RTI e i consorzi ordinari di imprese, confermando, in gran parte, le disposizioni già previste dall'art. 48, d.lgs. 50/16.

Le principali novità introdotte da d.lgs. n. 36/23 in tema di raggruppamenti e consorzi ordinari concernono la partecipazione alle procedure, la disciplina delle quote assegnate ai componenti del raggruppamento ai fini della qualificazione e della esecuzione del contratto, nonché il conseguente regime di responsabilità in capo ai medesimi operatori economici raggruppati (o consorziati).

Le nuove regole derivano dalle indicazioni espresse in materia dalla Corte di Giustizia U.E. (Sez. IV, 28 aprile 2022, C-642/20), che ha accertato la non conformità delle disposizioni vigenti nel nostro ordinamento rispetto ai principi sanciti dalle direttive europee che disciplinano la materia.

Ad eccezione dei commi 2, 9, 11 e 14, le ulteriori previsioni dell'art. 68 riproducono i contenuti della precedente disciplina del d.lgs. 50/16.

Si evidenzia preliminarmente che il nuovo Codice non prevede la definizione di RTI orizzontali e verticali, e ciò in dipendenza della eliminazione di qualsiasi riferimento a percentuali o quote per mandante/i e mandataria. Non è quindi più previsto che la mandataria debba qualificarsi e/o eseguire una quota maggioritaria dell'appalto rispetto alle mandanti (art. 68 e anche allegato II.12).

In linea con la novità del superamento dell'istituto dei raggruppamenti orizzontali e verticali, il comma 9 prevede quindi la responsabilità solidale dei partecipanti al raggruppamento, adeguando e implementando in tal senso quanto precedentemente disposto dall'art. 48, comma 5, del d.lgs. n. 50/16. Ciò anche in raccordo alle previsioni del comma 4 dell'art. 68 indagato, secondo cui *“Nel caso di cui al comma 4, lett. a) e nell'ipotesi in cui i concorrenti riuniti o consorziati indicati dal consorzio come esecutori, anche in parte, dei lavori dopo l'aggiudicazione costituiscono tra loro una società anche consortile, ai sensi del Libro V del Titolo V, Capi III e seguenti del codice civile, per l'esecuzione unitaria, totale o parziale, dei lavori, la responsabilità solidale di cui al primo periodo concorre con quella del soggetto giuridico nel quale il raggruppamento temporaneo o il consorzio ordinario si sono trasformati a far data dalla notificazione dell'atto*

*costitutivo alla stazione appaltante e, subordinatamente, alla iscrizione della società nel registro delle imprese”.*

Inoltre, nel comma 11 dell’art. 68 si stabilisce che i RTI e i consorzi ordinari sono *“Ammessi se gli imprenditori partecipanti al raggruppamento, ovvero gli imprenditori consorziati, sono in possesso dei requisiti relativi alla capacità economica e finanziaria e alle capacità tecniche e professionali (Cons. St., sez. V, 31 marzo 2022, n. 2367), ferma restando la necessità che l’esecutore sia in possesso dei requisiti prescritti per l’esecuzione. Ivi è stata aggiunta (secondo periodo) la previsione di rinvio alle disposizioni contenute negli artt. da 60 a 96 del d.P.R. n. 207 del 2010”* (p. 108). Siffatta disposizione, quindi, estende anche ai contratti pubblici di servizi e forniture una regola generale - il necessario possesso dei requisiti prescritti per l’esecuzione da parte di ciascun operato del raggruppamento, in rapporto alla quota di prestazioni che lo stesso operatore deve realizzare - sin qui stabilita espressamente soltanto per gli appalti di lavori pubblici (cfr. art. 92, comma 2, del D.P.R. n. 207/2010).

Al successivo comma 14 è prevista invece la soppressione del divieto di contemporanea partecipazione autonoma del soggetto che partecipa alla stessa gara in forma raggruppata e viene data una maggiore flessibilità alla sostituzione, in gara o in esecuzione, del soggetto raggruppato o consorziato (v. anche art. 97).

In buona sostanza, rispetto al precedente regime normativo (cfr. art. 48, comma 7), il nuovo Codice si conforma ai principi europei che si connotano per un approccio sostanzialista e maggiormente inclusivo nella regolamentazione dell’accesso degli operatori economici, anche raggruppati, alle procedure di affidamento.

## **J) PROCEDURE DI SCELTA DEL CONTRAENTE E ACCORDO QUADRO**

Negli artt. da 70 a 76, il d.lgs. 36/23 riproduce, in buona sostanza, le disposizioni in tema di procedure di scelta del contraente contemplate negli artt. 60 e segg. del d.lgs. 50 cit..

Pertanto, si prevede che per l’aggiudicazione di appalti pubblici le SS.AA. possano utilizzare la **procedura aperta**, la **procedura ristretta**, la **procedura competitiva con negoziazione**, il **dialogo competitivo** e il **partenariato per l’innovazione e la procedura negoziata senza pubblicazione di bando**.

Parimenti, sono confermate le disposizioni vigenti in tema di **consultazione preliminare del mercato**.

L’art. 107, comma 3 del Codice disciplina invece l’istituto dell’inversione procedimentale, già previsto per i settori speciali dall’art. 133, comma 88, d.lgs. 50/16 e s.m.i., ed introdotto, in via sperimentale nei settori ordinari con l’art. 1, comma 1, lett. f), n. 4, d.l. 32/19 (convertito in legge 55/19).

L'ambito di applicazione dell'istituto è stato poi esteso fino al 30 giugno 2023 con il d.l. 77/21.

Nel merito, la norma prevede che nelle **procedure aperte** la S.A. può decidere che le offerte siano esaminate prima della verifica dell'idoneità degli offerenti. Tale facoltà può essere esercitata se prevista dagli atti di gara e, qualora la S.A. decida di avvalersene, deve garantire che la verifica dell'assenza dei motivi di esclusione e del rispetto dei criteri di qualificazione si effettua in maniera imparziale e trasparente.

Le norme del Codice che disciplinano l'**accordo quadro nei settori ordinari e speciali** (rispettivamente, artt. 59 e 154) riproducono, in linea generale, le disposizioni contenute all'art. 54 del d.lgs. 50/16.

L'unica differenza rispetto alla precedente disciplina riguarda il **termine di durata dell'accordo quadro**, fissato per i settori ordinari e speciali nel termine non superiore a 4 (quattro) anni, a fronte degli 8 anni previsti dal d.lgs. 50/16 per i settori speciali.

#### **K) CONTRATTI "SOTTO SOGLIA"**

La riforma in materia di contratti pubblici introduce alcune rilevanti novità con riferimento ai contratti "sottosoglia".

D'altra parte, la legge delega n. 78/22 imponeva la semplificazione della disciplina applicabile agli appalti di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria.

In primo luogo, si prevede che l'affidamento e l'esecuzione dei contratti "sottosoglia" si svolgano nel rispetto dei principi generali di cui al Libro I, Parti I e II (art. 48, comma 1).

In particolare, il nuovo Codice prevede l'applicazione delle procedure ordinarie - contemplate per il "soprasoglia" - e non di quelle della Parte I del Libro II riferite al "sottosoglia" - nel caso in cui la S.A. accerti l'esistenza di un interesse transfrontaliero certo (art. 48, comma 2).

#### **Le nuove soglie per gli appalti**

Nel nuovo Codice, diversamente che nel d.lgs. n. 50/16, si ritrova una parte interamente dedicata alla disciplina dei contratti al di sotto della soglia di rilevanza europea: la Parte I del Libro II.

Tale parte riproduce alcune disposizioni già contenute nel decreto "Semplificazioni" (d.l. n. 76/20) e nel decreto "Semplificazioni-bis" (d.l. n. 77/21), dettate per il periodo emergenziale o in relazione agli interventi finanziati con le risorse del PNRR e del PNC, ora estese indistintamente a tutti i contratti pubblici.

In particolare, le soglie per l'affidamento diretto e per la procedura negoziata senza bando sono quasi del tutto corrispondenti a quelle indicate all'art. 1 del d.l. 76/20.

Viene confermata la soglia di **150.000 euro** per l'affidamento diretto di lavori, mentre per l'affidamento diretto di servizi e forniture si passa dai 139.000 euro del decreto "Semplificazioni", al limite di **140.000 euro** del nuovo Codice.

Per gli appalti di lavori sopra **1.000.000 di euro** e fino alla soglia europea - come già stabilito dal d.l. 76/10 - sarà possibile esperire la procedura negoziata senza bando, previa consultazione di almeno 10 (dieci) operatori economici; in ogni caso, le SS.AA. potranno sempre utilizzare le procedure ordinarie, senza dover motivare tale scelta, il che conferma ulteriormente il carattere "*ordinario*" e non "*derogatorio*" delle procedure semplificate, di cui alle precedenti lett. a), b) e c) del comma 1.

La nuova norma si discosta, quindi, dalla previsione dell'art. 36 del d.lgs. 50/16, che per gli appalti sopra il milione di euro prevede il ricorso alla procedura aperta.

L'innalzamento della soglia per la procedura negoziata - per appalti di lavori fino a **5.382.000 euro** - trova come contrappeso la codificazione delle regole per le indagini di mercato, da svolgersi al fine di individuare i soggetti da invitare alla procedura negoziata. L'**Allegato II.10** disciplina, infatti, gli elenchi degli operatori economici e le indagini di mercato per gli affidamenti sottosoglia, imponendo obblighi di pubblicità inderogabili.

Per quanto riguarda l'**affidamento diretto**, nell'art. 50 si ritrova l'indicazione, già contenuta nel d.l. n. 76/20, che debbano essere scelti operatori economici in possesso di documentate esperienze pregresse, anche individuati tra coloro che risultano iscritti in elenchi o albi istituiti dalla S.A.. Il testo del d.l. n. 76/20 si riferisce in realtà ad "*esperienze analoghe a quelle oggetto di riferimento*", mentre il testo del nuovo Codice richiede "*esperienze pregresse idonee all'esecuzione delle prestazioni contrattuali oggetto di affidamento*". Nella relazione del Consiglio di Stato è precisato che il richiamo alle "*esperienze idonee*" piuttosto che alle "*esperienze analoghe*" è volto ad ampliare il margine valutativo della S.A., che può apprezzare attività precedenti dell'operatore economico in ambiti anche non strettamente analoghi all'oggetto della gara, ma idonei a garantire la buona riuscita dell'affidamento.

## **Il principio di rotazione**

L'art. 49 disciplina le modalità operative del **principio di rotazione**, in parte riproducendo le previsioni contenute nelle Linee guida A.N.AC. n. 4, in parte innovando la disciplina di riferimento.

In applicazione del principio di rotazione, il d.lgs. 36/23 vieta l'affidamento di un appalto al contraente uscente nei casi in cui due consecutivi affidamenti abbiano ad oggetto una commessa rientrante nello stesso settore merceologico, oppure nella stessa categoria di opere, oppure nello stesso settore di servizi.

Dunque, la rotazione si applica solo con riferimento al precedente aggiudicatario e non nei confronti dei precedenti soggetti meramente invitati.

La novità è data dalla possibilità di derogare al principio di rotazione:

- quando l'indagine di mercato sia stata effettuata senza porre limiti al numero di operatori economici in possesso dei requisiti richiesti da invitare alla successiva procedura (art. 49, comma 5), in coerenza a quanto stabilito nelle Linee guida A.N.AC. n. 4 (cfr. TAR Lazio, Roma, sez. I, 31 marzo 2023 n. 5555);
- in casi motivati, per l'assenza di alternative, nonché in caso di accurata esecuzione del precedente contratto da parte del precedente affidatario;
- per appalti inferiori a 5.000 euro.

#### **Verifica dei requisiti e stipula del contratto**

Negli affidamenti diretti "sottosoglia", il controllo sul possesso dei requisiti (art. 52) viene notevolmente semplificato, con una procedura che prevede solo periodici controlli "a campione". Viene infatti prevista un'autodichiarazione da parte dei concorrenti. Al posto di un controllo a carico di tutti gli affidatari, la stazione appaltante verificherà le dichiarazioni rese dagli imprenditori, previo sorteggio di un campione individuato con modalità predeterminate ogni anno. Ovviamente questo non toglie la possibilità che l'ente verifichi comunque il possesso dei requisiti da parte dell'affidatario o dell'aggiudicatario. Mentre "soprasoglia" (art. 99) la verifica circa l'assenza di cause di esclusione dovrà avvenire attraverso la consultazione del F.V.O.E. (fascicolo virtuale dell'operatore economico).

Per accelerare il passaggio dalla gara all'esecuzione della prestazione viene poi esclusa l'applicazione del c.d. "stand still" (35 giorni di sospensione dall'aggiudicazione al contratto) e il contratto dovrà essere firmato entro 30 (trenta) giorni dall'aggiudicazione (anziché 60 giorni, come previsto sopra-soglia) (art. 55 del Codice).

#### **Procedure negoziate senza bando**

Per i contratti "sottosoglia" le SS.AA. provvedono quindi:

- mediante **affidamento diretto** per i contratti di **importo inferiore a 150.000 euro**, anche senza consultazione di più operatori economici, assicurando che siano scelti soggetti in possesso di documentate esperienze pregresse idonee all'esecuzione delle prestazioni contrattuali anche individuati tra gli iscritti in elenchi o albi istituiti dalla stazione appaltante (art. 50, comma 1, lett. b);
- mediante **procedura negoziata senza bando** con invito ad almeno 5 operatori economici (**per i lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro e inferiore a 1.000.000 di euro**) o 10 operatori (**per lavori di importo pari o superiore a 1.000.000 di euro e fino alle soglie comunitarie**), individuati in

base ad **indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici**.

Rimane la possibilità di utilizzo delle procedure di gara "ordinarie" **sopra 1.000.000 di euro** (art. 50, comma 1, lett. c) e d), senza necessità di una motivazione specifica.

Le modalità di formazione degli elenchi e le indagini di mercato sono definite nell'**Allegato II.1**, i cui contenuti, per comodità di esposizione, si sintetizzano di seguito:

**1 - Formazione degli elenchi degli operatori economici e indagini di mercato per gli affidamenti di contratti di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea:**

**Art. 1 - Disposizioni generali:**

- gli operatori economici da invitare alle procedure negoziate per l'affidamento di contratti di lavori da 150.000 a soglia comunitaria sono individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, nel rispetto del criterio di rotazione degli affidamenti;
- le stazioni appaltanti possono dotarsi, nel rispetto del proprio ordinamento, di un regolamento in cui sono disciplinate, tra le altre cose, le modalità di conduzione delle indagini di mercato, le modalità di costituzione e revisione dell'elenco degli operatori economici e criteri di scelta dei soggetti da invitare a presentare offerta.

**Art. 2 - Indagini di mercato:**

- la stazione appaltante assicura l'opportuna pubblicità dell'attività di esplorazione del mercato, scegliendo gli strumenti più idonei in ragione della rilevanza del contratto per il settore merceologico di riferimento e della sua contendibilità, fermo restando l'obbligo di pubblicazione dell'avviso per un periodo minimo di 15 giorni, salva la riduzione del suddetto termine per motivate ragioni di urgenza a non meno di cinque giorni;
- l'avviso di avvio dell'indagine di mercato indica anche i criteri utilizzati per la scelta degli operatori. Tali criteri devono essere oggettivi, coerenti con l'oggetto e la finalità dell'affidamento e con i principi di concorrenza, non discriminazione, proporzionalità e trasparenza;
- Il sorteggio o altri metodi di estrazione casuale dei nominativi sono consentiti solo in casi eccezionali in cui il ricorso ai criteri oggettivi è impossibile o comporta per la stazione appaltante oneri assolutamente incompatibili con il celere svolgimento della procedura; tali circostanze devono essere esplicitate nella determina a contrarre (o in atto equivalente) e nell'avviso di avvio dell'indagine di mercato.

**Art. 3 - Elenchi di operatori:**

- in alternativa all'indagine di mercato, la stazione appaltante può individuare gli operatori economici da invitare, selezionandoli da elenchi appositamente costituiti;
- gli elenchi sono costituiti a seguito di avviso pubblico, reso conoscibile mediante pubblicazione sul sito istituzionale della stazione appaltante e sulla Banca dati nazionale dei contratti pubblici dell'ANAC;

- *l'avviso indica i requisiti di carattere generale che gli operatori economici devono possedere, la modalità di selezione degli operatori economici da invitare, le categorie e fasce di importo in cui l'amministrazione intende suddividere l'elenco e gli eventuali requisiti minimi richiesti per l'iscrizione, parametrati in ragione di ciascuna categoria o fascia di importo. L'operatore economico può richiedere l'iscrizione limitata ad una o più fasce di importo, ovvero a singole categorie;*
  - *la scelta degli operatori da invitare alla procedura negoziata deve essere effettuata secondo criteri oggettivi, coerenti con l'oggetto e la finalità dell'affidamento e con i principi di concorrenza, non discriminazione, proporzionalità e trasparenza;*
- j) il sorteggio o altri metodi di estrazione casuale dei nominativi sono consentiti solo in casi eccezionali in cui il ricorso ai criteri di cui al periodo che precede è impossibile o comporta per la stazione appaltante oneri assolutamente incompatibili con il celere svolgimento della procedura; possono essere esclusi dall'elenco quegli operatori economici che non presentano offerte a seguito di tre inviti nel biennio.*

### **Divieto di sorteggio**

Si segnala la previsione che vieta alle SS.AA. di utilizzare, ai fini della selezione degli operatori da invitare alle procedure negoziate, il sorteggio o altro metodo di estrazione casuale dei nominativi.

È tuttavia consentito il suo utilizzo, in presenza di situazioni particolari e specificamente motivate, nei casi in cui non risulti praticabile nessun altro metodo di selezione degli operatori (art. 50, comma 2),

### **Criteri di aggiudicazione**

Per le procedure negoziate, è prevista la possibilità di ricorrere alternativamente al criterio di aggiudicazione dell'OEPV o del **massimo ribasso** (salve le ipotesi di utilizzo obbligatorio del meccanismo di esclusione automatica delle offerte anomale, ex art. 54), ad eccezione dei contratti indicati all'art. 108 (art. 50, comma 4), tra cui quelli relativi ai lavori caratterizzati da notevole contenuto tecnologico o con carattere innovativo. In particolare, nel caso di utilizzo del criterio dell'O.E.P.V., l'art. 51 prevede che il RUP può far parte della Commissione giudicatrice, anche rivestendo il ruolo di Presidente della stessa.

### **Imprese pubbliche e titolari di diritti speciali o esclusivi operanti nei settori speciali**

Con riferimento alle **imprese pubbliche**, l'art. 50 del Codice conferma l'attuale normativa (art. 36, comma 8) che, per l'affidamento dei contratti "sotto soglia", legittima detti soggetti ad applicare la disciplina stabilita nei rispettivi regolamenti; **nel caso in cui i contratti presentino un interesse transfrontaliero certo, la citata disciplina deve essere armonizzata con i principi del Trattato UE a tutela della concorrenza.**

Gli **altri soggetti-SA ed enti concedenti** che svolgono una o più attività incluse nei "settori speciali" ed operano in virtù di diritti speciali o esclusivi applicano la disciplina stabilita nei rispettivi regolamenti, la quale deve essere conforme ai predetti principi del Trattato UE.

#### **Esclusione automatica delle offerte anomale**

La norma individua i casi di applicabilità agli appalti "sottosoglia" del meccanismo di esclusione automatica delle offerte anomale nell'aggiudicazione con il criterio del prezzo più basso.

In particolare, al primo comma dell'art. 54, si stabilisce che, ove l'appalto non presenti un interesse transfrontaliero certo, le SS.AA. prevedono negli atti di gara l'esclusione automatica delle offerte che risultino anomale, qualora il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a 5 (cinque). **Si esclude esplicitamente che detto sistema trovi applicazione in caso di affidamento diretto con richiesta di più preventivi.** È fatta salva, in ogni caso, la facoltà delle SS.AA. di valutare la congruità di ogni altra offerta che in base ad elementi specifici appaia anormalmente bassa.

Il comma 2 del citato art. 54 stabilisce che le SS.AA. sono tenute ad indicare negli atti di gara il metodo per l'individuazione delle offerte anomale, scelto fra quelli descritti nell'**Allegato II.2.**, ovvero lo selezionano in sede di valutazione delle offerte tramite sorteggio tra i metodi compatibili.

Si riportano, in sintesi, i metodi previsti dalla disposizione:

#### **Metodo A)**

##### 1) numero di offerte ammesse pari o superiore a 15 (quindici)

Il RUP o la commissione giudicatrice procedono come segue:

- a) calcolo della somma e della media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del 10 per cento; arrotondato all'unità superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e quelle di minor ribasso; le offerte aventi un uguale valore di ribasso sono prese in considerazione distintamente nei loro singoli valori; qualora, nell'effettuare il calcolo del 10 per cento; siano presenti una o più offerte di eguale valore rispetto alle offerte da accantonare, dette offerte sono altresì da accantonare;
- b) calcolo dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la media calcolata ai sensi della lettera a), esclusi quelli accantonati di cui alla lettera a);
- c) calcolo della soglia come somma della media aritmetica e dello scarto medio aritmetico dei ribassi di cui alla lettera b);
- d) la soglia calcolata alla lettera c) viene decrementata di un valore percentuale, pari al prodotto delle prime due cifre dopo la virgola della somma dei ribassi di cui alla lettera a), applicato allo scarto medio aritmetico di cui alla lettera b).

##### 2) Numero di offerte ammesse inferiore a 15 (quindici)

Il RUP o la commissione giudicatrice procedono come segue:

- a) calcolo della media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del 10 per cento, arrotondato all'unità superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e quelle di minor ribasso; le offerte aventi un uguale valore di ribasso sono prese in considerazione distintamente nei loro singoli valori; qualora, nell'effettuare il calcolo del 10 per cento, siano presenti una o più offerte di eguale valore rispetto alle offerte da accantonare, dette offerte sono altresì da accantonare;
- b) calcolo dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la media calcolata ai sensi della lettera a), esclusi quelli accantonati di cui alla lettera a);
- c) calcolo del rapporto tra lo scarto medio aritmetico di cui alla lettera b) e la media aritmetica di cui alla lettera a);
- d) se il rapporto di cui alla lettera c) è pari o inferiore a zero virgola quindici, la soglia di anomalia è pari al valore della media aritmetica di cui alla lettera a) incrementata del 20 per cento della medesima media aritmetica);
- e) se il rapporto di cui alla lettera c) è superiore a zero virgola quindici, la soglia di anomalia è calcolata come somma della media aritmetica di cui alla lettera a) e dello scarto medio aritmetico di cui alla lettera b).

Tutti gli sconti superiori alla soglia di anomalia sono automaticamente esclusi. Tra le offerte non escluse, la stazione appaltante individua come vincitrice quella con lo sconto maggiore. Lo sconto di aggiudicazione corrisposto all'impresa aggiudicata è quello che questa stessa impresa ha presentato. In caso di pareggio tra le offerte di maggior ribasso, il vincitore è deciso con un sorteggio.

**Metodo B)**

Il metodo si fonda su due elementi; una soglia di anomalia e l'applicazione di una regola del c.d. "secondo prezzo".

La soglia di anomalia è determinata come segue:

- a) calcolo della somma e della media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del 10 per cento; arrotondato all'unità superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e quelle di minor ribasso; le offerte aventi un uguale valore di ribasso sono prese in considerazione distintamente nei loro singoli valori; qualora, nell'effettuare il calcolo del 10 per cento, siano presenti una o più offerte di eguale valore rispetto alle offerte da accantonare, dette offerte sono altresì da accantonare;
- b) calcolo dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la media calcolata ai sensi della lettera a), esclusi quelli accantonati di cui alla lettera a);
- c) calcolo della soglia come somma della media aritmetica e dello scarto medio aritmetico dei ribassi di cui alla lettera b);
- d) calcolo di un valore percentuale pari al prodotto delle prime due cifre dopo la virgola della somma dei ribassi di cui alla lettera a) applicato allo

scarto medio aritmetico di cui alla lettera b);

e) calcolo della somma di tutte le cifre, sia prima che dopo la virgola fino al secondo decimale, della somma dei ribassi di cui alla lettera a);

f) la soglia di anomalia è uguale alla soglia di cui alla lettera c): 1. decrementata del valore di cui alla lettera d), nel caso in cui il valore di cui alla lettera e) sia pari; 2. incrementata del valore di cui alla lettera d), nel caso in cui il valore di cui alla lettera e) sia dispari.

Tutti gli sconti pari o inferiori alla soglia di anomalia sono offerte "non-anomale".

Tra tutte le offerte "non-anomale", la stazione appaltante individua come vincitrice l'impresa che abbia offerto lo sconto maggiore. Lo sconto di aggiudicazione corrisposto a questa impresa aggiudicataria è pari allo sconto maggiore tra tutti quelli ammessi ed escluso quello dell'impresa aggiudicatata (c.d. "metodo del secondo prezzo"). In caso di pareggio con più offerte identiche allo sconto maggiore, il vincitore è estratto a sorte tra queste offerte e lo sconto di aggiudicazione riconosciuto è pari allo sconto offerto dall'aggiudicataria.

#### **Metodo C)**

La S.A. che applichi tale metodo deve indicare nel bando di gara lo "sconto di riferimento". Tale sconto è espresso come percentuale della base d'asta rispetto a cui le imprese formulano i loro sconti e rappresenta l'indicazione che la stazione appaltante offre alle imprese della soglia di anomalia, al netto di una componente randomica determinata successivamente in base alle offerte ricevute.

La soglia di anomalia è determinata come segue;

a) calcolo della somma e della media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del 10 per cento, arrotondato all'unità superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e quelle di minor ribasso; le offerte aventi un uguale valore di ribasso sono prese in considerazione distintamente nei loro singoli valori; qualora, nel l'effettua re il calcolo del 10 per cento, siano presenti una o più offerte di eguale valore rispetto alle offerte da accantonare, dette offerte sono altresì da accantonare;

b) calcolo dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la media calcolata ai sensi della lettera a), esclusi quelli accantonati di cui alla lettera a);

c) calcolo di un valore percentuale pari al prodotto delle prime due cifre dopo la virgola della somma dei ribassi di cui alla lettera a) applicato allo scarto medio aritmetico di cui alla lettera b);

d) calcolo della somma di tutte le cifre, sia prima che dopo la virgola fino al secondo decimale, della somma del ribasso di cui alla lettera a);

e) la soglia di anomalia è uguale allo sconto di riferimento di cui al punto 1): 1. decrementata del valore di cui alla lettera c), nel caso in cui il valore di cui alla lettera d) sia pari; 2. incrementata del valore di cui alla lettera c), nel caso

in cui il valore di cui alla lettera d) sia dispari.

Tutti gli sconti superiori alla soglia di cui alla lettera e) sono automaticamente esclusi. Tra le offerte non escluse, incluse quelle inizialmente accantonate per il calcolo di cui alla lettera a), la stazione appaltante individua come vincitrice quella con lo sconto maggiore, lo sconto di aggiudicazione corrisposto all'impresa aggiudicataria è quello che questa stessa impresa ha presentato. In caso di pareggio tra le offerte di maggior ribasso, il vincitore è deciso con un sorteggio. Se tutte le offerte presentate sono anomale, la stazione appaltante valuta l'effettiva anomalia in contraddittorio.

#### **Pubblicazione a livello nazionale**

L'art. 85, comma 5 prevede che le **pubblicazioni di bandi ed avvisi**, a livello nazionale, avvengano sulla banca dati nazionale dei contratti pubblici A.N.AC. e sul sito istituzionale della stazione appaltante, senza oneri.

Inoltre, va considerato che, fino all'adozione del provvedimento con cui A.N.AC. rende operativa la pubblicità legale attraverso la B.D.N.C.P. (entro 60 giorni dalla data di entrata in vigore del Codice), **i costi di pubblicazione in Gazzetta sono a carico dell'aggiudicatario** (art. 226, comma 2).

#### **Garanzie**

L'art. 53 disciplina le **garanzie provvisorie e definitive**.

Con riferimento alle prime, si prevede che la stazione appaltante non debba richiedere più la **garanzia "provvisoria"**, salvo particolari esigenze che ne giustificano la richiesta, da indicare nei documenti di gara. Qualora sia prevista, la cauzione provvisoria non può superare l'1% dell'importo a base di gara (art. 53, comma 2),

Con riguardo alle seconde, si prevede che, in casi debitamente motivati, è facoltà della stazione appaltante non richiedere la **garanzia definitiva**. Quando richiesta, è pari al **cinque per cento** dell'importo contrattuale (art. 53, comma 4).

#### **L) TERMINI DELLE PROCEDURE DI AFFIDAMENTO E STIPULA DEL CONTRATTO**

Gli artt. 17 e 18 del nuovo Codice introducono disposizioni acceleratorie per favorire la conclusione delle procedure di gara e la stipula dei contratti.

L'**Allegato I.3** individua i termini precisi entro i quali devono concludersi le procedure, pena la formazione di un silenzio – inadempimento da parte della S.A.; tale condotta rileva, peraltro, come violazione del dovere di buona fede (art. 17, comma 3), anche in caso di mancata o ritardata stipulazione del contratto.

In particolare, sono previsti i seguenti termini massimi:

1) qualora venga utilizzato il criterio dell'O.E.P.V. basato sul miglior rapporto tra qualità e prezzo o sul costo del ciclo di vita:

a) procedura aperta: **nove mesi**;

b) procedura ristretta: **dieci mesi**;

c) procedura competitiva con negoziazione: **sette mesi**;

d) procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara: **quattro mesi**;

e) dialogo competitivo: **sette mesi**;

f) partenariato per l'innovazione: **nove mesi**.

2) per le gare con il 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 bando di gara: **tre mesi**.

I termini decorrono dalla pubblicazione del bando di gara o dalla spedizione degli inviti a offrire – e non dalla determinazione a contrarre, come previsto dai dd.l. 76/20 e 77/21 – e non possono essere sospesi neanche in pendenza di contenzioso, se non a seguito di provvedimento cautelare.

L'art. 17 disciplina anche l'esecuzione in via d'urgenza, nelle *more* della stipula del contratto.

Le nuove disposizioni, di cui ai commi 8 e 9 del citato art. 17, si pongono in continuità con quelle dell'art. 32, d.lgs. 50/16, ma non anche rispetto alle disposizioni emanate nel periodo emergenziale.

Ed infatti, l'art. 8, comma 1, lett. a), d.l. 76/20 ha previsto - in via generale - l'esecuzione d'urgenza nelle *more* della verifica dei requisiti.

In pratica, il nuovo Codice ha individuato 3 fattispecie di esecuzione in via d'urgenza, di cui:

a) una prima ipotesi d'urgenza, che esige una particolare motivazione;

b) una seconda ipotesi prevista a condizione che ricorrano le motivazioni indicate nella norma; si tratta della medesima fattispecie prevista dall'art. 32, d.lgs. 50/16;

c) una terza fattispecie svincolata da ogni motivazione ammessa solo per il sottosoglia comunitaria (v. anche art. 50, comma 6).

Resta fermo che, in base alla nuova disciplina, l'esecuzione in via d'urgenza può avvenire solo dopo la verifica dei requisiti, visto che si parla di esecuzione prima della stipula del contratto.

Per quanto riguarda la stipulazione del contratto, l'art. 18 prevede che questa debba avvenire entro 60 gg. dal momento in cui l'aggiudicazione diviene efficace, anche in pendenza di contenzioso, con l'eccezione dei contratti di importo inferiore alle soglie comunitarie (30 gg.) e di altre ipotesi specificamente individuate dal Codice.

Il contratto non può essere, comunque, stipulato prima di 35 giorni dall'invio dell'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione (c.d. *stand still period*).

Il termine dilatorio non si applica nei casi:

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

#### **M) CRITERI DI AGGIUDICAZIONE**

Nel confermare i criteri del prezzo più basso e dell'O.E.P.V., l'art. 108 introduce una novità rilevante rispetto all'art. 95, d.lgs. 50/16. In riferimento al criterio dell'O.E.P.V. **viene soppresso il tetto del 30% per l'incidenza dell'elemento prezzo nella valutazione delle offerte**, che rimane solo in relazione ai contratti ad alta intensità di manodopera (art. 108, comma 4). Nelle attività di approvvigionamento di beni e servizi informatici il tetto massimo è fissato invece al 10 per cento.

Con riferimento agli **elementi qualitativi dell'offerta**, innovando al d.lgs. 50/16, il Codice prevede che le stazioni appaltanti possano prevedere criteri premiali atti a favorire la partecipazione delle piccole e medie imprese nella valutazione dell'offerta e a promuovere, per le **prestazioni dipendenti dal principio di prossimità per la loro efficiente gestione**, l'affidamento ad **operatori economici con sede operativa nell'ambito territoriale di riferimento** (art. 108, comma 7).

Inoltre, al fine di promuovere la parità di genere, le stazioni appaltanti prevedono nei bandi di gara, negli avvisi e negli inviti, il maggior punteggio da attribuire alle imprese che attestano, anche a mezzo di autocertificazione, il possesso dei requisiti di cui all'art. 46-bis del Codice delle pari opportunità, di cui al d.lgs. n. 198/06 (art. 108, comma 7)

#### **N) CLAUSOLA SOCIALE**

In attuazione di quanto stabilito dalla legge delega, il comma 1 dell'art. 57 sancisce ora che, per l'affidamento di appalti e concessioni, i bandi di gara, avvisi e inviti - tenuto conto della tipologia di intervento, in particolare ove riguardi il settore dei beni culturali e del paesaggio - devono contenere specifiche clausole sociali, con cui sono richieste, come requisiti necessari dell'offerta, misure orientate, tra l'altro, a garantire:

1. le pari opportunità generazionali, di genere e di inclusione lavorativa per le persone con disabilità o svantaggiate;
2. la stabilità occupazionale del personale impiegato;
3. l'applicazione dei contratti collettivi nazionali e territoriali di settore

stipulati dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, nonché le stesse tutele economiche e normative per i lavoratori in subappalto rispetto ai dipendenti dell'appaltatore e contro il lavoro irregolare.

Sul tema si registra un recente arresto giurisprudenziale con il quale è stato riaffermato che *“nella lex specialis la clausola sociale va formulata (e intesa) in maniera elastica e non rigida, rimettendo all’operatore economico concorrente finanche la valutazione in merito all’assorbimento dei lavoratori impiegati dal precedente aggiudicatario, anche perché solo in questi termini essa è conforme alle indicazioni della giurisprudenza amministrativa, secondo la quale l’obbligo di mantenimento dei livelli occupazionali del precedente appalto va temperato con la libertà d’impresa e con le facoltà in essa insite 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”* (Cons. Stato, sez. V, 7 aprile 2023, n. 3628).

È necessario altresì segnalare la previsione contenuta all’art. 102 del Codice, in cui si stabilisce un ulteriore requisito di qualificazione alle gare. In particolare, la norma dispone che nei bandi, avvisi e inviti le SS.AA., tenuto conto della prestazione oggetto del contratto, debbano richiedere agli operatori economici di impegnarsi, oltre che a garantire l’applicazione del contratto collettivo nazionale e territoriale di settore, anche la stabilità occupazionale del personale impiegato e le pari opportunità generazionali, di genere e di inclusione lavorativa per le persone con disabilità o svantaggiate.

L’operatore economico deve, inoltre, indicare nell’offerta le modalità con cui intende adempiere ai predetti impegni.

## **O) COMMISSIONE GIUDICATRICE**

Nelle gare con il **prezzo più basso**, il Seggio di gara, anche monocratico, è composto da personale della S.A., scelto con criteri di trasparenza e competenza, con applicazione delle cause di incompatibilità (art. 93, comma 7).

Per quanto riguarda invece le gare con il criterio dell’**O.E.P.V.**, nel nuovo Codice la disciplina della commissione giudicatrice viene interamente rivista. In attuazione di quanto previsto dalla legge delega, dalla logica dell’albo nazionale dei commissari - istituto, peraltro, mai entrato in funzione - si passa alla regola della composizione interna.

In particolare, si stabilisce che la commissione è presieduta da un dipendente della stazione appaltante ed è composta da suoi funzionari, in possesso del necessario inquadramento giuridico e di adeguate competenze professionali. Inoltre, viene definitivamente chiarito che **anche il RUP può far parte della commissione giudicatrice**. Infatti, come specificato nella Relazione tecnica, *“l’incompatibilità assoluta tra i ruoli di RUP e di componente della commissione*

*giudicatrice era stata già superata dal decreto legislativo n. 56 del 2017, che aveva introdotto un secondo periodo al comma 4 dell'art. 77 del decreto legislativo n. 50 del 2016, secondo cui «la nomina del RUP a membro delle commissioni di gara è valutata con riferimento alla singola procedura», norma, tuttavia, di non univoca interpretazione”.*

Se, dunque, è ammessa la partecipazione del RUP alla commissione giudicatrice, non è chiaro tuttavia se, al contempo, per gli appalti “sopra soglia” il RUP possa assumere anche la veste di presidente della commissione, considerato che l'art. 93 del Codice non riproduce l'analogia disposizione contenuta all'art. 51.

Ad ogni buon conto, si sgombera il campo dall'incertezza sull'incompatibilità del RUP con il ruolo di componente della commissione giudicatrice, affermata in passato, in considerazione del potenziale condizionamento gravante su tale soggetto per aver contribuito alla scrittura della documentazione di gara e, in particolare, alla predisposizione dei criteri di partecipazione e valutazione delle offerte.

In mancanza di adeguate professionalità in organico, la stazione appaltante può scegliere il Presidente e i singoli componenti della commissione anche tra funzionari di altre amministrazioni e, in caso di documentata indisponibilità, tra professionisti esterni.

Infine, si prevede espressamente per la prima volta che la commissione giudicatrice possa essere chiamata dal responsabile del procedimento a svolgere attività di supporto ai fini della verifica dell'anomalia dell'offerta.

#### **P) CAUSE DI ESCLUSIONE DALLE GARE – REQUISITI GENERALI**

In via preliminare, si evidenzia che la disciplina relativa alle cause di esclusione viene suddivisa in cinque distinte disposizioni:

- art. 94 - cause di esclusione “automatica”;
- art. 95 - cause di esclusione “non automatica”;
- art. 96 - disciplina dell'esclusione;
- art. 97 - cause di esclusione di partecipanti a raggruppamenti;
- art. 98 - illecito professionale.

#### **Cause di esclusione automatica – art. 94**

Con l'art. 94 sono elencate le **cause di esclusione automatica e i soggetti** idonei a determinare l'esclusione dell'operatore economico dalla procedura di gara. In linea generale, la nuova disciplina riproduce quella prevista dall'art. 80, commi 1, 2 e 4 del d.lgs. 50 cit..

Fra le novità, si evidenzia che, ai fini dell'esclusione, non rileva più la sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti c.d. patteggiamento) per i reati gravi elencati dalla norma stessa.

Inoltre, viene prevista l'inoperatività della causa di esclusione discendente dall'emissione di una misura interdittiva antimafia ove l'impresa sia stata

ammessa al controllo giudiziario *ex art. 34-bis* dei d.lgs. 159/2011 entro la data di aggiudicazione (art. 94, comma 2).

Fra i soggetti da sottoporre a verifica, viene eliminato il riferimento ai c.d. cessati e inserito il riferimento all'amministratore di fatto (art. 94, comma 3). Viene inoltre previsto che qualora il socio sia una persona giuridica l'esclusione opera se i presupposti si siano verificati a carico degli amministratori (art. 94, comma 4).

Al comma 6, viene disciplinata la **causa di esclusione automatica in presenza di gravi violazioni definitivamente accertate**, rinviando all'**Allegato II.10** la definizione del concetto di "gravità" (importo superiore a 5.000 euro) e della "definitività" della violazione, che riproduce l'attuale contenuto del suddetto comma 4, primo e secondo periodo, dell'art. 80.

Sempre al comma 6, si prevede l'esclusione automatica dell'operatore economico che ha commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, degli obblighi relativi al pagamento dei **contributi previdenziali**, secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui sono stabiliti. A tal fine, viene richiamato l'**Allegato II.10**, che specifica, come previsto dalla normativa previgente, che costituiscono gravi violazioni in materia contributiva e previdenziale quelle ostantive al rilascio del DURC.

#### **Cause di esclusione non automatica - art 95**

L'art. 95 contiene le **cause di esclusione "non automatiche"**, in passato disciplinate al comma 5 dell'art. 80 del d.lgs. n. 50/2016.

Il d.lgs. 36/23 ha, in particolare, ritenuto di indicare all'art. 95 tutte quelle cause facoltative di esclusione "diverse" dall'illecito - professionale disciplinato in un altro articolo (art. 98).

Al comma 2, riproducendo in parte il comma 4 dell'art. 80, è prevista la **causa di esclusione "non automatica" in presenza di violazioni non definitivamente accertate**, rinviando all'**Allegato II.10**, nel quale viene riportato il contenuto del DM 28 settembre 2022, che ha stabilito le modalità operative di tale causa di esclusione (es. ammontare della violazione almeno pari al 10% del valore dell'appalto con un minimo di 35.000 euro). Per effetto di ciò viene, quindi, disposta l'abrogazione del DM 28 settembre 2022 (art.226, co,3, lett. g), del provvedimento in commento)

L'unica disposizione del DM 28 settembre 2022 non riportata nell'**Allegato II.10** è quella oggi contenuta nell'art.5 che, nelle more dell'operatività della Banca dati nazionale dei contratti pubblici, rinvia alla Deliberazione A.N.AC. n.157 del 17 febbraio 2016 per l'individuazione dei tributi il cui mancato pagamento configura l'irregolarità fiscale, ai fini della partecipazione alle gare (si tratta di una serie di tributi, individuati da appositi codici, riferiti ad imposte gestite dall'Agenzia delle Entrate ed oggetto di riscossione nazionale).

Si segnala, inoltre, che il medesimo comma 2 prevede che la stazione

appaltante esclude un operatore economico qualora ritenga che lo stesso ha commesso gravi violazioni non definitivamente accertate agli obblighi relativi al pagamento dei **contributi previdenziali**. A tal fine, è richiamato l'**Allegato II.10**, che specifica che costituiscono gravi violazioni in materia contributiva e previdenziale quelle ostantive al rilascio del DURC. Inoltre, il medesimo allegato chiarisce che *"In relazione agli articoli 94, comma 6 e 95 comma 2, si considera mezzo di prova, con riferimento ai contributi previdenziali e assistenziali, il documento unico di regolarità contributiva acquisito d'ufficio dalle stazioni appaltanti presso gli istituti previdenziali ai sensi della normativa vigente"*.

### **Disciplina procedimentale dell'esclusione**

Le disposizioni contenute all'art. 96 recano disciplinano le procedure comuni alle fattispecie che conducono alla esclusione dalla gara dell'operatore economico.

Rispetto al Codice n. 50/2016, si introduce una **nuova versione del selfcleaning**. Alla luce delle modificazioni introdotte, l'operatore economico può:

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

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

### **Cause di esclusione del raggruppamento d'impresa**

Il Codice introduce poi la disciplina relativa alle esclusioni dei RTI e dei consorzi.

In particolare, si prevede che, in caso di mancato possesso dei requisiti generali/speciali da parte di un'impresa partecipante al raggruppamento, quest'ultimo - per non essere escluso dalla gara - può comprovare di aver estromesso l'impresa interessata o di averla sostituita con altro soggetto munito dei necessari requisiti, fatta salva l'immodificabilità sostanziale dell'offerta presentata.

### **Illecito professionale**

Con l'art. 98 sono definite le fattispecie che configurano l'illecito

professionale che può determinare l'esclusione dalla gara.

La disposizione

- elenca e descrive le fattispecie rilevanti;
- individua i mezzi di prova adeguati;
- chiarisce la portata dell'obbligo motivazionale, ove si voglia disporre l'esclusione dell'operatore economico,

In particolare, ai sensi del comma 3, **rilevano quale grave illecito professionale:**

- sanzione esecutiva irrogata dall'AGCM o da altra autorità di settore, rilevante in relazione all'oggetto specifico dell'appalto;
- 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;
- condotta dell'operatore economico che abbia dimostrato significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione per inadempimento oppure la condanna al risarcimento del danno o altre sanzioni comparabili, derivanti da inadempienze particolarmente gravi o la cui ripetizione sia indice di una persistente carenza professionale;
- condotta dell'operatore economico che abbia commesso grave inadempimento nei confronti di uno o più subappaltatori (che nel Codice n. 50/2016 rilevava solo ove riconosciuto o accertato con sentenza passata in giudicato);
- condotta dell'operatore economico che abbia violato il divieto di intestazione fiduciaria di cui all'articolo 17 della legge 19 marzo 1990, n. 55, laddove la violazione non sia stata rimossa;
- omessa denuncia all'autorità giudiziaria da parte dell'operatore economico persona offesa dei reati previsti e puniti dagli articoli 317 e 629 c.p. aggravati ai sensi dell'articolo 416-bis del medesimo codice salvo che ricorrano i casi previsti dall'articolo 4, primo comma, della legge 24 novembre 1981, n. 689. Tale circostanza deve emergere dagli indizi a base della richiesta di rinvio a giudizio formulata nei confronti dell'imputato per i reati di cui al primo periodo nell'anno antecedente alla pubblicazione del bando e deve essere comunicata, unitamente alle generalità del soggetto che ha omesso la predetta denuncia, dal procuratore della Repubblica procedente all'A.N.A.C., la quale ne cura la pubblicazione;
- contestata commissione da parte dell'operatore economico, ovvero dei soggetti di cui al comma 3 dell'articolo 94 di taluno dei reati consumati o tentati di cui al comma 1 del medesimo articolo 94;
- contestata o accertata commissione, da parte dell'operatore economico

oppure dei soggetti di cui al comma 3 dell'articolo 94, di taluno dei seguenti reati consumati:

- abusivo esercizio di una professione, ai sensi dell'articolo 348 del codice penale;
- bancarotta semplice, bancarotta fraudolenta, omessa dichiarazione di beni da comprendere nell'inventario fallimentare o ricorso abusivo al credito, di cui agli articoli 216, 217, 218 e 220 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267;
- i reati tributari ai sensi del decreto legislativo 10 marzo 2000, n. 74, i delitti societari di cui agli articoli 2621 e seguenti del codice civile o i delitti contro l'industria e il commercio di cui agli articoli da 513 a 517 del codice penale;
- i reati urbanistici di cui all'articolo 44, comma 1, lettere b) e c), del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di edilizia, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380, con riferimento agli affidamenti aventi ad oggetto lavori o servizi di architettura e ingegneria;
- i reati previsti dal decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231.

Rispetto al decreto 50/16, la figura dell'illecito professionale è stata maggiormente tipizzata, attraverso l'eliminazione della possibilità di valutare in chiave espulsiva ogni condotta - anche diversa da quelle indicate dalla medesima norma - la cui gravità sia idonea ad incidere sull'affidabilità e integrità dell'impresa.

Con riferimento ai mezzi di prova, si prevede che, in relazione ai reati che possono rilevare quale illecito professionale, la stazione appaltante non può tenere conto, ai fini dell'esclusione dell'impresa, di rinvii a giudizio e sentenze di patteggiamento, ma solo di sentenze di condanna definitive, decreti penali di condanna irrevocabili, condanne non definitive, e di provvedimenti cautelari reali o personali.

Tale limitazione non opera con riferimento ai reati "gravi" di cui all'art. 94, ossia quelli che danno luogo all'esclusione automatica del concorrente.

#### **Verifica del possesso dei requisiti**

All'art. 99 si conferma il riferimento al F.V.O.E. (Fascicolo virtuale dell'operatore economico) per l'accertamento del possesso dei requisiti generali/speciali, dando anche la possibilità di ricorrere ad altre banche dati. Si introduce il **divieto, per le SS.AA., di richiedere agli operatori economici documenti a comprova del possesso dei requisiti di partecipazione o altra documentazione utile ai fini dell'aggiudicazione, già presenti nel fascicolo** (o già nella disponibilità della S.A. per effetto di una precedente aggiudicazione o conclusione di un accordo quadro).

**Q) AVVALIMENTO**

Le modifiche introdotte dal nuovo Codice all'istituto dell'avvalimento sono diverse e rilevanti.

Va subito precisato che, oltre all'art. 104, norme relative all'istituto dell'avvalimento sono contenute anche:

- **all'art. 67, comma 7** sui limiti ai requisiti avallabili dal consorzio;
- **all'art. 26 dell'Allegato II.12**, relativo ai requisiti specifici del contratto di avvalimento avente ad oggetto la SOA;
- **all'art. 45 dell'Allegato II.12**, concernente i requisiti dell'avvalimento dell'attestazione del contraente generale;
- **all'art. 132**, relativo al divieto di ricorso all'istituto nel settore dei beni culturali.

Tra quelle che potranno avere un maggiore impatto per gli oo.aa., si segnalano:

- a) la possibilità di utilizzare l'istituto per acquisire un maggior punteggio tecnico;
- b) la previsione di un contratto di avvalimento gratuito, che presenta tuttavia limiti non ben definiti;
- c) la previsione che consente la partecipazione dell'impresa ausiliaria alla medesima gara cui partecipa l'impresa ausiliata, purché l'avvalimento non sia finalizzato a migliorare l'offerta del concorrente.

Quanto alla prima novità, è opportuno evidenziare che, attualmente, secondo un principio consolidato in giurisprudenza, va affermata la nullità del contratto di avvalimento stipulato al mero fine di acquisire, non già requisiti di partecipazione, ma risorse necessarie per conseguire un migliore punteggio dell'offerta tecnica (c.d. "*Divieto di avvalimento premiale*").

Rispetto a tale indirizzo, la nuova funzione è quella, individuata ai commi 1, 4 e 12 del citato art. 104, di consentire l'acquisizione di "*dotazioni tecniche*", al fine di ottenere un miglior punteggio per l'offerta tecnica. Ciò è confermato, in particolare, dal citato comma 12, che regola l'ipotesi in cui "*l'avvalimento sia finalizzato a migliorare l'offerta*" prevedendo il divieto in questo caso della partecipazione contemporanea alla medesima gara dell'ausiliaria e dell'ausiliata.

Al riguardo, non si possono non esprimere perplessità con riguardo alla configurabilità di un'ipotesi di turbativa d'asta, che potrebbe determinarsi sul presupposto della verosimile conoscenza reciproca delle offerte da parte delle imprese concorrenti alla medesima gara.

Ulteriore previsione concerne, poi, l'annosa questione dell'onerosità del contratto di avvalimento.

Secondo la giurisprudenza, ciò che determina l'onerosità del contratto è l'esistenza di un interesse economico in capo ad entrambi i soggetti che stipulano; interesse economico che può anche non consistere nella ricezione di denaro in via diretta (si pensi - ad esempio - al prestito di un requisito da

parte di una impresa controllante alla sua controllata, senza indicazione di denaro. L'impresa controllante, apparentemente, non ha alcun interesse economico, ma in realtà essa ottiene un guadagno indiretto nel caso di aggiudicazione, derivante ad esempio dall'aumento del valore delle proprie azioni oppure, ancora, dalla distribuzione degli utili).

L'onerosità è un elemento essenziale del contratto di avvalimento, dal momento che un contratto gratuito sarebbe un contratto inaffidabile e instabile. Nessuna impresa assumerebbe, infatti, obblighi economici senza ottenerne alcun ricavo; da qui, il prevedibile svincolo dall'obbligo assunto.

Il d.lgs. 36/23 prende posizioni in merito, disponendo al comma 1 che *"il contratto di avvalimento è normalmente oneroso (anche se – in realtà - la giurisprudenza amministrativa aveva affermato che dovesse essere sempre oneroso,)"* salvo che risponda anche a un interesse dell'impresa ausiliaria".

Il legislatore sembrerebbe voler ammettere una forma di avvalimento gratuito, che presupponga un interesse generico e anche diverso da quello patrimoniale.

Ad ogni buon conto, si segnala che, secondo la giurisprudenza, l'interesse economico è certamente presente nei casi di avvalimento c.d. *"infragruppo"* e nei casi in cui si possa dimostrare che esistano rapporti di collaborazione economica tra le parti che lo stipulano.

#### **R) SOCCORSO ISTRUTTORIO**

A differenza del d.lgs. 50/16, la disciplina dell'istituto del c.d. *"soccorso istruttorio"* è stata riprodotta in una specifica disposizione (art. 101) e non in un solo comma (art. 83, comma 9, d.lgs. 50 cit.)

Sul piano sostanziale, accanto al termine massimo di 10 giorni assegnato dalla S.A. all'o.e. per l'espletamento del soccorso istruttorio, si prevede l'introduzione di un ulteriore **termine minimo fissato in 5 giorni**. Inoltre, si chiarisce che l'istituto non può essere attivato se al momento della scadenza del termine di presentazione dell'offerta il documento da integrare sia presente nel **F.V.O.E.** (Fascicolo virtuale dell'operatore economico).

Viene, poi, eliminata la distinzione fra irregolarità essenziali e non essenziali. In particolare, la norma chiarisce che la S.A. attiva il soccorso istruttorio al fine di:

- integrare la documentazione trasmessa con la domanda di partecipazione o con il D.G.U.E., ivi compresa la mancata presentazione della cauzione provvisoria, del contratto di avvilimento e dell'impegno a conferire mandato collettivo speciale in caso di raggruppamenti non ancora costituiti, purché aventi data certa anteriore al termine di presentazione delle offerte;
- sanare eventuali omissioni, inesattezze ed irregolarità della domanda di partecipazione, del D.G.U.E. e di ogni altro documento richiesto per la partecipazione alla procedura.

È confermata anche l'esclusione dalle integrazioni e dalle sanatorie della documentazione che compone l'offerta tecnica e quella economica; non sono sanabili altresì le omissioni, inesattezze e irregolarità che rendano assolutamente incerta l'identità del concorrente.

Nel contempo, si conferma la previsione che l'o.e. è tenuto ad adempiere alle richieste della S.A. nel termine stabilito, pena l'esclusione dalla procedura.

Un'ulteriore novità riguarda la codificazione del **soccorso istruttorio "specificativo"**, in base al quale la S.A. può richiedere chiarimenti sui contenuti dell'offerta tecnica e dell'offerta economica e su ogni loro allegato, purché non ne sia modificato il contenuto.

Infine, la norma consente all'o.e. di richiedere - fino al giorno fissato per l'apertura delle offerte - la **rettifica dell'eventuale errore materiale** contenuto nell'offerta tecnica o economica, a condizione che la stessa non comporti la presentazione di una nuova offerta, o comunque la sua modifica sostanziale, e che resti comunque assicurato l'anonimato.

#### **S) ACCESSO AGLI ATTI**

Il nuovo Codice introduce una nuova disciplina sul procedimento di accesso agli atti di gara ed in relazione ai procedimenti giurisdizionali in materia.

Le norme sull'accesso agli atti sono contenute negli artt. 36 e 37, inseriti nella Parte II del Libro I, interamente dedicata alla digitalizzazione.

Il nuovo accesso agli atti, infatti, sarà attuato in modalità digitale, ovvero con la messa a disposizione diretta dei dati e delle informazioni attraverso le "piattaforme informatiche di approvvigionamento digitale", di cui dovranno essere dotate le SS.AA. certificate dall'AGID (Agenzia per l'Italia Digitale) che, a tal fine, sta provvedendo a redigere le relative regole tecniche.

Da qui, la previsione contenuta all'art. 225, comma 2 del Codice, in virtù della quale le norme in materia di digitalizzazione (comprese quelle in tema di accesso agli atti) avranno efficacia solo a partire dal 1° gennaio 2024.

D'altra parte, la disciplina dell'accesso presuppone la riorganizzazione degli enti appaltanti, che dovranno dotarsi degli strumenti tecnici necessari a promuovere l'adeguata formazione del personale preposto alle relative attività.

Nel confermare gran parte delle disposizioni contenute nel vigente art. 53 del d.lgs. 50/16, si segnala la novità introdotta con l'art. 37, comma 3: con la comunicazione digitale dell'aggiudicazione, verranno rese note anche le decisioni assunte dalla S.A. sulle richieste di oscuramento di parti delle offerte (tecniche), formulate dagli offerenti a tutela dei loro segreti tecnici o commerciali.

In buona sostanza, la norma prevede, da un lato, che gli oo.ee. dovranno inserire già nell'offerta una dichiarazione volta a motivare e comprovare la presenza di segreti tecnici e commerciali e dall'altro, che le SS.AA., ancor prima dell'aggiudicazione, dovranno valutare tutte le richieste di

oscuramento e prendere le relative decisioni sull'ostensione o meno delle offerte, tenendo conto di quanto dichiarato con le offerte stesse.

Peraltro, la norma parla solamente di *"richieste di oscuramento di parti delle offerte"* e dunque, non è precisato se sia possibile o meno domandare l'oscuramento di altri documenti (ad esempio, di parti del contratto di avvalimento, in cui potrebbero essere contenuti segreti tecnici e commerciali, dato che quest'ultimo sarà consentito anche al fine di migliorare l'offerta, secondo il disposto dell'art. 104 comma 12).

Va da sé che i concorrenti non potranno esagerare con le richieste di oscuramento, perché laddove ingiustificate e reiteratamente rigettate, potranno comportare la sanzione comminata dall'A.N.AC., su segnalazione della stessa S.A..

Tali previsioni comportano certamente una maggior speditezza del procedimento di gara, ma nel contempo, modificano in modo significativo l'attuale disciplina che - tra l'altro - impone agli oo.aa. di formulare apposita istanza di accesso, al fine di acquisire documenti d'offerta di altri concorrenti.

In altri termini, considerato che la decisione sull'accesso è concessa all'autonomia discrezionale della S.A. al momento della valutazione della offerta, sarebbe venuto meno, indirettamente, il sub-procedimento, ex art. 3, d.P.R. 184/06, che impone alle SS.AA. di informare l'offerente *"controinteressato"*, circa l'intenzione di rendere visibili le parti dell'offerta indicate come segrete, con relativo contraddittorio in merito prima dell'aggiudicazione.

Resta fermo che le decisioni sulle richieste di oscuramento, comunicate - appunto - contestualmente all'aggiudicazione, potranno essere impugnate per le vie giudiziali, nel termine breve di 10 giorni.

Ad ogni buon conto, ai primi cinque concorrenti classificati in graduatoria sarà consentito visionare reciprocamente le rispettive offerte, sempre attraverso le piattaforme informatiche, salva la decisione adottata dalla S.A.. In ogni caso, qualora la S.A. non ritenga valide e giustificate le esigenze di segretezza formulate dall'offerente e quindi, acconsenta la visione delle parti dell'offerta per le quali sia stato richiesto l'oscuramento, questa potrà avvenire solo successivamente al decorso del termine previsto per l'impugnazione della decisione assunta dalla S.A..

#### **T) SETTORI SPECIALI**

Il Libro III del d.lgs. 36/23 è dedicato alle SS.AA. e agli enti concedenti (**imprese pubbliche e soggetti titolari di diritti speciali o esclusivi**) che svolgono una delle attività previste dagli artt. da 146 a 152 (gas ed energia termica, elettricità, acqua, servizi di trasporto, porti ed aeroporti, servizi postali, estrazione di gas e prospezione o estrazione di carbone o di altri combustibili solidi).

Va segnalato, innanzitutto, che le norme sui **settori speciali** introdotte dal Codice sono “*auto-esecutive*” e, in particolare, non prevedono ulteriori rinvii ad altre parti del d.lgs. 36/23.

In linea generale, il nuovo Codice riproduce gran parte delle disposizioni vavevoli per il settore contenute nel d.lgs. 50/16, confermando il riconoscimento agli enti operanti in tale ambito di una maggior autonomia e flessibilità, in coerenza con la natura essenziale dei servizi pubblici gestiti dagli enti aggiudicatori.

Ed infatti, ad essi sono attribuiti poteri di autoregolamentazione, potendo – tra l’altro – istituire e gestire sistemi di qualificazione degli operatori economici (resi pubblici con avviso redatto ai sensi dell’**Allegato II.6**), specificare la nozione di variante in corso d’opera in funzione delle esigenze proprie del mercato di appartenenza e delle caratteristiche di ciascun settore e adattare le funzioni e i compiti del RUP alla propria organizzazione (art. 141, comma 4).

Nel dettaglio:

- l’art. 141 individua l’ambito soggettivo di applicazione del Libro III, nonché le disposizioni generali degli altri Libri del Codice che risultano applicabili ai settori speciali;

- gli artt. 153 e 167 elencano gli articoli del Codice che si applicano nelle procedure di scelta del contraente.

In tale contesto, tra le disposizioni applicate dagli enti operanti nei settori speciali sono annoverate anche quelle contenute agli artt. 94 e 95 sulle cause di esclusione delle gare, ma viene prevista la possibilità di stabilire preventivamente quali condotte configurino “gravi illeciti professionali” agli effetti degli artt. 95, comma 1, lett. e) e 98 (art. 169).

Significativo, poi, è il riconoscimento agli enti operanti nei settori speciali della facoltà di determinare le dimensioni dell’oggetto dell’appalto e dei lotti in cui eventualmente suddividerlo, senza obbligo di motivazione aggravata (art. 141, comma 5).

## **LA FASE DI ESECUZIONE DEI CONTRATTI**

### **1) ANTICIPAZIONE E PREMIO DI ACCELERAZIONE**

In tema di **anticipazione del corrispettivo d’appalto**, il Codice conferma la disciplina già prevista dall’art. 35, comma 18 del d.lgs. 50/16, stabilendo la facoltà per le SS.AA. di incrementare dal 20% al 30% l’importo dell’anticipazione, previa garanzia fideiussoria bancaria o assicurativa.

L’art. 125, comma 1, precisa tuttavia che dette disposizioni non si applicano ai contratti di forniture e servizi indicati nell’**Allegato II.14**.

Segnatamente, l’art. 33 del suddetto Allegato dispone che l’anticipazione del corrispettivo è esclusa “*per i contratti di forniture e servizi ad esecuzione immediata e la cui esecuzione non possa essere, per loro natura, regolata da apposito*

*cronoprogramma io il cui prezzo è calcolato sulla base del reale consumo, nonché i servizi che, per loro natura, prevedono prestazioni intellettuali o che non necessitano della predisposizione di attrezzature e materiali”.*

Per quanto concerne, invece, il **premio di accelerazione**, l’art. 126 rimette alla discrezionalità delle SS.AA. la previsione nei documenti di gara del riconoscimento di tale incentivo, in caso di ultimazione dei **lavori** in anticipo rispetto al termine fissato contrattualmente, anche nelle ipotesi in cui il termine originario sia legittimamente prorogato.

## **2) REVISIONE PREZZI**

L’istituto della revisione dei prezzi, pur non essendo specificamente disciplinato nel d.lgs. n. 50/16, negli ultimi anni ha trovato applicazione attraverso meccanismi di compensazione, sulla base di disposizioni emanate:

- nell’art. 1-*septies* del d.l. 25 maggio 2021, n. 73 (convertito in legge n. 106/21) (relativo alla revisione prezzi dei materiali nel 2021);
- nell’art. 7 del d.l. 30 aprile 2022, n. 36 (convertito in legge n. 79/22) (relativo alle opere previste nel P.N.R.R.);
- nell’art. 29 del d.l. 27 gennaio 2022, n. 4 (convertito in legge n. 25/22) (che può essere considerato il testo base utilizzato per la redazione dell’art. 60 del d.lgs. n. 36/23);
- nell’art. 26 del d.l. 17 maggio 2022, n. 50 (convertito in legge n. 91/22) (relativo all’applicazione dei prezzari aggiornati nel 2022).

Orbene, dal 1° luglio p.v., in tema di revisione prezzi saranno in vigore contemporaneamente due disposizioni:

- l’art. 29 del d.l., n. 4/22;
- l’art. 60 del nuovo Codice dei contratti,

e ciò perché il citato art. 29 resta in vigore sino al 31 dicembre 2023 e non è stata prevista la relativa abrogazione.

Nel dettaglio, confermando dunque le previsioni del citato art. 29, l’art. 60 codifica, in linea generale (forniture, servizi, e lavori), l’obbligo di inserire nei documenti di gara la clausola di revisione dei prezzi, che opera al verificarsi di specifiche condizioni oggettive, che comportino una variazione del costo delle materie prime, in aumento o in diminuzione, superiore al 5% dell’importo complessivo, riconoscendo la revisione nella misura pari all’80% della variazione stessa.

Al riguardo, va segnalato che, fra le suddette condizioni oggettive, non è ricompresa anche la variazione del costo derivante dall’eventuale rinnovo del C.C.N.L., come previsto invece nella legge delega 78/22.

Per quanto concerne il funzionamento del meccanismo revisionale, l’art. 60 prevede l’utilizzo di indici sintetici elaborati dall’ISTAT:

- a) per i lavori, gli indici del costo di costruzione;

b) per i servizi e le forniture, gli indici dei prezzi al consumo, dei prezzi alla produzione dell'industria e dei servizi e gli indici delle retribuzioni contrattuali orarie.

Gli indici di costo sono pubblicati, unitamente alla relativa metodologia di calcolo, sul portale istituzionale dell'ISTAT. Con provvedimento adottato dal M.I.T., sentito l'ISTAT, sono individuate eventuali, ulteriori categorie di indici ovvero ulteriori specificazioni tipologiche o merceologiche delle categorie di indici individuate nell'ambito di quelli già definiti dall'ISTAT.

Una riflessione sul tema viene offerta sulla Relazione tecnica, laddove i magistrati hanno sottolineato che il meccanismo progettato con le percentuali individuate potrebbe anche formare oggetto di modifica da parte del Governo, per garantire la tenuta complessiva del sistema.

In buona sostanza, il Consiglio di Stato suggerisce l'inopportunità di proseguire con le soglie fissate al 5% e 80% dalla normativa emergenziale.

### **3) SUBAPPALTO**

L'art. 119, dedicato al subappalto, conferma l'attuale quadro normativo contenuto nel vigente art. 105, d.lgs. 50/16, introducendo alcune significative novità.

Del resto, l'attuale disciplina del subappalto è il frutto di una normativa che dal 2016 ad oggi ha subito numerose modifiche, che si sono rese necessarie per uniformare la legislazione italiana in materia alle prescrizioni di matrice europea, da ultimo con la legge 23 dicembre 2021 n. 238 (Legge comunitaria), anche per conformarsi alla nota procedura di infrazione comunitaria n. 2018/2273 e, dunque, a completare la riforma già intrapresa con il decreto "Semplificazioni bis" (d.l. n. 77/21).

Il subappalto costituisce da sempre un terreno di scontro tra la necessità avvertita dal legislatore italiano di ostacolare fenomeni corruttivi, e l'apertura europea che propende per la liberalizzazione del subappalto, inteso come istituto che incoraggia il mercato e permette lo sviluppo delle PMI.

Nel merito delle nuove disposizioni, in base al comma 2 dell'art. 119, sono le SS.AA. ad indicare, nei documenti di gara, le prestazioni o le lavorazioni oggetto del contratto di appalto da eseguire a cura dell'aggiudicatario, in ragione delle specifiche caratteristiche dell'appalto, ivi comprese le opere di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica (di cui all'art. 104, comma 11 del nuovo Codice).

La *ratio* della limitazione resta quella di rafforzare i controlli sui cantieri, sui luoghi di lavoro e di tutelare i lavoratori, oltre che prevenire le infiltrazioni criminali. Resta fermo il divieto di affidare a terzi l'integrale esecuzione delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto, nonché la prevalente esecuzione delle lavorazioni relative alla categoria prevalente e dei contratti ad alta intensità di manodopera.

Recependo la giurisprudenza attuale, al comma 3 dell'art. 119 viene precisato che tra le attività che non si configurano come subappalto, vi sono le prestazioni o attività "secondarie, accessorie o sussidiarie" rese da lavoratori autonomi o in forza di contratti continuativi di cooperazione.

Confermata nel nuovo Codice anche la responsabilità solidale dell'appaltatore e del subappaltatore nei confronti della stazione appaltante. La novità più rilevante introdotta in tema di subappalto dal nuovo codice è rappresentata senza dubbio dalla previsione sul subappalto "*a cascata*".

L'attuale comma 19 dell'art. 105 d.lgs. n. 50/16 pone espressamente il divieto di subappalto "a cascata", per cui l'esecuzione delle prestazioni non possono formare oggetto di ulteriore subappalto.

Secondo la Commissione Europea, invece, il divieto di subappalto a cascata previsto dalla normativa italiana sarebbe contrario alla specifica disciplina delle direttive comunitarie, che ammette la presenza di "*subappaltatori dei subappaltatori del contraente principale o ai subappaltatori successivi nella catena dei subappalti*".

Da qui, il comma 17 dell'art. 119 prevede tuttavia che la Stazione Appaltante è tenuta ad individuare la categoria di lavori o le prestazioni che, sebbene subappaltabili, non possono formare oggetto di ulteriore subappalto.

Analogamente al subappalto ordinario, anche per quello a cascata, dunque, è affidato alle SS.AA. il compito di individuare i casi in cui ritenere ammissibile per il subappaltatore affidare una parte delle lavorazioni ad esso affidate ad altra impresa e, quindi, di individuare per ogni appalto, i casi in cui è ammesso il subappalto a cascata, tenuto conto della natura e della complessità delle lavorazioni. In questo caso, tuttavia, manca il riferimento alle opere di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, presente invece al comma 2 dell'art. 119.

L'apertura al subappalto a cascata solleva però ancora numerose perplessità, dal momento che non è delineata una disciplina specifica di tali sub-affidamenti, oltre a mancare un esplicito rinvio alle norme proprie sul subappalto.

In altre parole, ad una normativa di principio non è stata affiancata una disciplina operativa, che permetta di inquadrare, nello specifico, i procedimenti da seguire per autorizzare e per monitorare detti sub-affidamenti.

Sarebbe dunque auspicabile una precisazione in tal senso, così da rendere "applicativa" la norma sul subappalto a cascata.

#### **4) MODIFICHE DEI CONTRATTI IN CORSO DI ESECUZIONE - OPZIONI DI PROROGA**

L'art. 120 riproduce, in gran parte, le disposizioni oggi previste dall'art. 106, d.lgs. 50/16, con alcune novità. Tra le principali, si segnalano:

- la definizione delle “varianti sostanziali”, come tali, vietate dalle direttive comunitarie;
- la ridefinizione della ipotesi di variante in corso di esecuzione;
- la nuova “opzione di proroga”.

Sotto il profilo meramente formale, in relazione alla questione delle modifiche o varianti “sostanziali”, la direttiva 2014/24/UE utilizza una terminologia piuttosto generica, consentendo le modifiche che non alterano “la natura generale del contratto”. L’art. 106 del d.lgs. n. 50/16 fa riferimento, invece, a “modifiche che avrebbero l’effetto di alterare la natura generale del contratto o dell’accordo quadro” [comma 1, lett. a) e c)].

Rispetto a tali previsioni, il comma 1 del citato art. 120 precisa, invece, che “i contratti di appalto possono essere modificati..... sempre che, nelle ipotesi previste alla lett. a) e c), nonostante le modifiche, la struttura del contratto o dell’accordo quadro e l’operazione economica sottesa” possano ritenersi inalterate.

Nel dettaglio, si evidenzia innanzitutto che la lettera a) del comma 1 dell’articolo non riporta il riferimento alla revisione, visto che il nuovo Codice alla revisione dedica una specifica disciplina (art. 60).

È bene rammentare che in tema di revisione, fino al 31 dicembre 2023, l’art. 29 del d.l. 4/22 (conv. legge 25/22) ha imposto l’inserimento della clausola di revisione per le procedure bandite a far data dal 27 gennaio 2022.

La lettera b), sempre del comma 1, riproduce le disposizioni in tema di prestazioni “supplementari” imprevedibili (e quindi, non previste nel contratto stipulato), il cui affidamento ad altro o.e. (tramite una nuova procedura) risulti oggettivamente impraticabile sotto il profilo economico o tecnico. Si conferma, pertanto, che in questo caso il nuovo appalto da parte della S.A. avrebbe solo effetti negativi.

La lettera c) conferma le possibilità di variazione del contratto, sempre che ciò sia imposto da circostanze imprevedibili (al momento dell’appalto) o da variazioni di norme, regolamenti, provvedimenti di autorità competenti proposte alla tutela di interessi pubblici.

Sul tema si rammenta che la recente legislazione (d.l. 36/22, conv. legge 79/22) ha chiarito che, tra le circostanze imprevedibili che legittimano la variante, devono ritenersi “incluse anche quelle imprevedute ed imprevedibili che alterano in maniera significativa il costo dei materiali necessari alla realizzazione dell’opera”.

Per le ipotesi b) e c) su riportate, il comma 2 riproduce – in sostanza (al netto del riferimento ai contratti ordinari) – il comma 7 dell’art. 106, in cui si contingenta il valore delle modifiche, visto che il contratto potrà essere modificato “solo se l’eventuale aumento di prezzo non ecceda il 50 per cento del valore del contratto iniziale. In caso di più modifiche successive, la limitazione si applica al valore di ciascuna modifica. Tali modifiche successive non eludono l’applicazione del codice”.

Inoltre, il comma 4 prevede che *“ai fini del calcolo del prezzo di cui ai commi 1, lettera b) e c), (...) quando il contratto prevede una clausola di indicizzazione, il valore di riferimento è il prezzo aggiornato”*.

In relazione ai casi in cui è possibile sostituire l'aggiudicatario (senza nuova gara) la lettera d) conferma quanto già previsto – in sostanza – dall'art 106 del Codice 50/16.

La nuova norma non riproduce la lettera c) dell'art. 106, secondo cui *“se le modifiche non sono sostanziali ai sensi del comma 4, le stazioni appaltanti possono stabilire nei documenti di gara soglie di importi per consentire le modifiche”*. Tale precisazione, infatti, viene direttamente inserita nel comma 5 dell'art. 120. In questo si legge che *“sono sempre consentite, a prescindere dal loro valore, le modifiche non sostanziali”*.

Il comma 6 (in relazione alle ipotesi del comma 1) riproduce il comma 4 dell'art. 106 (sui casi in cui la modifica deve ritenersi sostanziale).

La principale differenza con la disciplina previgente si registra al comma 7 della disposizione, ove si elencano i casi in cui le modifiche non possono essere ritenute sostanziali, vale a dire quelle con le quali, fermi restando i limiti derivanti dalle somme a disposizione del quadro economico e dalle previsioni sulle modifiche *“sostanziali”*, nel rispetto della funzionalità dell'opera:

- a. si assicurino risparmi, rispetto alle previsioni iniziali, da utilizzare in compensazione per far fronte alle variazioni in aumento dei costi delle lavorazioni;
- b. si realizzino soluzioni equivalenti o migliorative in termini economici, tecnici o di tempi di ultimazione dell'opera (c.d. *“varianti migliorative”*).

Il comma 8 prevede invece la possibilità di modificare il contratto in coerenza con il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale (art. 9); di conseguenza, in presenza di clausole di rinegoziazione, l'o.e. può presentare al RUP la richiesta di rinegoziazione del contratto.

L'aspetto di rilievo è che, nel caso in cui dette clausole non siano previste, la richiesta può essere presentata, appunto, senza ritardo e comunque senza la sospensione dell'esecuzione.

In tali ipotesi, il RUP deve formulare – non oltre 3 mesi – una proposta di un nuovo accordo e qualora a questo non si dovesse pervenire entro un tempo *“ragionevole”*, *“la parte svantaggiata può agire in giudizio per ottenere l'adeguamento del contratto all'equilibrio originario, slava la responsabilità per la violazione dell'obbligo di rinegoziazione”*.

Il comma successivo riscrive la norma sul c.d. *“quinto d'obbligo”*, che può essere imposto dalla S.A. all'appaltatore, con l'effetto che quest'ultimo è tenuto ad adempiere alla richiesta, senza poter attivare la risoluzione del contratto. La novità, però, è la necessità di prevedere il *“quinto d'obbligo”* sin dai documenti di gara iniziali *“per rendere la previsione compatibile con le fattispecie di modifica consentite dalla direttiva”* (così nella Relazione tecnica).

L'art. 120 ridefinisce l'istituto della "proroga" di validità del contratto oltre la naturale scadenza.

Ed infatti, nel comma 10 la disposizione ripropone la c.d. "opzione di proroga" prevista fin dagli atti di gara, con l'eliminazione del riferimento secondo cui la proroga tecnica riguarda "il tempo strettamente necessario alla conclusione delle procedure necessarie per l'individuazione di un nuovo contraente".

In aggiunta è però inserita una nuova previsione relativa alla c.d. "proroga eccezionale", che può essere utilizzata tanto nel caso in cui la "opzione di proroga" (c.d. "programmata") sia già stata utilizzata, tanto nel caso in cui questa non sia stata prevista nella legge di gara.

Nel comma 11, infatti, si legge che *"In casi eccezionali nei quali risultino oggettivi e insuperabili ritardi nella conclusione della procedura di affidamento del contratto, è consentito, per il tempo strettamente necessario alla conclusione della procedura, prorogare il contratto con l'appaltatore uscente, qualora l'interruzione delle prestazioni possa determinare situazioni di pericolo per persone, animali, cose, oppure per l'igiene pubblica, oppure nei casi in cui l'interruzione della prestazione dedotta nella gara determinerebbe un grave danno all'interesse pubblico che è destinata a soddisfare. In tale ipotesi il contraente originario è tenuto all'esecuzione delle prestazioni contrattuali ai prezzi, patti e condizioni previsti nel contratto"*.

In buona sostanza, la "proroga eccezionale" – da ritenersi come proroga tecnica - si distingue dall'opzione di "proroga programmata", poiché per quest'ultima è stata esclusa la possibilità per l'ente appaltante di applicare prezzi più favorevoli, poiché il gestore uscente "subisce" una proroga che è indipendente dalla sua volontà. L'opzione di proroga può, invece, prevedere la variabilità dei prezzi (da inserire, peraltro, in corrispondenti clausole contrattuali).

Tra le ulteriori novità si prevede lo spostamento nell'**Allegato II.14** di tutte le fattispecie di comunicazione e trasmissione all'A.N.AC. di modifiche e varianti in corso d'opera, compresa la disciplina della cessione dei crediti (commi 12, 13 e 15).

Il comma 15, in particolare, in tema di comunicazione all'A.N.AC., prevede che *"Si osservano, in relazione alle modifiche del contratto, nonché in relazione alle varianti in corso d'opera, gli oneri di comunicazione e di trasmissione all'ANAC, a cura del RUP, individuati dall'Allegato II.14. Nel caso in cui l'ANAC accerti l'illegittimità della variante in corso d'opera approvata, esercita i poteri di cui all'art. 222. In caso di inadempimento agli obblighi di comunicazione e trasmissione delle modifiche e delle varianti in corso d'opera previsti dall'Allegato II.14, si applicano le sanzioni amministrative pecuniarie di cui all'art. 222, comma 13"*.

Il suddetto comma 13 prevede in particolare che *"l'ANAC ha il potere di irrogare sanzioni amministrative pecuniarie nei confronti dei soggetti che rifiutano od omettono, senza giustificato motivo, di fornire le informazioni o di esibire i documenti richiesti dalla stessa, e nei confronti degli operatori economici che non ottemperano alla richiesta della stazione appaltante o dell'ente aggiudicatore di*

*comprovare il possesso dei requisiti di partecipazione alla procedura di affidamento, entro il limite minimo di euro 500 e il limite di euro 5.000”.*

Sugli obblighi di pubblicazione – in caso di modifica del contratto nelle ipotesi di cui al comma 1, lett. b) e c) - il comma 14 prevede la pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale dell’Unione europea.

La pubblicazione deve contenere le informazioni di cui all’**Allegato II.16**.

## **5) CONTENZIOSO**

### **Accordo bonario**

Gli artt. 210-211 confermano l’operatività dell’istituto dell’accordo bonario per i lavori, forniture e servizi, conseguente alla iscrizione di riserve sui documenti contabili ad opera dell’appaltatore, che determinino una variazione dell’importo economico tra il 5% ed il 15% dell’importo contrattuale.

Rispetto alle disposizioni contenute agli artt. 205 e 206, d.lgs. 50/16, si segnala la soppressione dell’onere previsto a carico dell’appaltatore di instaurare a pena di decadenza il contenzioso in sede giudiziaria, entro 60 giorni dalla data di rifiuto della proposta di accordo bonario ovvero di inutile decorso del termine per l’accettazione della stessa. È comunque previsto il ricorso all’Arbitrato, in caso di mancato raggiungimento dell’accordo bonario.

### **Collegio consultivo Tecnico**

Il nuovo Codice disciplina anche la costituzione, i compiti e le modalità di espletamento del Collegio Consultivo Tecnico (CCT) per la prevenzione e la risoluzione delle controversie che insorgono nel corso dell’esecuzione dei contratti, già previsto dai dd.ll. 76/20 e 77/21.

L’art. 215 stabilisce che la costituzione del CCT è obbligatoria per i lavori di importo pari o superiore alla soglia comunitaria e per le forniture e i servizi di importo pari o superiore a 1 milione di euro.

Apposito **Allegato V.2** reca le disposizioni per la costituzione, anche facoltativa, del CCT.

Si rammenta in ogni caso che **le nuove disposizioni sul CCT si applicano anche ai collegi già costituiti alla data del 1° aprile u.s.**, con conseguente abrogazione della disciplina contenuta all’art. 6, d.l. 76/20 e s.m.i. (v. art. 224, comma 1).

Il CCT esprime pareri o, in assenza di una espressa volontà contraria, adotta determinazioni aventi natura di lodo contrattuale.

L’acquisizione del parere del CCT è obbligatoria nei casi di sospensione, volontaria o coattiva, di lavori, con possibilità di ricorrere allo scorrimento della graduatoria alle condizioni proposte all’operatore economico interpellato (art. 216).

Quando l’acquisizione del parere non è obbligatoria, le determinazioni del CCT assumono natura di lodo contrattuale se le parti, successivamente alla

nomina del Presidente e non oltre il momento dell'insediamento del Collegio, non abbiano diversamente disposto (art. 217).

In ogni caso, l'inosservanza dei pareri o delle determinazioni del CCT è valutata ai fini della responsabilità del soggetto agente per danno erariale e costituisce, salvo prova contraria, grave inadempimento degli obblighi contrattuali. L'osservanza delle determinazioni del CCT è causa di esclusione della responsabilità del soggetto agente per danno erariale, salvo il dolo.

## **Arbitrato**

È ripristinata la possibilità delle parti di compromettere la lite ad un Arbitrato nel corso dell'esecuzione del contratto (art. 213).

Il bando di gara o la lettera di invito può prevedere la clausola compromissoria, rispetto alla quale l'o.e. aggiudicatario può opporsi entro 20 gg. dalla conoscenza dell'aggiudicazione. In tal caso, la clausola non può essere inserita nel contratto.

Il Collegio Arbitrale è nominato dalla Camera Arbitrale istituita presso l'A.N.AC., ai sensi dell'art. 214.

La sede del Collegio Arbitrale è stabilita dalle parti; in mancanza di indicazione ovvero di accordo fra le parti, la sede è stabilita presso la Camera Arbitrale.

La disciplina dei compensi è rimessa all'**Allegato V.1**, secondo cui:

- su proposta del Collegio Arbitrale, la Camera arbitrale determina con apposita delibera il compenso degli arbitri, nei limiti stabiliti con decreto di M.I.T.;
- sono vietati incrementi dei compensi massimi legati alla particolare complessità delle questioni trattate, alle specifiche competenze utilizzate e all'effettivo lavoro svolto;
- il compenso per il Collegio Arbitrale, comprensivo dell'eventuale compenso per il segretario, non può comunque superare l'importo di 100.000 euro.

## **Precontenzioso A.N.AC.**

Il d.lgs. 36/23 prevede una nuova disciplina sul precontenzioso A.N.AC., riaspetto a quella prevista dall'art. 211, d.lgs. 50/16.

Ai sensi dell'art. 220, l'Autorità esprime parere su questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara, entro 30 giorni dalla richiesta effettuata dalla S.A. o da una o più delle altre parti.

In particolare, la norma prevede:

- il superamento della distinzione tra pareri vincolanti e non;
- la possibilità dell'o.e., che abbia richiesto il parere e vi abbia aderito, di impugnarlo esclusivamente per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia e non anche formali;

- l'obbligo per la S.A. che non intenda conformarsi al parere, di comunicare entro 15 gg. le relative motivazioni alle parti interessate e all'A.N.AC., che a sua volta può proporre ricorso contro tale determinazione negativa.

Nel Codice sono inoltre individuati i casi in cui l'A.N.AC. è legittimata ad agire in giudizio. In particolare:

- per l'impugnazione dei bandi, degli altri atti generali e dei provvedimenti relativi a contratti di rilevante impatto, emessi da qualsiasi stazione appaltante, qualora ritenga che essi violino le norme in materia di contratti pubblici (art. 220, comma 2);

- in caso di provvedimenti viziati da gravi violazioni del Codice, laddove la S.A. non si adegui nei termini stabiliti nel parere trasmesso dall'A.N.AC. (art. 220, comma 3).

Da segnalare, infine, che l'A.N.AC., con proprio regolamento, può individuare i casi o le tipologie di provvedimenti, anche relativi alla fase esecutiva, con riferimento ai quali esercita i poteri suddetti.

#### **6) COMPLETAMENTO DEI LAVORI, FORNITURE E SERVIZI IN CASO DI IMPEDIMENTO IMPUTABILE ALL'ESECUTORE**

La norma del Codice modifica la disciplina prevista dall'art. 110 del d.lgs. 50/16. In particolare, l'art. 124, confermando la previsione già contenuta all'art. 5 d.l. 76/20 e valevole fino al 30 giugno 2023 (v. art. 216), prevede adesso che, nel caso di interruzione del rapporto contrattuale con l'appaltatore originario, per una delle cause indicate dalla norma, qualora la S.A. proceda allo "interpello" degli altri soggetti che hanno partecipato alla gara, l'affidamento possa avvenire alle medesime condizioni già proposte dall'originario aggiudicatario in sede di offerta.

**Tuttavia, in deroga a tale previsione, nei documenti di gara le SS.AA. possono prevedere che il nuovo affidamento avvenga alle condizioni proposte dall'operatore economico interpellato.**

#### **7) OPERE DI URBANIZZAZIONE**

Anche il nuovo Codice disciplina le opere di urbanizzazione a scomuto, ponendosi tuttavia in discontinuità rispetto al d.lgs. 50/16.

Prima di approfondire le novità introdotte in materia, è opportuno rammentare che l'art. 16 del d.P.R. 380/01 (T.U. Edilizia) stabilisce che, per il rilascio del "permesso di costruire", il titolare deve corrispondere al Comune un contributo economico, "commisurato all'incidenza degli oneri di urbanizzazione nonché al costo di costruzione": in sintesi, la costruzione di un nuovo edificio comporta un aggravio del carico urbanistico e richiede, dunque, la necessità che il tessuto urbano ove avverrà l'installazione sia implementato attraverso la realizzazione di opere di urbanizzazione, primaria e secondaria, ulteriore rispetto a quelle già esistenti; da qui, la

# *Nomos Appalti*

*Consulenza legale agli Enti Locali*

necessità di corrispondere al Comune una somma di denaro per la realizzazione delle stesse.

In tale prospettiva, il comma 2 dell'art. 16 cit. prevede esplicitamente che *“a scomputo totale o parziale della quota dovuta, il titolare del permesso può obbligarsi a realizzare direttamente le opere di urbanizzazione”*, purché ciò avvenga secondo la disciplina vigente in tema di contratti pubblici.

Il d.lgs. 36/23 si occupa dell'argomento all'art. 13, comma 7, che rinvia all'**Allegato I.12** per le modalità di affidamento delle opere di urbanizzazione.

Detto Allegato è composto da 5 articoli, che deferiscono l'ambito di applicazione e, precisato, le modalità di affidamento delle opere, nonché l'attività di progettazione.

Nella disciplina confluiscono, in sostanza, tutte le disposizioni emanate nel tempo, con l'obiettivo di definire un quadro complessivo dell'istituto.

\*\_\*\_\*\_\*\_\*

Nel restare a disposizione si porgono cordiali saluti.

Avv. Francesco Lilli  
(responsabile del servizio)

