

Rivista mensile - Anno XIII, Numero 3

maggio
2023

MEDIA APPALTI

**Il "grave errore
professionale" nel
Nuovo Codice dei
contratti pubblici**

**I pilastri del nuovo
Codice dei Contratti:
il risultato, la fiducia, la
tutela dell'affidamento
e la conservazione
dell'equilibrio contrattuale**

**La nuova disciplina
dei contratti sottosoglia
nel nuovo codice**



**"Guida
pratica
in materia di
appalti pubblici"**

Registrazione presso il
Tribunale di Trani il 03.02.2011
al numero 3/2011 del Registro
dei giornali e periodici.

Vietato riprodurre anche parzialmente
i contenuti degli articoli pubblicati
senza essere autorizzati dall'editore.

I contributi presenti costituiscono
espressione delle libere opinioni degli
autori, unici responsabili dei loro scritti,
configurandosi quali semplici analisi di studio
liberamente apprezzabili dai lettori.

Sono graditi contributi in materia di
contrattualistica pubblica da inserire nei
prossimi numeri della rivista Mediappalti.
Il materiale potrà essere inviato al seguente
indirizzo e-mail: redazione@mediappalti.it,
corredato da recapito e qualifica professionale

Medi
Graphic



SGQ UNI EN ISO 9001:2015
Certificato n° 2634



approfondimento aggiornamento giurisprudenza informazione consulenza normativa



**Uno strumento utile
per muoversi
nel complesso
e delicato
mondo degli
appalti pubblici**

**maggio
2023**

Sicurezza

Marco percorre quei ponteggi da settimane. L'impresa per la quale lavora ha ottenuto in subappalto la ristrutturazione del cavalcaferrovia. Marco è un operaio esperto. Con oltre vent'anni di esperienza. Un uomo attento. Indossa sempre i dispositivi di sicurezza personali prescritti per lo svolgimento delle proprie mansioni. Rispettoso delle regole. Ligio al dovere. Puntale. Preciso. Puntiglioso. Da qualche tempo sorride un po' meno. Ma esegue sempre a regola d'arte la sua attività. Dispensa consigli ai più giovani. Li redarguisce se non prestano attenzione alla propria sicurezza e a quella dei colleghi. Ma ci sono pensieri che lacerano la sua solita goliardia. Cosa gli accade? Gliene ha parlato a Luca. È annuvolato dal fatto che non gli è stato concesso l'aumento di stipendio che gli avevano promesso. Ne ha bisogno. Un inderogabile bisogno. La nascita del terzo figlio. L'aumento dell'affitto. Il rincaro dei prezzi. La disoccupazione della moglie. È questa situazione che gli ha sopraffatto la mente quando è inciampato ed è caduto. Lo stanno portando in ospedale. Un volo di un paio di metri. Nulla di estremamente grave. Codice 2. Marco è fortunato. Si riprenderà in qualche settimana.

Nei primi tre mesi del 2023 sono state presentate all'INAIL 144.586 denunce di infortunio. 196 i casi di morte. Nei cantieri, nelle fabbriche, nei campi, ovunque si lavori, c'è la concreta probabilità che possa verificarsi un infortunio o che possa insorgere una malattia professionale. Accade nel privato e accade nel pubblico. Accade nella realizzazione di lavori in esecuzione di un appalto pubblico.

Si è discusso tanto di sicurezza sul lavoro tra la fine di aprile e l'inizio di maggio per la quasi coincidenza di due ricorrenze: la Giornata Mondiale della Sicurezza e Salute sul lavoro del 28 aprile e la Festa dei Lavoratori del primo maggio.

"Per abbattere l'intollerabile numero di incidenti sul lavoro e malattie professionali è indispensabile consolidare ulteriormente la sinergia tra istituzioni, parti sociali, lavoratori e imprese" ha affermato il Presidente INAIL Franco Bettoni il 28 aprile. "La sicurezza nei luoghi di lavoro è un diritto, una necessità, assicurarla un dovere inderogabile", ha detto il Presidente della Repubblica Sergio Mattarella alla vigilia delle celebrazioni del primo maggio.

Fin qui i propositi. Poi, c'è la realtà. La fisionomia del tessuto industriale italiano è caratterizzata da imprese piccole e piccolissime. Una frammentazione che gioca a discapito della sicurezza e della dignità del lavoro. Le grandi realtà aziendali puntano sulla notorietà del marchio.

Investono nell'identificazione del proprio nome con valori come la parità di genere, la sicurezza, il salario equo. Si adoperano per certificare il proprio impegno. Per le piccole imprese è diverso. Sono in gran parte estranee a tali logiche, e non riescono a essere garanti di parità, equità, sicurezza. Sono sottoposte a un sistema di controlli e di incombenze che spesso sfuggono alle disposizioni normative. I controlli non sono sufficienti ed efficienti. C'è scarsa disponibilità di ispettori e medici del lavoro.

È proprio su questo sottobosco fatto di micro imprese che si focalizza l'attenzione di chi sostiene che il nuovo Codice degli Appalti non collima con il dovere di diffondere cultura della sicurezza. Il timore che si moltiplichino eventi similari a quello di Marco (personaggio di fantasia di una reale situazione di vita) si sta acuitizzando perché, come ha spiegato il deputato M5S Agostino Santillo, in occasione del forum organizzato dalla Cassa di previdenza dei ragionieri e degli esperti contabili, in nome della celerità delle procedure, si rischia di non di prestare le giuste attenzioni "ai temi dei subappalti e dell'innalzamento delle soglie per gli affidamenti diretti". Per Santillo "affidare direttamente un incarico non significa semplificare la procedura, ma saltare un passaggio fondamentale come quello della gara aperta che può portare alla scelta del miglior rapporto qualità prezzo per l'Ente pubblico". In merito ai subappalti a cascata afferma che si tratta di un sistema con il quale sarà impossibile tutelare i diritti dei lavoratori". Sulla stessa linea il Segretario Generale della Filcams Fabrizio Russo: "Il testo varato dal Governo [...] indebolisce l'impianto normativo complessivo con conseguenze gravi per la tutela del lavoro, della legalità e della salute e sicurezza".

Uno studio dell'European Agency for Safety and Health at Work, ha dimostrato che l'incidenza degli infortuni nelle piccole imprese è dell'82%, del 90% il dato relativo agli incidenti mortali. Chi si oppone ai meccanismi del nuovo codice (allargamento delle soglie e subappalti a cascata), in sostanza, contesta la premialità che va a favore di situazioni poco trasparenti.

Con la scarsa attenzione alla prevenzione dei rischi, sotto accusa anche ritmi estenuanti e bassi salari. Altri fattori che incidono sulla sicurezza. Non è sufficiente il rispetto degli obblighi previsti dal d.lgs. 81/2008 per salvaguardare salute e sicurezza dei lavoratori. Un luogo di lavoro può essere perfettamente in regola e diventare, suo malgrado, teatro di tragedie. La sicurezza sul lavoro si realizza anche con la tutela di un salario dignitoso e con il rispetto di turni e ritmi di lavoro adeguati. Promuovendo serenità nel lavoratore. Spesso l'incidente accade quando non si presta attenzione a quanto si sta facendo. Non inserire il freno a mano al mezzo con il quale si sta

lavorando e finire schiacciati dallo stesso mezzo è la conseguenza di una disattenzione che può essere generata dalla stanchezza, dalla fretta, da un disagio, dal malcontento.

La stanchezza è foriera di distrazioni. L'assillo di una paga non sufficiente germina una frustrazione che può indurre a svolgere con superficialità le proprie mansioni. Era distratto da questo pensiero il nostro Marco quando è inciampato.

L'affidamento diretto o il subappalto non sono per natura nocivi alla salute del lavoratore. Lo sono gli scarsi investimenti delle istituzioni nella fase di controllo. Di controlli sulla sicurezza, sul rispetto dei contratti, sul lavoro sommerso. "Bisogna assumere più ispettori e medici del lavoro" ha dichiarato il Segretario Generale della CISL Luigi Sbarra. Ancora prima della fase dei controlli è la scarsa attenzione che alcune piccole e micro imprese hanno per la formazione, la prevenzione, la tutela dei diritti dei lavoratori che contribuiscono a satollare lo scenario di nefaste previsioni. Perché si possa arrivare a mettere in archivio polemiche e contestazioni in tema di sicurezza sul lavoro e di diritti dei lavoratori, perché dalle pagine di cronaca e da quelle dei necrologi possano sparire i nomi di lavoratrici e lavoratori caduti durante lo svolgimento della propria attività, si deve partire dalla diffusione della cultura della sicurezza.

In tale direzione i propositi dell'INAIL che per voce del Presidente Franco Bettoni afferma: "La cultura della sicurezza è un bene che non deve essere coltivato e alimentato esclusivamente all'interno del perimetro aziendale, ma in ogni ambito di vita. È così che la cultura della sicurezza tende a identificarsi con la cultura del rispetto. Rispetto di sé stessi, degli altri, delle regole, dei doveri, delle responsabilità, dell'ambiente. Per un mondo del lavoro più sicuro e dignitoso, l'attività formativa deve ricoprire, a partire dal mondo della scuola, un ruolo centrale ed essere considerata, oltre che obbligo giuridico, un processo educativo e una misura generale di tutela".

di Enzo De Gennaro

sommario

Editoriale

Sicurezza

4

In evidenza

Il "grave errore professionale" nel Nuovo Codice dei contratti pubblici

7

Sotto la lente

I pilastri del nuovo Codice dei Contratti: il risultato, la fiducia, la tutela dell'affidamento e la conservazione dell'equilibrio contrattuale

15

Hanno collaborato a questo numero:

Avv. Adriana Presti
Avvocato amministrativista, esperto in contrattualistica pubblica

Dott.ssa Alessandra Verde
Referendaria consiliare presso il Consiglio regionale

Avv. Riccardo Gai
Esperto in materia di appalti pubblici

Avv. Giuseppe Totino
Esperto in appalti pubblici

Avv. Emanuela Cersosimo
Esperta in appalti pubblici

Avv. Stefano de Marinis
of Counsel presso Piselli & partners, già vicepresidente FIEC

Dott. Stefano Usai
Vice segretario del Comune di Terralba (Or)

Ing. Pier Luigi Guida
Ingegnere, esperto di project management. Dirigente di società pubblica di rilevanza nazionale del settore trasporti

Avv. Giuseppe Croce
Esperto in appalti pubblici

Direttore Responsabile
dott. Enzo de Gennaro

Comitato di Redazione
avv. Maria Teresa Colamorea
avv. Mariarosaria di Canio
avv. Arcangela Lacerenza
avv. Domenico Manno
avv. Giuseppe Morolla

Responsabile Web
Lorenzo Antonicelli

Editore:
Mediagraphic s.r.l.
Via Palmitessa, 40 - 76121 Barletta
Tel. 0883.527171
Fax 0883.570189
www.mediagraphic.it
info@mediagraphic.it

Il Punto

La dichiarazione di inefficacia del contratto di appalto a seguito dell'annullamento giurisdizionale

24

Il regime transitorio del nuovo Codice dei contratti pubblici. Il particolare regime degli affidamenti di servizi di architettura e ingegneria.

32

La nuova disciplina dei contratti sottosoglia nel nuovo codice

38

Entrata in vigore ed efficacia differita del Decreto legislativo 36/2023 (nuovo Codice dei contratti)

45

Project management e settore pubblico (parte 3)

51

Pareri & Sentenze

59

A Domanda Rispondiamo

66

In pillole

70

Osservatorio sulla Corte dei Conti

Il “grave errore professionale” nel Nuovo Codice dei contratti pubblici

di Adriana Presti

IN
EVIDENZA

Premessa

Il nuovo Codice dei contratti pubblici di cui al D. Lgs. 31 marzo 2023 n. 36 affida al Capo II, che si compone di cinque articoli, la disciplina dell'esclusione degli operatori economici, in luogo della corposa ed articolata disposizione di cui al noto art. 80 del D.Lgs. n. 50/2016.

Sull'art. 80 del D.Lgs. n. 50/2016, infatti, come sottolineato dalla Relazione del Consiglio di Stato agli articoli e agli allegati dello schema del Codice, si è concentrata la maggior parte del contenzioso in materia di contratti pubblici. La suddetta norma, sebbene costruita sulla falsariga del testo dell'art. 57 della direttiva n. 24/2014, non distingueva al proprio interno le cause di esclusione c.d. “obbligatorie” (cioè quelle che trovavano applicazione in via diretta, senza che alla stazione appaltante restasse alcun margine di apprezzamento valutativo sulla sussistenza dei presupposti) rispetto a quelle c.d. “facoltative”.

La *ratio* chiarificatrice che anima il Codice ha determinato la necessità di distinguere le cause di esclusione automatiche da quelle non automatiche. L'originaria disposizione di cui all'articolo 80 è stata di fatto spaccettata e suddivisa, con qualche opportuno correttivo, in cinque distinti articoli, la rubricazione dei quali è innovativa avuto, anzitutto, riguardo alla terminologia utilizzata. In particolare:

- l'articolo 94 individua le “cause di esclusione automatica” al ricorrere delle quali non v'è spazio per alcun margine valutativo della

stazione appaltante; individua altresì i soggetti destinatari di provvedimenti preclusivi idonei a determinare, “per contagio”, l'esclusione dell'operatore economico;

- l'articolo 95 individua le “cause di esclusione non automatica” tra le quali rientra, ex comma 1, lettera e) dell'art. 95, il c.d. “illecito professionale” (nel vecchio codice collocata nel comma 5, lett. c, dell'art. 80), al quale è dedicato l'art. 98 a cui è affidata la disciplina di dettaglio, armonicamente con la espressa prescrizione della lett. n) della legge-delega;
- l'articolo 96 reca la “Disciplina dell'esclusione”, ovvero la procedura comune agli “eventi” che conducono alla esclusione dell'operatore economico; sono stati indicati gli oneri di comunicazione degli eventi idonei a condurre alla esclusione in capo agli operatori economici ed è disciplinato il c.d. “self-cleaning”;
- l'articolo 97 contiene la disciplina specifica che riguarda i raggruppamenti di imprese. A fini sistematici e di chiarificazione è allocata in questa parte del Codice la disciplina della c.d. “sostituzione” od “estromissione” del partecipante al raggruppamento;
- l'articolo 98, infine, disciplina partitamente la fattispecie del c.d. illecito professionale, recependo, nella parte dedicata alla elencazione dei reati, l'indicazione già contenuta nelle Linee Guida ANAC n. 6 approvate dal Consiglio dell'Autorità con la delibera n. 1309 del 28 dicembre 2016 aggiornate al decreto legislativo n. 56 del 19 aprile 2017 con la deliberazione del Consiglio n. 1008 dell'11 ottobre 2017.

1. Analisi della nuova disciplina del grave illecito professionale

L'analisi si concentrerà sulla disposizione di cui all'art. 98 dedicato per l'appunto all'illecito professionale grave. In relazione a tale fattispecie i codificatori hanno preferito, nell'ottica della chiarezza e semplificazione, regolamentare in modo autonomo tale fattispecie non automaticamente escludente.

Mentre, lo si rammenta, nell'impianto del vecchio Codice trova(va) disciplina - assieme alle altre cause facoltative di esclusione - all'interno del comma 5, dell'art. 80, lett. c), alla luce del quale l'esclusione poteva avvenire allorché la stazione appaltante dimostrasse con mezzi adeguati che l'operatore economico si era reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità.

L'articolo 98 individua, quindi, per l'**illecito professionale grave** le fattispecie rilevanti ed i mezzi di prova, chiarendo al contempo la portata e l'estensione dell'obbligo motivazionale del provvedimento di esclusione. La linea seguita è stata quella di elencare le fattispecie che possono condurre alla adozione di una deliberazione motivata di esclusione "non automatica" con l'intento di eliminare gli elementi di incertezza che hanno comportato un contenzioso imponente in materia.

1.1. La perimetrazione soggettiva dell'illecito professionale grave: comma 1 dell'articolo 98

Al primo comma, viene stabilita la regola generale che **l'illecito professionale grave** rileva allorché è compiuto dall'operatore economico offerente, fatto salvo quanto previsto dal comma 3, lettere g) ed h), di cui si dirà meglio a breve.

Nella Relazione illustrativa testé citata, al riguardo, si evidenzia che il comma 1 enuclea una scelta perimetrativa. Le Linee Guida ANAC n. 6 approvate dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 1293 del 16 novembre 2016, aggiornate al decreto legislativo n. 56 del 19 aprile 2017 con

deliberazione del Consiglio n. 1008 dell'11 ottobre 2017 facevano riferimento a tutti i soggetti di cui al comma 3 dell'art. 80 del decreto legislativo n. 50/2016 (disposizione, quest'ultima, riprodotta con modifiche al terzo comma dell'art. 94). A tal proposito le suddette Linee Guida aggiornate recitano, infatti, che "I gravi illeciti professionali assumono rilevanza ai fini dell'esclusione dalla gara quando sono riferiti direttamente all'operatore economico o ai soggetti individuati dall'art. 80, comma 3 e comma 5, del Codice".

Sempre l'ANAC, nel proprio Atto di segnalazione n. 3 del 27 luglio 2022 (delibera n. 370 del 27 luglio 2022), al capo 2.2.2. aveva evidenziato la necessità di una presa di posizione su tale delicata questione del c.d. "contagio" dell'operatore economico da parte della persona fisica.

La fattispecie dell'illecito professionale rilevante, salve le ipotesi delineate al comma 3, lettere g) ed h), non è di norma estesa all'ipotesi di c.d. "contagio" dell'operatore economico da parte della persona fisica.

Al comma 1 si è prevista, **quale regola generale, quella di non estendere la fattispecie dell'illecito professionale rilevante all'ipotesi di c.d. "contagio" dell'operatore economico da parte della persona fisica.**

Da questa perimetrazione esulano i fatti rilevanti ai sensi delle lettere g) ed h) del comma 4.

In sostanza, laddove ci si trovi al cospetto dei reati contemplati dal comma 1 dell'art. 94 (disposizione, quest'ultima, "corrispondente" all'art. 80, comma 1, del decreto legislativo n. 50/2016) e degli altri reati mutuati dalla indicazione contenuta nelle Linee Guida ANAC n. 6 (lett. h del comma 4) è sembrato corretto prevedere la rilevanza del c.d. "contagio" laddove dette fattispecie di reato siano riferibili (non soltanto direttamente all'operatore economico, ma anche) alle figure soggettive contemplate dall'art. 94, comma 3.

Tale scelta è giustificata, quanto alle fattispecie di cui alla lett. g) del comma 4, sia per la rilevante gravità delle condotte ivi contemplate, ma anche perché, proprio con riferimento alle medesime, opinare diversamente avrebbe comportato l'incomprensibile aporia di impedire la valutazione di una possibile causa non automatica di esclusione unicamente a cagione della non definitività della condanna, pur con riferimento a figure professionali per le quali, la stessa fattispecie, ove

sfociata in una sentenza definitiva di condanna, avrebbe comportato la obbligatoria esclusione dell'operatore economico.

Analoghe considerazioni attengono alle fattispecie di cui alla lett. h) del comma 4, riconducibili a fatti di reato del pari gravi in relazione al principio di tutela dell'interesse alla legalità sotteso alla contrattualistica pubblica.

In tutti gli altri casi è stato definitivamente escluso il "contagio" dell'operatore economico da parte della persona fisica.

1.2. Le condizioni di esclusione: il comma 2 dell'articolo 98

Il comma 2 specifica quali siano le condizioni indispensabili perché possa disporsi da parte della stazione appaltante l'esclusione (non automatica) di un operatore economico al verificarsi di un evento tra quelli descritti nei successivi commi, chiarendo la necessità della compresenza delle medesime.

L'esclusione di un operatore economico ai sensi dell'articolo 95, comma 1, lettera e) è disposta e comunicata dalla stazione appaltante quando ricorrono tutte le seguenti condizioni:

- a) elementi sufficienti ad integrare il grave illecito professionale;
- b) idoneità del grave illecito professionale ad incidere sull'affidabilità e integrità dell'operatore;
- c) adeguati mezzi di prova di cui al comma 6.

Ai fini dell'esclusione, devono dunque ricorrere contemporaneamente le tre richiamate condizioni. La portata della norma è innovativa sul piano sistematico, posto che sul piano sostanziale la stessa è riprodotiva del precedente impianto.

La disposizione chiarisce e procedimentalizza, per così dire, l'esercizio del potere discrezionale che la stazione appaltante è chiamata ad esercitare.

Si tratta di una norma che delinea la prospettiva dell'indagine demandata alla stazione appaltante.

Tanto è vero che:

- al successivo comma 3 è demandata la definizione degli **elementi al ricorrere dei quali si può desumere l'illecito professionale grave;**

- i successivi commi 4 e 5 delineano il parametro di gravità della valutazione di affidabilità e integrità dell'operatore;
- il comma 6 indica i mezzi di prova adeguati in relazione agli elementi che possono integrare l'illecito professionale grave di cui al predetto comma 3.

1.3. Elementi che integrano l'illecito professionale grave: comma 3 dell'articolo 98

L'illecito professionale si può desumere al verificarsi di almeno uno dei seguenti elementi:

- a) sanzione esecutiva irrogata dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato o da altra autorità di settore, rilevante in relazione all'oggetto specifico dell'appalto. Sarà, dunque, sufficiente a delineare la condotta professionale illecita, come già chiarito dalla giurisprudenza amministrativa, un provvedimento sanzionatorio non sospeso dall'autorità giurisdizionale;
- b) condotta dell'operatore economico che abbia tentato di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate a proprio vantaggio oppure che abbia fornito, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione;
- c) condotta dell'operatore economico che abbia dimostrato significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione per inadempimento oppure la condanna al risarcimento del danno o altre sanzioni comparabili, derivanti da inadempienze particolarmente gravi o la cui ripetizione sia indice di una persistente carenza professionale. La lettera c), come evidenziato dalla Relazione illustrativa degli articoli del Nuovo Codice, è riprodotiva della lett. c ter) dell'art. 80, comma 5, del D.Lgs. n. 50/2016; dal testo in commento è stata espunta la seguente parte finale della originaria disposizione "su tali circostanze la stazione appaltante motiva anche con riferimento al tempo trascorso dalla violazione e alla gravità della stessa" in quanto previsione generale applicabile ad ogni fattispecie di illecito professionale ai sensi del successivo comma 5 dell'art. 98 in commento.
- d) condotta dell'operatore economico che abbia

commesso grave inadempimento nei confronti di uno o più subappaltatori. La lettera d) è riproduttiva della lett. c quater) dell'art. 80, comma 5, del D.Lgs. n. 50/2016. Come sottolineato nella Relazione illustrativa, la modifica che comporta l'eliminazione dell'inciso "definitivamente accertate" contenuta nell'antevigente disposizione è coincidente in *parte qua* con l'Atto di segnalazione dell'ANAC n. 3 del 27 luglio 2022. È stato pertanto eliminato il riferimento alla definitività dell'accertamento poiché previsione in contrasto con la facoltà in capo alle stazioni appaltanti di valutare la rilevanza ostativa della condotta nelle more dell'accertamento definitivo;

- e) condotta dell'operatore economico che abbia violato il divieto di intestazione fiduciaria di cui all'articolo 17 della legge 19 marzo 1990, n. 55, laddove la violazione non sia stata rimossa.La lettera e) è riproduttiva della lett. h) dell'art. 80, comma 5, del D.Lgs. n. 50/2016: nel testo è stato soppresso il periodo "l'esclusione ha durata di un anno decorrente dall'accertamento definitivo della violazione" per omogeneizzarne la durata al comma 10, lett. c) dell'art. 96 (che riguarda tutte le fattispecie di illecito professionale ex art. 95, comma 1, lettera e). Nella Relazione illustrativa viene sottolineato che sebbene detta disposizione sia stata finora di scarsa o nulla applicazione, i lavori di commissione hanno ritenuto che non sussistessero le condizioni per l'espunzione della stessa; sotto il profilo concettuale sembra indubbio che rientri nel novero delle cause "non automatiche" di esclusione integranti illecito professionale, tenuto conto che già nella formulazione vigente non v'è automaticità espulsiva;
- f) omessa denuncia all'autorità giudiziaria da parte dell'operatore economico persona offesa dei reati previsti e puniti dagli articoli 317 e 629 del codice penale aggravati ai sensi dell'articolo 416-bis.1 del medesimo codice salvo che ricorrano i casi previsti dall'articolo 4, primo comma, della legge 24 novembre 1981, n. 689. Tale circostanza deve emergere dagli indizi a base della richiesta di rinvio a giudizio formulata nei confronti dell'imputato per i reati di cui al primo periodo nell'anno antecedente alla pubblicazione del bando e deve essere comunicata, unitamente alle generalità del soggetto che ha omesso la predetta denuncia, dal procuratore della Repubblica procedente all'ANAC, la quale ne cura la pubblicazione. La lettera f) è riproduttiva della lett. l) dell'art.

80, comma 5, del D.Lgs. n. 50/2016. Sotto il profilo classificatorio sembra indubbio che rientri nel novero delle cause non automatiche di esclusione integranti illecito professionale, fondandosi su una semplice richiesta di rinvio a giudizio;

- g) 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. La lettera g) fa riferimento agli odierni reati comportanti l'esclusione obbligatoria ex art. 94 comma 1, che ripropone, immutata, l'elencazione di cui all'art. 80, comma 1, del D.Lgs. n. 50/2016;
- h) 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:
1. abusivo esercizio di una professione, ai sensi dell'articolo 348 del codice penale;
 2. bancarotta semplice, bancarotta fraudolenta, omessa dichiarazione di beni da comprendere nell'inventario fallimentare o ricorso abusivo al credito, di cui agli articoli 216, 217, 218 e 220 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267;
 3. i reati tributari ai sensi del decreto legislativo 10 marzo 2000, n. 74, i delitti societari di cui agli articoli 2621e seguenti del codice civile o i delitti contro l'industria e il commercio di cui agli articoli da 513 a 517 del codice penale;
 4. 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;
 5. i reati previsti dal decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231.
1. La lett. h) è riproduttiva della elencazione di cui al punto 2.2. delle Linee Guida n. 6 dell'ANAC, approvate dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 1293 del 16 novembre 2016, aggiornate al decreto legislativo n. 56 del 19 aprile 2017 con deliberazione del Consiglio n. 1008 dell'11 ottobre 2017;

1.4. L' idoneità del grave illecito professionale ad incidere sull'affidabilità e integrità dell'operatore: i commi 4 e 5 dell'articolo 98

Il successivo comma 4 dell'articolo 98 prevede i criteri sottesi alla valutazione di gravità. Nella valutazione di gravità si deve tener conto del "bene giuridico" e della entità della lesione inferta dalla condotta integrante uno degli elementi di cui al comma 3 e del tempo trascorso dalla violazione, anche in relazione a modifiche intervenute nel frattempo nell'organizzazione dell'impresa. Il riferimento al "tempo trascorso dalla violazione" assume particolare rilievo soprattutto con riferimento alle fattispecie penalmente rilevanti ed attiene all'an dell'esclusione stessa, tenuto conto che il fattore temporale ha una valenza autonoma ai sensi dell'art. 96 comma 10 del Nuovo Codice.

Il successivo comma 5, avuto riguardo agli obblighi informativi, stabilisce che le dichiarazioni omesse o non veritiere rese nella stessa gara e diverse da

quelle di cui alla lettera b) del comma 3 (e, dunque, diverse da quelle false e fuorvianti) possono essere utilizzate **a supporto** della valutazione di gravità riferita agli elementi di cui al comma 3.

Siffatta precisazione rende dunque esplicito che l'omissione e non veridicità non assistite da "dolo specifico" non integrano causa di esclusione nella gara specifica, in coerenza con quanto disposto al comma 14, ultimo periodo, dell'art. 96;

1.5. I mezzi di prova adeguati in relazione agli elementi che possono integrare l'illecito professionale grave di cui al predetto comma 3: il comma 6 dell'articolo 98

Il comma 6 dell'articolo 98, elenca i mezzi di prova adeguati, in relazione agli elementi potenzialmente integranti l'illecito professionale grave elencati al comma 3. Di seguito, avuto riguardo alla tecnica di tipizzazione prescelta si passano in rassegna i mezzi di prova indicati per ciascun elemento.

	Condotta potenzialmente integrante l'illecito professionale	Mezzo di prova
a)	sanzione esecutiva dell'AGCM o da altra autorità	i provvedimenti sanzionatori esecutivi
b)	Tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della S.A. o di ottenere informazioni riservate a proprio vantaggio oppure l'aver fornito, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione	la presenza di indizi gravi, precisi e concordanti che rendano evidente il ricorrere della situazione escludente
c)	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 inadempimenti particolarmente gravi o la cui ripetizione sia indice di una persistente carenza professionale. l'intervenuta risoluzione per inadempimento o la condanna al risarcimento del danno o ad altre conseguenze comparabili	l'intervenuta risoluzione per inadempimento o la condanna al risarcimento del danno o ad altre conseguenze comparabili
d)	grave inadempimento nei confronti di uno o più subappaltatori	provvedimenti giurisdizionali anche non definitivi

	Condotta potenzialmente integrante l'illecito professionale	Mezzo di prova
e)	violazione il divieto di intestazione fiduciaria di cui all'articolo 17 della L. n. 55/1990	accertamento definitivo della violazione
f)	omessa denuncia all'autorità giudiziaria da parte dell'operatore economico persona offesa dei reati previsti e puniti dagli articoli 317 e 629 del codice penale aggravati ai sensi dell'articolo 416-bis.1 del medesimo codice salvo che ricorrano i casi previsti dall'articolo 4, primo comma, della legge 24 novembre 1981, n. 689. Tale circostanza deve emergere dagli indizi a base della richiesta di rinvio a giudizio formulata nei confronti dell'imputato per i reati di cui al primo periodo nell'anno antecedente alla pubblicazione del bando e deve essere comunicata, unitamente alle generalità del soggetto che ha omesso la predetta denuncia, dal procuratore della Repubblica procedente all'ANAC, la quale ne cura la pubblicazione	gli elementi ivi indicati ovvero dalla 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
g)	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	gli atti di cui all'articolo 407-bis, comma 1, del codice di procedura penale, il decreto che dispone il giudizio ai sensi dell'articolo 429 del codice di procedura penale, o eventuali provvedimenti cautelari reali o personali emessi dal giudice penale, la sentenza di condanna non definitiva, il decreto penale di condanna non irrevocabile, la sentenza non irrevocabile di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale
h)	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: 1. abusivo esercizio di una professione, ai sensi dell'articolo 348 del codice penale; 2. bancarotta semplice, bancarotta fraudolenta, omessa dichiarazione di beni da comprendere nell'inventario fallimentare o ricorso abusivo al credito, di cui agli articoli 216, 217, 218 e 220 del R.D. n. 267/1942; 3. reati tributari ai sensi del D.Lgs. n. 74/2000, i delitti societari di cui agli articoli 2621e seguenti del codice civile o i delitti contro l'industria e il commercio di cui agli articoli da 513 a 517 del codice penale; 4. reati urbanistici di cui all'articolo 44, comma 1, lettere b) e c), D.p.r. n. 380/2021, con riferimento agli affidamenti aventi ad oggetto lavori o servizi di architettura e ingegneria; 5. reati previsti D.Lgs. n. 231/2001.	la sentenza di condanna definitiva, il decreto penale di condanna irrevocabile, la condanna non definitiva, i provvedimenti cautelari reali o personali, ove emessi dal giudice penale

La Relazione illustrativa a tal proposito ha osservato che «si è fatto riferimento ad uno standard probatorio di livello elevato, mutuandosi la indicazione di cui all'art. 273 c.p.p. in punto di adozione di misure cautelari personali o reali (si ricorda che nel primo commento al codice di procedura penale del 1988 del Professore Cordero così era stato presentato il disposto dell'art. 273 c.p.p.: "arie civilistiche spirano nel processo penale"); ciò è sembrato preferibile rispetto ad una partita elencazione che violerebbe il generale principio di libertà della prova.

Quanto allo "spettro" dei soggetti presi in considerazione, si fa riferimento a quanto chiarito nella relazione al comma 1 del presente articolo: soltanto per i fatti di reato rientranti nel perimetro di cui all'art. 94, comma 1, cui fa riferimento la lett. g) del comma 4 e per quelli di cui alla lett. h) del comma 4 del presente articolo (già contenuti nelle Linee Guida dell'ANAC n. 6 che si è ritenuto di "recepire"), è stato previsto il c.d. "contagio" dell'operatore economico da parte dei soggetti di cui al comma 3 dell'art. 94.

Infine, il riferimento contenuto alla lett. a) del comma 6 (che "ribadisce" quello di cui al comma 4, lett. a), al provvedimento sanzionatorio "esecutivo", vale a chiarire la non valutabilità del medesimo ove sospeso nella propria esecutività (e a fortiori, ove annullato, ancorché con sentenza non regiodicata non sospesa)».

1.6. La motivazione del provvedimento di esclusione: i commi 7 e 8 dell'articolo 98

I commi 7 e 8 in esame stabiliscono, in caso di esclusione, un onere di motivazione rafforzato. Ai sensi del comma 7 della disposizione in commento la stazione appaltante valuta i provvedimenti sanzionatori e giurisdizionali di cui al comma 6 **motivando** sulla ritenuta idoneità dei medesimi a incidere sull'affidabilità e sull'integrità dell'offerente. Viene specificato che l'eventuale impugnazione dei medesimi è considerata nell'ambito della valutazione volta a verificare la sussistenza della causa escludente.

Il successivo comma 8 della disposizione, a chiusura, statuisce che il provvedimento di esclusione deve essere motivato in relazione a tutte e tre le condizioni stabilite dal comma 2 ovvero in relazione (i) alla sussistenza di elementi sufficienti

ad integrare il grave illecito professionale; (ii) alla idoneità del grave illecito professionale ad incidere sull'affidabilità e integrità dell'operatore; (iii) alla adeguatezza dei mezzi di prova di cui al predetto comma 6.

La Relazione illustrativa al riguardo evidenzia che il comma 7 è, quindi, volto a precisare l'onere motivazionale che incombe sull'amministrazione allorché desuma la sussistenza di una causa di esclusione da una sentenza di condanna non definitiva ovvero da provvedimenti emessi nel procedimento penale a questa prodromici (atti comportanti l'esercizio dell'azione penale ex art. 405, comma 1, c.p.p., decreto che dispone il giudizio, art. 429 c.p.p.) ovvero di natura cautelare, reale (artt. 136, 321 c.p.p.) o personale (artt. 281-286 c.p.p.; artt. 288-290 c.p.p.). Sul solco della giurisprudenza prevalente, la disposizione chiarisce che la stazione appaltante non può limitarsi a fare riferimento all'esistenza di tali "fatti storici", ma che debba, seppur sinteticamente, dar conto dei motivi per cui li considera rilevanti a fini escludenti; in un sistema costituzionale quale quello italiano, assistito dalla c.d. presunzione di innocenza, ex art. 27 Cost., essa sembra indispensabile.

È evidente che la portata dimostrativa di una sentenza di condanna, ancorché non passata in giudicato, è ben maggiore rispetto ai provvedimenti a questa prodromici, ed a quelli di natura cautelare: in queste ultime ipotesi, soprattutto, più approfondita dovrà essere la valutazione resa dall'Amministrazione ove essa ne tragga elementi per disporre l'esclusione (facoltativa) dell'operatore.

Nell'Atto di segnalazione dell'ANAC n. 3 del 27 luglio 2022 si era fatta presente l'opportunità di "chiarire la rilevanza delle violazioni non definitivamente accertate e introdurre la possibilità di graduare in misura proporzionale sia le conseguenze delle condotte che l'obbligo di motivazione posto a carico della stazione appaltante in relazione alle scelte adottate".

La Commissione ha ritenuto di non "graduare" l'obbligo motivazionale (che incombe sempre sull'amministrazione nel cui interesse è bandita la gara ove si pronunci sulla ricorrenza di una causa di esclusione "non automatica") né le conseguenze delle condotte; quanto a tale ultimo profilo, si sarebbe rischiato di introdurre elementi di incertezza sulla durata del possibile periodo di esclusione (al quale si è invece voluto "imprimere"

un assetto di certezza, in termini di inizio della decorrenza e sua durata); quanto all'obbligo di motivazione, esso in realtà non è ricollegabile alla non definitività dell'accertamento, ma ai parametri di cui al comma 2 ed alla portata dimostrativa degli atti valutati.

2. Conclusioni

La disposizione in commento ha dei sicuri pregi in termini di maggiore certezza e chiarezza.

La elencazione delle ipotesi di esclusione non automatiche connesse all'illecito professionale grave e dei mezzi di prova adeguati segue una logica sistematica di sicuro valore.

Pur trattandosi di una causa non automatica di esclusione, sono state efficacemente tracciate le coordinate del potere discrezionale rimesso alla stazione appaltante.

Si è quantomeno tentato di schematizzare il procedimento valutativo che deve condurre alla sanzione espulsiva.

In un'ottica di massima chiarezza sarebbe stato auspicabile una trattazione maggiormente composita della disciplina degli oneri informativi e delle connesse omissioni nonché delle dichiarazioni non veritiere, dato che la trattazione dei suddetti temi, oltre che all'interno dell'articolo 98, la si rinviene, altresì, nei commi 12, 14 e 15 dell'art. 96 e nell'art. 94, comma 5, lettera e) ed f).

I pilastri del nuovo Codice dei Contratti: il risultato, la fiducia, la tutela dell'affidamento e la conservazione dell'equilibrio contrattuale

di Alessandra Verde

SOTTO
LA
LENTE

1. Inquadramento generale

Il nuovo Codice dei contratti pubblici, le cui disposizioni acquisteranno efficacia dal prossimo 1° luglio, presenta già nella sua struttura importanti elementi di rottura rispetto al passato. Diviso in Libri, in Parti e Titoli come si conviene ad un vero codice - inteso come *corpus* unico di norme regolatrici di una data materia - presenta sin dai primi articoli una importante novità rispetto all'ormai "vecchio" d.lgs. n. 50/2016: le prime dodici disposizioni sono dedicate ai principi generali, cioè a quei principi ispiratori della materia applicabili anche al di là dell'ambito del Codice medesimo ovvero, per analogia, anche a materie affini, considerata la loro portata generale. Si è quindi abbandonata - finalmente - la cattiva abitudine di derivazione comunitaria di iniziare il dettato normativo con

un interminabile elenco di definizioni e con altre disposizioni non tutte di portata generale, che rendono il testo privo di sistematicità e di difficile lettura.

Il nuovo Codice dei contratti pubblici - il D. Lgs. n. 36/2023 - entrato in vigore lo scorso 1° aprile ma che acquisterà efficacia dal prossimo 1° luglio, contiene nella sua parte iniziale un insieme di principi generali, alcuni dei quali di portata innovativa, come ad esempio il principio del risultato e il principio della fiducia.



Tra i principi generali con cui si apre il D. Lgs. n. 36/2023, ve ne sono alcuni particolarmente innovativi - nel nome e, talvolta, anche nel contenuto: tra questi, il principio del risultato e quello della fiducia. Altri sono già noti e ampiamente disciplinati anche nel vecchio Codice, quali il principio della concorrenza, dell'accesso al mercato, ecc., riproposti ovviamente nel nuovo Decreto, trattandosi di principi sanciti nelle direttive comunitarie, costituenti da anni il fondamento della contrattualistica pubblica.

Senza alcuna pretesa di completezza, esamineremo adesso, uno per uno, i principi più rilevanti o di portata maggiormente innovativa.

2. Il principio del risultato

Come sopra accennato, il primo articolo del D. Lgs. n. 36/2023 è dedicato ad un principio fondamentale, che permea di sé l'intero impianto normativo e che esprime lo spirito "goals oriented", cioè "orientato all'obiettivo", che caratterizza il nuovo Codice: si tratta del principio del risultato. Da un lato, esso richiama i principi fondamentali su cui si deve fondare l'azione amministrativa, ovvero l'efficacia, l'efficienza e l'economicità, ben noti a tutti gli operatori del settore pubblico in quanto espressione del buon andamento della pubblica amministrazione sancito dall'art. 97 della Costituzione, come peraltro espressamente precisato al comma 3 della disposizione in esame. Dall'altro però, tale principio è declinato in modo da porre il raggiungimento del risultato come fine fondamentale al quale gli altri principi diventano funzionali.

L'art. 1 infatti così recita testualmente: <<1. Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti perseguono il risultato dell'affidamento del contratto e della sua esecuzione con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo, nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza.

2. La concorrenza tra gli operatori economici è funzionale a conseguire il miglior risultato possibile nell'affidare ed eseguire i contratti. La trasparenza è funzionale alla massima semplicità e celerità nella corretta applicazione delle regole del presente decreto, di seguito denominato «codice» e ne assicura la piena verificabilità.

3. Il principio del risultato costituisce attuazione, nel settore dei contratti pubblici, del principio del buon andamento e dei correlati principi di efficienza, efficacia ed economicità. Esso è perseguito nell'interesse della comunità e per il raggiungimento degli obiettivi dell'Unione europea.

4. Il principio del risultato costituisce criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto, nonché per:

a) valutare la responsabilità del personale che svolge funzioni amministrative o tecniche nelle fasi di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione dei contratti;

b) attribuire gli incentivi secondo le modalità previste dalla contrattazione collettiva>>.

Il risultato cui le stazioni appaltanti devono mirare è l'affidamento e la realizzazione di

commesse pubbliche di qualità, al miglior prezzo possibile - stante la qualità attesa - e nel minor tempo possibile. Tale risultato - che riguarda espressamente sia la fase della gara che quella della successiva esecuzione - è prioritario rispetto a tutti gli altri principi, fatto salvo ovviamente il necessario rispetto del principio (*rectius* obbligo) di legalità e dei principi di trasparenza e concorrenza che, tuttavia, sono funzionali a quello del risultato.

Ciò significa anche che ciò che conta non è (soltanto) l'espletamento di una gara ineccepibile e rispettosa delle tempistiche imposte ma anche - e soprattutto - l'individuazione di un contraente in grado di eseguire la commessa a regola d'arte e nei tempi stabiliti.

Come detto, poi, i principi di concorrenza e di trasparenza non sono più da intendersi come fini a loro stessi ma strumentali rispetto al raggiungimento del risultato. La trasparenza infatti è funzionale alla massima semplicità e celerità nella corretta applicazione delle regole del Codice e ne assicura la piena verificabilità, intesa come responsabilità dinanzi alla collettività per i risultati conseguiti (la c.d. *accountability*).

La concorrenza invece è funzionale al conseguimento del miglior risultato possibile nell'affidare ed eseguire i contratti, cioè nello scegliere il contraente migliore, che garantisca l'esecuzione delle prestazioni richieste con il miglior rapporto qualità/prezzo possibile e nel minor tempo, in una parola, nel conseguire un risultato "virtuoso", che soddisfi gli interessi della collettività e contribuisca al raggiungimento degli obiettivi dell'Unione europea.

A differenza di quanto accadeva nel vecchio Codice, nel quale la concorrenza tra gli operatori economici e la correlata massima apertura al mercato appariva come un principio fondamentale in sé e per sé, quasi slegato rispetto agli obiettivi di realizzazione di opere o servizi pubblici che le stazioni appaltanti si proponevano, nella nuova visione esso, essendo strumentale al conseguimento del risultato, si pone in una posizione per così dire subalterna o, quantomeno, non di primazia assoluta.

Di notevole portata è il comma 4, nel quale è sancito che il principio del risultato sia il criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto.

Ciò significa che i funzionari devono applicare le norme avendo come punto di riferimento, sopra ogni altra cosa, l'esigenza di raggiungere il risultato prefissato. La regola del caso concreto è, di fatto, il provvedimento amministrativo che viene adottato. Le scelte discrezionali o le valutazioni tecniche che gli operatori delle stazioni appaltanti si troveranno a compiere dovranno essere guidate da tale principio e lette a posteriori alla luce di questo criterio. In altri termini, se i parametri di valutazione inseriti in un disciplinare di gara, ad esempio, o le valutazioni tecniche fatte per la verifica dell'anomalia di un'offerta hanno consentito il raggiungimento di un buon risultato, in assenza di palesi irragionevolezza o abnormità, esse non potranno essere sindacate da un giudice perché saranno state correttamente improntate al criterio prioritario del "goals oriented".

Il nuovo Codice ha in realtà conferito un'aura di ufficialità ad un principio consolidato in giurisprudenza¹ per cui le scelte operate discrezionalmente dalla pubblica amministrazione sono insindacabili dal giudice salvo che siano viziate da irragionevolezza o abnormità.

I funzionari che agiscono conseguendo il risultato prefissato (in termini di commesse eseguite con la qualità, nei tempi e con i costi migliori possibili) devono essere, da un lato, adeguatamente incentivati e dall'altro, essere valutati, in caso di eventuali rilievi in termini di responsabilità amministrativa, alla luce dell'avvenuto conseguimento del risultato che dovrebbe, salvo il caso di illiceità o palesi atti di negligenza o imperizia, per ciò stesso mandarli esenti da responsabilità.

Coerentemente con la primazia del principio del risultato, il Codice rende obbligatorie - e non più facoltative - le procedure più snelle e rapide,

laddove ne sussistano le condizioni. Infatti, nel sottosoglia il Codice prevede quale procedura obbligata le procedure semplificate (affidamenti diretti e procedure negoziate) e non consente, salvo alcune eccezioni, che la stazione appaltante possa, se vuole, ricorrere a procedure ordinarie.

3. Il principio della fiducia

Strettamente connesso al principio del risultato, da leggere e interpretare unitamente a questo, è il principio della fiducia, disciplinato dall'art. 2, questo sì davvero innovativo in quanto espressione di un cambio di mentalità rispetto al passato.

Il vecchio Codice conteneva numerose norme anticorruzione e tale peculiarità ha fatto sì che nella collettività si sviluppasse nel tempo un diffuso sospetto che poneva in dubbio la rettitudine e l'onestà degli operatori delle stazioni appaltanti. D'altro canto, tra questi ultimi si è specularmente creato un clima di terrore, di paura ad agire a causa dei rischi di responsabilità amministrativa o erariale in cui si poteva facilmente incorrere.

Il nuovo Codice mira a dare un colpo di spugna alla passata impostazione e a superare la "paura della firma" e la "burocrazia difensiva", fonti di inefficienza e immobilismo, come le cronache degli ultimi anni hanno purtroppo dimostrato. Lo scopo è quello di dar vita, al contrario, ad una pubblica amministrazione dinamica ed efficiente che sia un volano e non più un ostacolo al rilancio economico del Paese.

Il principio della fiducia deve intendersi sia nel senso che l'ordinamento ha fiducia nei confronti degli organi cui è attribuito il potere discrezionale di amministrare sia nel senso che ci debba essere reciproca fiducia tra

Il principio del risultato è prioritario rispetto a tutti gli altri principi e stabilisce che le stazioni appaltanti devono avere quale obiettivo l'affidamento e la realizzazione di commesse pubbliche di qualità, al miglior prezzo possibile e nel minor tempo possibile. La trasparenza e la concorrenza "degradano" a principi strumentali rispetto al principio del risultato.



1. Cons. Stato, sez. IV, sentenza n. 601/1999.

pubblica amministrazione e operatori economici.

L'art. 2, ai commi 1 e 2, infatti così recita: <<1. L'attribuzione e l'esercizio del potere nel settore dei contratti pubblici si fonda sul principio della reciproca fiducia nell'azione legittima, trasparente e corretta dell'amministrazione, dei suoi funzionari e degli operatori economici.

2. Il principio della fiducia favorisce e valorizza l'iniziativa e l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici, con particolare riferimento alle valutazioni e alle scelte per l'acquisizione e l'esecuzione delle prestazioni secondo il principio del risultato (...)>>.

Il comma 2 in particolare mira proprio a incentivare l'agire dei funzionari e la loro autonomia decisionale, quasi a volerli rassicurare nel compimento delle scelte discrezionali o valutazioni tecniche. E' come dire che il loro agire non sarà più interpretato con sospetto o con l'intento di trovare un colpevole ma sarà letto alla luce del risultato conseguito. Fondamentale per questo "cambio di passo" è il comma 3 dell'art. 2 che prevede: <<3. Nell'ambito delle attività svolte nelle fasi di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione dei contratti, ai fini della responsabilità amministrativa costituisce colpa grave la violazione di norme di diritto e degli auto-vincoli amministrativi, nonché la **palese** violazione di regole di prudenza, perizia e diligenza e l'omissione delle cautele, verifiche ed informazioni preventive **normalmente** richieste nell'attività amministrativa, **in quanto esigibili** nei confronti dell'agente pubblico **in base alle specifiche competenze e in relazione al caso concreto**. Non costituisce colpa grave la violazione o l'omissione determinata dal riferimento a indirizzi giurisprudenziali prevalenti o a pareri delle autorità competenti>>.

La disposizione in esame infatti attenua notevolmente l'ambito di applicazione della responsabilità amministrativa dei funzionari. Nel vecchio Codice la responsabilità del RUP era una

responsabilità di posizione, quasi oggettiva. Adesso invece egli, così come tutti gli altri funzionari che si occuperanno delle varie fasi della realizzazione delle commesse pubbliche (programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione), risponderà solo per colpa grave (oltre che, ovviamente, per dolo) laddove, tuttavia, la nozione di colpa grave subisce un ridimensionamento.

Per colpa grave, infatti, ora si intende la frontale violazione di norme di diritto o di norme scaturenti dall'auto-vincolo che la stazione appaltante si è posta mediante la *lex specialis* di gara o regolamenti interni, nonché i casi di palese sciatteria o evidente negligenza o imperizia. E la diligenza richiesta è misurata in modo più circoscritto rispetto a prima perché si fa riferimento alla competenza e conoscenza **normalmente** richieste nell'attività amministrativa, **in quanto esigibili** in base alle specifiche competenze e in relazione al caso concreto.

Il concetto di esigibilità, di derivazione comunitaria, comporta che un agente pubblico risponda solo di ciò che, date le circostanze concrete, si poteva pretendere da lui. Eventuali carenze di organico o una cattiva organizzazione dell'ufficio, ad esempio, possono senza dubbio mandarlo esente da responsabilità.

In quest'ottica di maggior tutela per i funzionari pubblici, il comma in esame conclude precisando che non costituisce colpa grave la violazione o l'omissione fondata su indirizzi giurisprudenziali prevalenti o su pareri conformi delle autorità competenti (ad esempio i pareri dell'ANAC o del MIT).

Ciò significa che, con il nuovo Codice, nei casi in cui la stazione appaltante sarà chiamata a risarcire i danni, non si attiverà in modo pressoché automatico, come è successo fino ad ora, l'azione di responsabilità amministrativa a carico del RUP. Se l'errore commesso dipende da una "colpa di

Un principio particolarmente innovativo è il principio della fiducia, con il quale il legislatore mira a superare la "paura della firma" e la "burocrazia difensiva", fonti di inefficienza e immobilismo, e a dar vita ad una pubblica amministrazione dinamica ed efficiente che faccia da volano e non più da ostacolo al rilancio economico del Paese.



apparato”, ovvero dal fatto che l’organizzazione della stazione appaltante non fosse adeguata o vi fossero gravi carenze di organico, il RUP non sarà più chiamato a risponderne.

L’esplicitazione normativa del principio in esame mira quindi a scongiurare l’inerzia, valorizza le capacità e orienta verso il rispetto della legalità sostanziale, tutelando la discrezionalità amministrativa delle stazioni appaltanti, coerentemente con la nuova versione dell’abuso di ufficio che, a seguito della riformulazione avutasi con il D.L. n. 76/2020, non si configura più in presenza dell’esercizio di un potere discrezionale.

Ancora, sempre per incentivare l’agire sereno e produttivo degli operatori delle stazioni appaltanti, il comma 4 prevede che <<per promuovere la fiducia nell’azione legittima, trasparente e corretta dell’amministrazione, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti adottano azioni per la copertura assicurativa dei rischi per il personale, nonché per riqualificare le stazioni appaltanti e per rafforzare e dare valore alle capacità professionali dei dipendenti>> anche mediante adeguati piani di formazione.

Il principio della fiducia ispira e orienta le modifiche apportate ad alcuni istituti importanti del Codice, quali ad esempio il conflitto di interessi, per cui si richiede che chi invoca il conflitto di interessi ne dia prova, allegando i presupposti specifici ed eventualmente adeguata documentazione, in coerenza, appunto, con il principio di fiducia.

4. Il principio dell’accesso al mercato e il criterio interpretativo e applicativo

L’art. 3 del D.Lgs. n. 36/2023 sancisce invece un principio ben noto e consolidato già nel vecchio Codice, ossia l’accesso al mercato, secondo cui <<le stazioni appaltanti e gli enti concedenti favoriscono, secondo le modalità indicate dal codice, l’accesso al mercato degli operatori economici

L’art. 4 del nuovo Codice prevede che <<le disposizioni del codice si interpretano e si applicano in base ai principi di cui agli articoli 1, 2 e 3>> ovvero in base ai principi del risultato, della fiducia e dell’accesso al mercato. Ciò comporta che tali principi innovativi assurgono al ruolo di principi fondamentali, di criteri guida dell’intero articolato codicistico.



nel rispetto dei principi di concorrenza, di imparzialità, di non discriminazione, di pubblicità e trasparenza, di proporzionalità>>.

Niente di nuovo sotto il sole, trattandosi di principi di derivazione comunitaria assolutamente interiorizzati ormai dalla pubblica amministrazione e dagli operatori del settore. Può affermarsi che il legislatore abbia voluto funzionalizzare i tradizionali principi di concorrenza, di imparzialità, di non discriminazione, di pubblicità e trasparenza, di proporzionalità all’accesso

al mercato degli operatori e alla loro effettiva partecipazione.

Più interessante, forse, è l’art. 4, rubricato <<Criterio interpretativo e applicativo>>, il quale prevede che <<le disposizioni del codice si interpretano e si applicano in base ai principi di cui agli articoli 1, 2 e 3>> ovvero in base ai principi del risultato, della fiducia e dell’accesso al mercato, i quali evidentemente, agli occhi del legislatore assurgono a principi fondamentali, criteri guida dell’intero articolato codicistico, sia in fase applicativa da parte dei funzionari che in fase interpretativa da parte dei giudici.

Come ha avuto modo di schematizzare l’ANAC nel suo interessante lavoro di sintesi delle principali novità del nuovo Codice mediante Schede pubblicate sul sito istituzionale dell’Autorità, <<nel dubbio, la soluzione ermeneutica da privilegiare è quella che sia funzionale a realizzare il risultato amministrativo, che sia coerente con la fiducia nell’amministrazione, nei suoi funzionari e negli operatori economici e che permetta di favorire il più ampio accesso al mercato degli operatori economici>>.

In altre parole, la spinta del legislatore è ad esercitare l’azione discrezionale con serenità e dinamismo, senza formalismi ed inutili inerzie.

5. I principi di buona fede e di tutela dell'affidamento

Per quanto ben noti all'ordinamento civilistico, i principi di buona fede e di tutela dell'affidamento sanciti dall'art. 5 del nuovo Codice acquistano un sapore di novità una volta inseriti in modo esplicito nella disciplina della contrattualistica pubblica².

L'art. 5 infatti prevede che <<1. Nella procedura di gara le stazioni appaltanti, gli enti concedenti e gli operatori economici si comportano reciprocamente nel rispetto dei principi di buona fede e di tutela dell'affidamento.

2. Nell'ambito del procedimento di gara, anche prima dell'aggiudicazione, sussiste un affidamento dell'operatore economico sul legittimo esercizio del potere e sulla conformità del comportamento amministrativo al principio di buona fede.

3. In caso di aggiudicazione annullata su ricorso di terzi o in autotutela, l'affidamento non si considera incolpevole se l'illegittimità è agevolmente rilevabile in base alla diligenza professionale richiesta ai concorrenti. Nei casi in cui non spetta l'aggiudicazione, il danno da lesione dell'affidamento è limitato ai pregiudizi economici effettivamente subiti e provati, derivanti dall'interferenza del comportamento scorretto sulle scelte contrattuali dell'operatore economico.

4. Ai fini dell'azione di rivalsa della stazione appaltante o dell'ente concedente condannati al risarcimento del danno a favore del terzo pretermesso, resta ferma la concorrente responsabilità dell'operatore economico che ha conseguito l'aggiudicazione illegittima con un comportamento illecito>>.

Il concetto di buona fede rileva nel corso del procedimento di gara, durante il quale i concorrenti sono tutti sullo stesso piano, fino all'aggiudicazione.

Da tale momento, invece, in capo all'aggiudicatario sorge un legittimo affidamento sul fatto che egli eseguirà la commessa.

In generale, i principi sopra menzionati devono essere intesi nel senso che tutte le parti in gioco – concorrenti e stazione appaltante – sono sullo stesso piano e sono tenute a rispettare le regole e ad agire secondo reciproca buona fede e correttezza. Ciò significa, ad esempio, che in caso di procedura illegittima, se l'illegittimità era facilmente rilevabile dai concorrenti con la diligenza normalmente esigibile da essi, questi non sono incolpevoli e il loro affidamento sul legittimo esercizio del potere da parte della stazione appaltante non può essere considerato legittimo.

Da ciò deriva anche un ridimensionamento, a tutela dell'amministrazione, della portata del danno da lesione, come circoscritto dal comma 3, limitato, per i concorrenti cui non spetta l'aggiudicazione, ai costi inutilmente sostenuti per partecipare alla gara e alla c.d. perdita di *chance* contrattuale alternativa.

Da unadecina di anni si è formato in Italia un orientamento giurisprudenziale secondo cui, in caso di aggiudicazione illegittima cui segue la risoluzione del contratto, non solo la seconda classificata ricorrente ha diritto al risarcimento del danno in via specifica o per equivalente, ma anche la contraente in forza

dell'aggiudicazione illegittima può chiedere i danni per non aver potuto proseguire nell'esecuzione della commessa.

L'art. 5 in esame e, in particolare il suo comma 4, chiariscono che l'aggiudicatario non potrà certamente chiedere i danni laddove egli stesso avrebbe dovuto rendersi conto dell'illegittimità e, anzi, sussiste una sua precisa responsabilità,

Il nuovo Codice ha espressamente previsto l'applicazione, nella procedura di gara e nella fase successiva all'aggiudicazione, dei principi di buona fede e di tutela dell'affidamento, ponendo le parti in gioco tutte sullo stesso piano e circoscrivendo la portata del "danno da lesione dell'affidamento" risarcibile.



2. In realtà, in tale disposizione sono stati codificati alcuni principi di derivazione giurisprudenziale, formulati dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con la sentenza n. 2 del 2017.

per cui potrà essere chiamato a risarcire i danni in concorso con la stazione appaltante, laddove l'illegittimità della procedura derivi da un suo comportamento illecito (si pensi ad esempio ad una omissione dichiarativa).

6. Il principio di autonomia contrattuale e il divieto di prestazioni d'opera intellettuale a titolo gratuito

Degno di nota è poi l'art. 8 sull'autonomia contrattuale, inserito nel Codice per risolvere una volta per tutte la *querelle* sull'ammissibilità o meno della gratuità degli appalti.

La disposizione in esame prevede infatti al comma 1 che <<nel perseguire le proprie finalità istituzionali le pubbliche amministrazioni sono dotate di autonomia contrattuale e possono concludere qualsiasi contratto, **anche gratuito**, salvi i divieti espressamente previsti dal codice e da altre disposizioni di legge>>.

Tuttavia, al comma 2 si precisa che <<le prestazioni d'opera intellettuale **non possono essere rese dai professionisti gratuitamente**, salvo che in casi eccezionali e previa adeguata motivazione. Salvo i predetti casi eccezionali, la pubblica amministrazione garantisce comunque l'applicazione del principio **dell'equo compenso**>>.

Le prestazioni d'opera intellettuale, concluse ai sensi dell'art. 2229 Cod. civ. e seguenti, non possono essere gratuite, salvo casi eccezionali. Laddove si tratti di appalti di servizi (ad esempio servizi di ingegneria o architettura) è anche possibile che non sia previsto un corrispettivo ma ciò non toglie che si tratti comunque di contratti a titolo oneroso, quando, ad esempio, l'aggiudicarsi la commessa comporti comunque un vantaggio patrimonialmente rilevante quali la pubblicità o il miglioramento del *curriculum*. In questi casi è comunque necessario espletare una gara, cioè garantire il confronto competitivo tra gli aspiranti affidatari.

Il comma 3 dell'art. 8 concerne invece le donazioni e stabilisce che <<le pubbliche amministrazioni possono ricevere per donazione beni o prestazioni rispondenti all'interesse pubblico senza obbligo di gara. Restano ferme le disposizioni del codice

civile in materia di forma, revocazione e azione di riduzione delle donazioni>>.

Ciò significa che una pubblica amministrazione può accettare una donazione senza espletare una gara soltanto se il donante sia animato da spirito di liberalità e non persegua in alcun modo un qualche interesse economico, anche indiretto.

Inoltre - ed è l'aspetto fondamentale - la donazione può essere accettata solo se risponde ad un interesse pubblico, altrimenti l'amministrazione donataria può e deve rifiutarla.

7. Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale

Un altro principio particolarmente innovativo è quello introdotto dall'art. 9. Il principio della conservazione dell'equilibrio contrattuale va infatti in controtendenza rispetto alla tradizionale impostazione del vecchio Codice fondata sull'immodificabilità del contraente e del contratto. Complici la diversa tendenza di altri Paesi europei in questo ambito, l'eccessiva durata delle procedure di gara che hanno reso sempre più difficile mantenere ferme le offerte per lunghi lassi di tempo, la pandemia, la guerra e la conseguente gravissima crisi economica in cui l'Europa e in particolare l'Italia versano da qualche anno, ci si è resi evidentemente conto che tale rigida impostazione andava in qualche modo temperata. Da ciò è divenuto generale il principio contrario, ossia il fatto che, fatta salva la normale alea che il contraente di una commessa pubblica deve assumersi, come d'altronde accade anche nei contratti tra privati, non si può pretendere che il sinallagma contrattuale sia totalmente sbilanciato a favore di una parte. Soprattutto è inaccettabile che tale parte sia la pubblica amministrazione che non può - come è ovvio - che comportarsi secondo buona fede e correttezza e non può trarre un indebito arricchimento dagli appalti pubblici.

Per tali ragioni, l'art. 9 intanto stabilisce che è ammessa in linea generale la possibilità di rinegoziare le condizioni economiche di un contratto pubblico laddove sia venuto meno l'originario equilibrio contrattuale.

Le modalità ordinarie per ripristinare tale equilibrio è l'applicazione degli artt. 60 e 120, che disciplinano,

rispettivamente, le clausole di revisione dei prezzi - che nel nuovo Codice diventa obbligatorio inserire negli atti di gara - e le modifiche al contratto, sulla falsariga di quanto previsto dall'art. 106 del D. Lgs. n. 50/2016.

Per quanto attiene alla revisione prezzi, essa si attiva al verificarsi di condizioni oggettive, che comportino una fluttuazione dei prezzi superiore al 5 per cento.

La revisione tuttavia opererà nella misura massima dell'80 per cento della variazione, cosicché a carico del contraente resterà un'alea del 20 per cento, quale rischio di impresa.

Per quanto riguarda le modifiche contrattuali disciplinate dall'art. 120, esse rispecchiano grosso modo le categorie già note nel vecchio Codice, con una importante novità.

Il comma 8 dell'art. 120 stabilisce che <<il contratto è sempre modificabile ai sensi dell'articolo 9 e nel rispetto delle clausole di rinegoziazione contenute nel contratto. Nel caso in cui queste non siano previste, la richiesta di rinegoziazione va avanzata senza ritardo e non giustifica, di per sé, la sospensione dell'esecuzione del contratto.

Il RUP provvede a formulare la proposta di un nuovo accordo entro un termine non superiore a tre mesi. Nel caso in cui non si pervenga al nuovo accordo entro un termine ragionevole, la parte svantaggiata può agire in giudizio per ottenere l'adeguamento del contratto all'equilibrio originario, salva la responsabilità per la violazione dell'obbligo di rinegoziazione>>. Si tratta pertanto di un diritto alla rinegoziazione azionabile dinanzi al giudice.

Al di là delle ipotesi "fisiologiche" di revisione prezzi o di modifiche al contratto, l'art. 9 introduce un'importante clausola di salvaguardia riservata alle ipotesi assolutamente eccezionali e straordinarie (la guerra, la pandemia e altre catastrofi ne sono un chiaro esempio), in presenza

delle quali è sempre ammessa la rinegoziazione a favore della parte svantaggiata.

Il comma 1 dell'art. 9 infatti prevede che <<se sopravvengono circostanze **straordinarie e imprevedibili, estranee alla normale alea**, all'ordinaria fluttuazione economica e al rischio di mercato e tali da alterare in maniera rilevante l'equilibrio originario del contratto, la parte svantaggiata, che **non abbia volontariamente assunto il relativo rischio**, ha diritto alla rinegoziazione **secondo buona fede** delle condizioni contrattuali. Gli oneri per la rinegoziazione sono riconosciuti all'esecutore a valere sulle somme a disposizione indicate nel quadro economico dell'intervento, alle voci imprevisi e accantonamenti e, se necessario, anche utilizzando le economie da ribasso d'asta>>. Si tratta tuttavia di una norma di carattere eccezionale, da applicarsi perciò in maniera restrittiva.

Le condizioni perché essa si applichi sono: che si siano verificati eventi straordinari e imprevedibili;

che la parte pregiudicata da tali eventi non abbia volontariamente assunto il rischio che essi si verificassero e infine che tali eventi determinino una alterazione rilevante dell'originario equilibrio del contratto non riconducibile alla normale alea, all'ordinaria fluttuazione economica e al rischio di mercato.

Inoltre la stessa disposizione prosegue precisando che <<la rinegoziazione si limita al ripristino dell'originario equilibrio del contratto oggetto dell'affidamento, quale risultante dal bando e dal provvedimento di aggiudicazione, **senza alterarne la sostanza**

economica>> e che <<se le circostanze sopravvenute di cui al comma 1 rendono la prestazione, in parte o temporaneamente, inutile o inutilizzabile per uno dei contraenti, questi ha diritto a una riduzione proporzionale del corrispettivo, secondo le regole dell'impossibilità parziale>>.

Il principio della conservazione dell'equilibrio contrattuale va in controtendenza rispetto alla tradizionale impostazione del vecchio Codice fondata sull'immodificabilità del contraente e del contratto. Ora è ammessa in linea generale la possibilità di rinegoziare le condizioni economiche di un contratto pubblico laddove sia venuto meno l'originario equilibrio.



8. Il principio di tassatività delle cause di esclusione

Tra i principi generali sanciti dal Titolo I della Parte I del Libro I, non tutti esaminati nel presente contributo per ragioni di sintesi, merita infine un accenno il principio di tassatività delle cause di esclusione.

Si tratta in realtà di un principio ormai consolidato a livello giurisprudenziale, che il legislatore ha opportunamente ritenuto di cristallizzare in questa sede.

Il comma 2 dell'art. 10 stabilisce infatti che <<le cause di esclusione di cui agli articoli 94 e 95 sono tassative e integrano di diritto i bandi e le lettere di invito; le clausole che prevedono cause ulteriori di esclusione sono nulle e si considerano non apposte>>.

Viene quindi finalmente codificato il principio della tassatività delle cause di esclusione previste dal Codice (la cui casistica è tuttavia sempre modificabile da parte del legislatore) e dell'eterointegrazione della *lex specialis*, per cui, se il bando non le prevede espressamente, non è necessaria una sua modifica perché esse operano di diritto.

D'altro canto, i principi di tassatività e di eterointegrazione trovano un contrappeso nel principio dell'affidamento e della buona fede, per cui se è la stazione appaltante, per un suo errore o imprecisione, a indurre in errore un concorrente, questi deve essere messo nelle condizioni di sanare la propria offerta.

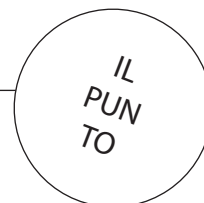
Resta fermo il fatto che qualunque integrazione documentale effettuata azionando il soccorso istruttorio non deve essere tale da integrare il possesso dei requisiti di partecipazione in data successiva a quella di scadenza delle offerte.

In ultimo, è interessante notare come il legislatore non abbia incluso il principio di rotazione tra i principi generali ma lo abbia "relegato" all'art. 49, nella parte dedicata alle procedure sottosoglia. La ragione è semplice: esso è espressione della modalità attraverso cui si attua la concorrenza nelle procedure sottosoglia e riguarda tale ambito settoriale e non l'intero impianto codicistico.

Ciò non ne riduce tuttavia l'importanza, considerato anche l'elevatissimo numero di procedure sottosoglia che le stazioni appaltanti italiane espletano annualmente e nelle quali esso troverà continua applicazione, ragion per cui lo stesso merita una disamina separata.

La dichiarazione di inefficacia del contratto di appalto a seguito dell'annullamento giurisdizionale

di Riccardo Gai



1. Inquadramento storico della problematica

La questione concernente la sorte del contratto d'appalto già stipulato a fronte del sopravvenuto annullamento giurisdizionale della relativa aggiudicazione ha rappresentato un tema lungamente dibattuto in seno alla dottrina ed alla giurisprudenza, che è stato soltanto parzialmente, come vedremo, risolto dall'intervento del legislatore.

La problematica che si pone è molto delicata poiché investe il cruciale passaggio dalla fase pubblicistica ed evidenza pubblica e la fase contrattuale vera e propria in cui entrambe le parti contraenti, sia quella privata che quella pubblica, operano in regime di diritto privato in una dialettica di sostanziale parità, per cui si tratterebbe di stabilire in che termini gli atti amministrativi relativi al procedimento di evidenza pubblica siano in grado di condizionare validità ed efficacia dell'accordo contrattuale *medio tempore* raggiunto. Se da un lato, infatti, è necessario tutelare la posizione del soggetto che abbia vittoriosamente proposto ricorso avverso

l'atto di gara, dall'altro occorre garantire tutela all'aggiudicatario, vittima di illegittimità spesso verificatesi nel corso della procedura di evidenza pubblica e addebitabili alla Stazione appaltante.

Secondo la dottrina più tradizionale, dall'annullamento dell'aggiudicazione discendeva l'annullabilità relativa del contratto stipulato *medio tempore*, ai sensi dell'art. 1441 c.c., tale ricostruzione traeva spunto dalla considerazione che la procedura ad evidenza pubblica era essenzialmente finalizzata a garantire la scelta del miglior contraente tra tutti i partecipanti, a tutela esclusiva degli interessi pubblici. Sulla scorta del menzionato orientamento dottrinario, la Corte di Cassazione inquadra il fenomeno descritto nella tematica del vizio della legittimazione a contrarre da parte dell'organo che aveva espresso la volontà dell'ente (Cfr. Cassazione civile, Sez. II, 21.2.1995 n. 1885 e 8.5.1996, n. 4269). Da allora, e per lungo tempo, la tesi dell'annullabilità relativa del contratto ex art. 1441 c.c. ha caratterizzato la giurisprudenza del giudice ordinario, trovando significativi riscontri anche nella giurisprudenza amministrativa (CdS., Sez. VI, 1.2.2002, n. 570).

La tesi muoveva dal presupposto che gli atti amministrativi adottati nella procedura di evidenza pubblica, i quali precedono la stipulazione del contratto *iure privatorum*, rappresentano mezzi di integrazione della capacità e della volontà dell'ente pubblico; con la conseguenza che i loro vizi, traducendosi in un difetto di capacità della P.A., sono deducibili, in via di azione o di eccezione, soltanto dalla Stazione appaltante, al fine di ottenere l'annullabilità del contratto. Siffatta posizione, oltretutto, era quella che meglio si attagliava ad assicurare la certezza dei rapporti giuridici; atteso che, diversamente opinando, aderendo cioè all'orientamento della nullità assoluta, qualunque terzo escluso dall'aggiudicazione

poteva far valere, anche a distanza di tempo, l'invalidità radicale del contratto, travolgendone perciò gli effetti.

Secondo una differente interpretazione (Cfr., *ex plurimis*, CdS, Sez. IV, ordinanza n. 3355/2004), l'annullamento dell'aggiudicazione comportava la nullità del contratto di appalto, sulla base della riscontrata contrarietà alle norme imperative disciplinanti la gara d'appalto.

Le disposizioni che disciplinano le modalità di scelta del contraente esprimerebbero in tal caso un implicito divieto di stipulare con soggetti che non siano risultati legittimi vincitori della gara configurandosi la fase pubblicistica dell'evidenza pubblica come una fattispecie complessa (Cfr. CdS, sez. V, 13.11.2002) in cui convergono meri atti, operazioni materiali e provvedimenti, della quale la stipulazione del contratto rappresenta solo l'effetto finale. Ne seguiva che l'invalidità degli atti procedimentali, facendo venir meno *ex tunc* il provvedimento di aggiudicazione, impediva alla suddetta fattispecie di conseguire il proprio perfezionamento giuridico, ed in primo luogo di determinare l'*idem consensus* (ovvero l'accordo)

Secondo la dottrina più tradizionale, dall'annullamento dell'aggiudicazione discendeva l'annullabilità relativa del contratto stipulato medio tempore, ai sensi dell'art. 1441 c.c., a tutela esclusiva degli interessi pubblici. Secondo una differente interpretazione (Cfr., *ex plurimis*, CdS, Sez. IV, ordinanza n. 3355/2004), l'annullamento dell'aggiudicazione comportava la nullità del contratto di appalto, sulla base della riscontrata contrarietà alle norme imperative disciplinanti la gara d'appalto



che costituisce elemento essenziale di ogni contratto. E' noto, infatti, che il vizio radicale del consenso, nel senso del suo difetto genetico originario, produce la nullità del contratto ai sensi dell'art. 1418 co. 2 c.c. (Cfr. TAR Puglia, Bari, 23.10.2002, n. 394; Cass. Civ. 9.1.2002, n. 193).

La terza tesi è quella dell'inefficacia, che vede la caducazione, in sede sia giurisdizionale che amministrativa, degli atti della fase della formazione della volontà dell'amministrazione di concludere un contratto, quale momento in cui l'amministrazione stessa viene privata, *ex tunc*, della legittimazione a negoziare. In base alla menzionata ricostruzione, è come se la P.A., in caso di annullamento

dell'aggiudicazione, avesse negoziato pur essendo priva della legittimazione a farlo. Di conseguenza, secondo il descritto orientamento, il contratto diventa *ab origine* inefficace, se uno degli atti del procedimento viene meno per qualsiasi causa.

Secondo un'ultima ricostruzione giurisprudenziale (Cfr. CdS Sez. VI, n. 2992/2003 e n. 244/2000), l'annullamento dell'aggiudicazione comportava la caducazione automatica degli effetti della stipulazione. Secondo tale orientamento, infatti, l'annullamento dell'aggiudicazione poneva nel nulla l'intero effetto-vicenda da esso derivato, a cominciare dal contratto di appalto, il quale non aveva una propria autonomia ma si limitava a riprodurre formalmente quanto già stabilito nell'atto di aggiudicazione. Detto indirizzo traeva fondamento dall'art. 16, co. 4 R.D. 2440/23, ai sensi del quale "(...) *i verbali di aggiudicazione definitiva, in seguito ad incanti pubblici o a private licitazioni, equivalgono per ogni effetto legale al contratto*".

La tesi fu però oggetto di pesanti critiche: la norma sopra richiamata avrebbe valore dispositivo più che precettivo, con la conseguenza che la P.A.

risulterebbe libera non solo di meglio definire l'oggetto dell'accordo all'atto della stipulazione del contratto (sia pur senza mutarne nella sostanza il contenuto), ma finanche, ove ragioni oggettive lo impediscano, di non addivenire ad alcuna stipulazione. Nella prassi, inoltre, sempre più spesso accadeva che gli enti locali inserissero nei disciplinari di gara deroghe espresse all'art. 16 R.D. 2440/23. I giudici amministrativi furono quindi costretti a rivisitare tale ricostruzione interpretativa, statuendo che l'annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione comportava la caducazione automatica del contratto stipulato, in quanto il negozio pienamente efficace al momento della stipula diviene inefficace per il sopravvenire di una inidoneità funzionale incompatibile con l'interesse negoziale stesso (Cfr. CdS n. 5201/2007).

La tesi è stata però superata dalle Sezioni unite della Corte di Cassazione, la quale ha espressamente statuito nel senso che *"la decisa caducazione degli effetti dei contratti (...) determina l'eccesso dei limiti esterni del potere giurisdizionale, non potendo il giudice amministrativo sostituirsi nelle determinazioni dell'amministrazione in ordine agli effetti del contratto stipulato in base ad una gara illegittimamente espletata e dovendo su tali effetti decidere solo il giudice ordinario"* (Cfr. Cass. civ. Sez. Un., n. 10443/2008).

2. Disciplina normativa

Come abbiamo visto, prima dell'introduzione del d.lgs. 104/2010 (codice del processo amministrativo), il panorama relativo alla sorte del contratto in esito all'annullamento dell'aggiudicazione risultava quantomai variegato ed incerto.

Il legislatore, avvertita evidentemente l'esigenza di fare un minimo di chiarezza, ha fatto sì che la disciplina introdotta dal codice del processo amministrativo risultasse invece caratterizzata da una maggiore semplificazione e dalla

concentrazione in un unico processo di più azioni volte a garantire l'effettività della tutela, prevedendo il potere del giudice amministrativo di pronunciarsi in ordine all'inefficacia del contratto.

La maggiore difficoltà in specie è – come abbiamo visto al paragrafo che precede – la presenza di interessi contrapposti e non sempre di facile contemperamento, quali l'interesse pubblico di cui è portatrice la stazione appaltante, il diritto del non aggiudicatario vittorioso in sede giurisdizionale ad una tutela piena ed effettiva, nonché l'affidamento dell'aggiudicatario illegittimo. Proprio ai fini di un bilanciamento tra tali interessi contrapposti, il codice del processo amministrativo dedica al rapporto tra annullamento dell'aggiudicazione e poteri giudice sul contratto una serie di disposizioni specifiche.

In via preliminare, l'art.133 comma 1 lettera e), del codice assegna al giudice amministrativo in sede esclusiva le controversie relative alle procedure di affidamento di appalti pubblici, ivi incluse quelle risarcitorie *"e con estensione della giurisdizione esclusiva alla dichiarazione di*

inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione ed alle sanzioni alternative".

Vi è quindi una deroga alla generale regola secondo la quale la stipulazione del contratto segna lo spartiacque tra giurisdizione amministrativa ed ordinaria, poiché laddove l'annullamento dell'aggiudicazione intervenga a contratto già stipulato, il legislatore, per esigenze di concentrazione, devolve al giudice amministrativo anche le controversie sulla dichiarazione di inefficacia del contratto e sulle sanzioni alternative.

Rilevante è anche l'art. 124 codice, che prevede espressamente la dichiarazione di inefficacia del contratto nel disciplinare il risarcimento in forma specifica a favore del non aggiudicatario vittorioso in sede giurisdizionale. Tale forma di tutela, infatti, consistente nel subentro nel contratto stipulato tra aggiudicatario illegittimo e stazione appaltante, viene subordinata alla "doppia pregiudiziale",

La disciplina introdotta dal codice del processo amministrativo è caratterizzata da una maggiore semplificazione e della concentrazione in un unico processo di più azioni volte a garantire l'effettività della tutela, prevedendo il potere del giudice amministrativo di pronunciarsi in ordine all'inefficacia del contratto



nel senso che la possibilità di subentrare nel contratto è subordinata sia all'annullamento dell'aggiudicazione sia alla dichiarazione di inefficacia del contratto. Inoltre, la domanda di subentro è un onere per il ricorrente e non una semplice facoltà, in quanto l'art. 124 citato specifica che la condotta della parte che non ha presentato la domanda o non si è resa disponibile al subentro, è valutata dal giudice ai sensi dell'art. 1227 c.c. Infine, lo stesso art. 124, primo comma secondo periodo, specifica che se il giudice non dichiara l'inefficacia del contratto dispone il risarcimento per equivalente del danno subito e provato.

Quanto alle ipotesi di caducazione del contratto, l'art. 121 del codice del processo amministrativo ha chiarito che il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva dichiara l'inefficacia del contratto, precisando in funzione delle deduzioni delle parti e della valutazione della gravità della condotta della stazione appaltante e della situazione di fatto, se la declaratoria di inefficacia è limitata alle prestazioni ancora da eseguire alla data della pubblicazione del dispositivo o opera in via retroattiva.

L'inefficacia viene dichiarata nei seguenti casi:

- a) se l'aggiudicazione definitiva è avvenuta senza previa pubblicazione del bando o avviso con cui si indice una gara nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea o nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana, quando tale pubblicazione è prescritta dal codice appalti;
- b) se l'aggiudicazione definitiva è avvenuta con procedura negoziata senza bando o con affidamento in economia fuori dai casi consentiti e questo abbia determinato l'omissione della pubblicità del bando o avviso con cui si indice una gara nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea o nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana, quando tale pubblicazione è prescritta dal codice appalti;
- c) se il contratto è stato stipulato senza rispettare il termine dilatorio stabilito dal codice degli appalti per la stipula del contratto, qualora tale violazione abbia privato il ricorrente della possibilità di avvalersi di mezzi di ricorso prima della stipulazione del contratto e sempre che tale violazione, aggiungendosi a vizi propri dell'aggiudicazione definitiva, abbia influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento;
- d) se il contratto è stato stipulato senza rispettare la sospensione obbligatoria del termine per la stipulazione derivante dalla proposizione del

ricorso giurisdizionale avverso l'aggiudicazione definitiva, qualora tale violazione, aggiungendosi a vizi propri dell'aggiudicazione definitiva, abbia influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento.

Al contrario, il contratto resta invece efficace, anche in presenza delle violazioni di cui sopra qualora venga accertato che il rispetto di esigenze imperative connesse ad un interesse generale imponga che i suoi effetti siano mantenuti. Tra queste rientrano, fra l'altro, quelle imprescindibili di carattere tecnico o di altro tipo, tali da rendere evidente che i residui obblighi contrattuali possono essere rispettati solo dall'esecutore attuale.

Gli interessi economici possono essere presi in considerazione come esigenze imperative solo in circostanze eccezionali in cui l'inefficacia del contratto conduce a conseguenze sproporzionate, avuto anche riguardo all'eventuale mancata proposizione della domanda di subentro nel contratto nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporta l'obbligo di rinnovare la gara. Non costituiscono esigenze imperative gli interessi economici legati direttamente al contratto, che comprendono fra l'altro i costi derivanti dal ritardo nell'esecuzione del contratto stesso, dalla necessità di indire una nuova procedura di aggiudicazione, dal cambio dell'operatore economico e dagli obblighi di legge risultanti dalla dichiarazione di inefficacia.

Maggiore discrezionalità viene invece riconosciuta al giudice amministrativo nelle ipotesi di violazioni non gravi. Infatti, l'art. 122 del codice affida al giudice amministrativo la facoltà di caducare il contratto, fissandone la decorrenza, tenendo conto, in particolare, degli interessi delle parti, della possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione nonostante i vizi, dello stato di esecuzione del contratto e della possibilità di subentro, nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporti l'obbligo di rinnovo e la domanda di subentro sia stata proposta.

Come si evince, in questo caso il potere valutativo del giudice è più ampio, in quanto gli indici di riferimento offerti dall'art. 122 sono meno obiettivi rispetto a quelli delineati dall'art. 121, in quanto non connessi ad interessi generali bensì agli interessi individuali delle parti. Comunque sia, anche in tale ipotesi il potere del giudice dovrebbe

essere esercitato in modo prudente ed equilibrato, contemperando gli interessi contrapposti e dando atto dell'esito in motivazione.

Quanto all'art. 123, esso disciplina le sanzioni alternative, offrendo ulteriori chiarimenti sui poteri del giudice amministrativo sugli effetti del contratto, individuando le sanzioni da applicarsi alternativamente o cumulativamente e consistenti in una sanzione pecuniaria nei confronti della stazione appaltante e nella riduzione della durata del contratto. Le sanzioni, ai sensi del secondo comma, devono essere effettive, dissuasive e proporzionate al valore del contratto, alla gravità della condotta della stazione appaltante e all'opera da essa svolta per eliminare o attenuare le conseguenze della violazione

In relazione ai presupposti, tali sanzioni vengono comminate innanzitutto nelle ipotesi di cui all'art. 123, terzo comma, ossia in presenza della violazione dei termini ex art. 121, primo comma lettere a) e b), quando la violazione non ha influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere l'appalto. E' evidente dunque che tale sanzione non è "alternativa" ad un'altra pronuncia, ma ha una propria valenza autonoma, in quanto viene comminata per la sola violazione dei termini stabiliti ex lege, a prescindere dal vizio dell'aggiudicazione e dunque in assenza dell'astratta possibilità di dichiarare inefficace il contratto.

La sanzione è, invece, realmente alternativa nelle ipotesi di cui agli artt. 121, quarto comma, e 123, primo comma, ossia qualora il contratto venga mantenuto in vita o caducato solo ex nunc, atteggiandosi, quindi, la misura, alternativa alla caducazione tout court o alla caducazione in via retroattiva. Atteso tale rapporto di alternatività, se ne trae che il potere attribuito al giudice amministrativo di caducare il contratto in caso di vizi gravi è già esso stesso un potere sanzionatorio, tant'è che quando esso non viene esercitato

deve comunque trovare applicazione una misura afflittiva "alternativa".

3. Tesi a confronto

Va detto che, nonostante gli sforzi del legislatore di disciplinare i poteri del giudice amministrativo sulla sorte del contratto a seguito dell'annullamento degli atti di gara nel modo più completo possibile, emergono comunque questioni controverse e dibattute, alcune delle quali non ancora risolte completamente.

In via preliminare, è dibattuta la natura della sentenza con la quale il giudice amministrativo dichiara inefficace il contratto. Una tesi minoritaria ne sostiene la natura dichiarativa, in coerenza con il tenore letterale della norma, ritenendo che lo stesso giudice si limiti ad accertare il venir meno del contratto a seguito della caducazione dell'aggiudicazione, senza effetti innovativi sulla realtà. Tale lettura pare tuttavia in contrasto con quanto sopra asserito in materia di poteri del giudice amministrativo sul contratto poiché, come si è visto, nelle ipotesi di cui all'art. 122 ma anche in presenza di gravi violazioni ex art. 121, esso non emana una sentenza dichiarativa/di accertamento bensì costitutiva, con effetti innovativi sulla realtà fattuale e sui rapporti giuridici.

Mentre è pacifico che il subingresso del non aggiudicatario necessiti della apposita domanda di subentro nel contratto, è invece controverso se, di fronte ad una domanda rivolta esclusivamente all'annullamento dell'aggiudicazione oppure alla caducazione congiuntamente al risarcimento per equivalente, il giudice amministrativo possa dichiarare d'ufficio l'inefficacia del contratto, anche in difetto della domanda di subentro

Inoltre, controversi appaiono i poteri del giudice amministrativo in presenza di un annullamento dell'aggiudicazione disposto d'ufficio dalla stazione appaltante. In via preliminare, occorre chiarire che l'opinione attualmente dominante, nonostante contrasti iniziali, ritiene che anche in tale ipotesi eventuali controversie debbano radicarsi innanzi al giudice amministrativo in sede esclusiva, atteso il tenore ampio dell'art. 133 del codice del processo amministrativo nel menzionare "l'annullamento dell'aggiudicazione",

senza distinzione tra annullamento in autotutela e in sede giurisdizionale. Ancora, pur sussistendo il potere della pubblica amministrazione di annullare l'aggiudicazione, esso non si estende alla possibilità di dichiarare inefficace il contratto né l'inefficacia può considerarsi un effetto automatico, poiché è un potere riservato dalla legge al giudice amministrativo.

Sarebbe tuttavia ragionevole affermare che, in tale ipotesi, la dichiarazione di inefficacia del contratto sia per il giudice amministrativo quasi un atto dovuto, poiché la caducazione dell'aggiudicazione in via di autotutela contiene già l'esito valutativo della ponderazione tra l'interesse pubblico e l'affidamento del privato. Pertanto, sembrerebbe che il giudice amministrativo davvero non possa servirsi dei poteri di cui agli artt. 121 e 122 del codice del processo amministrativo per mantenere il contratto in presenza dell'autotutela pubblicistica. Ed invero, la questione ancora oggi maggiormente dibattuta concerne i poteri officiosi del giudice amministrativo sulla sorte del contratto. Mentre è pacifico che il subingresso del non aggiudicatario necessiti della apposita domanda di subentro nel contratto, è invece controverso se, di fronte ad una domanda rivolta esclusivamente all'annullamento dell'aggiudicazione oppure alla caducazione congiuntamente al risarcimento per equivalente, il giudice amministrativo possa dichiarare d'ufficio l'inefficacia del contratto, anche in difetto della domanda di subentro. In relazione alle gravi violazioni di cui all'art. 121, la risposta all'interrogativo è senz'altro positiva. In prima battuta, si è già sottolineata la natura sanzionatoria di tale potere, pertanto pienamente esercitabile d'ufficio, inoltre, ai sensi dell'art. 121 secondo comma, la mancata domanda di subentro è soltanto uno degli indici valutativi che può precludere il potere di dichiarare l'inefficacia del contratto, elemento, tra l'altro, da contemperare con le esigenze di interesse generale. Pertanto, la gravità del vizio legittima la dichiarazione di inefficacia del contratto d'ufficio, anche senza domanda di subentro.

Maggiormente problematica è la dichiarazione di inefficacia nei casi di cui all'art. 122. La norma subordina l'inefficacia alla valutazione di interessi privati ed individuali, tra cui "la possibilità di subentrare nel contratto" a condizione che "la domanda di subentrare sia stata proposta". Una prima tesi ritiene che il tenore letterale della norma

è univoco nel funzionalizzare la dichiarazione di inefficacia esclusivamente al subentro del ricorrente nel contratto, richiedendosi, quindi, la domanda di subentro di quest'ultimo. La mancanza di domanda osta alla sentenza di inefficacia del contratto, poiché viene meno lo scopo al quale essa è destinata. Tra l'altro, l'importanza di tale domanda si evince dall'art. 124, secondo comma che, come si è visto, prevede la domanda come onere e non come semplice facoltà. Di conseguenza, dichiarare l'inefficacia del contratto in presenza di una domanda solo demolitoria oppure demolitoria e risarcitoria potrebbe configurare un'ipotesi di violazione della corrispondenza tra chiesto e pronunciato ex art. 112 c.p.c.

Di contro, potrebbe sostenersi che il subentro nel contratto non è soltanto lo scopo ultimo della dichiarazione di inefficacia bensì, al pari dell'art. 121 secondo comma, anche uno degli elementi valutabili per la dichiarazione di inefficacia. Del resto, anche l'espressione "in particolare" contenuta nell'art. 122 sembrerebbe palesare il carattere non tassativo dell'elenco riportato. Pertanto, ciò che realmente osta alla dichiarazione d'ufficio della caducazione del contratto non è non tanto e non solo il difetto di domanda di subentro, bensì l'ipotesi in cui "il vizio dell'aggiudicazione non comporti l'obbligo di rinnovare la gara".

Infatti, qualora non vi sia l'obbligo di rinnovo, il ricorrente potrebbe astrattamente subentrare nel contratto già stipulato, previa dichiarazione di inefficacia. Pertanto, qualora abbia presentato esclusivamente domanda demolitoria o demolitoria e risarcitoria il principio della domanda e della corrispondenza tra chiesto e pronunciato osta alla dichiarazione di inefficacia d'ufficio, poiché da essa potrebbe ricavarsi un'utilità possibile ma che il ricorrente non ha richiesto, ossia il subentro.

Diversa è l'ipotesi di obbligo di rinnovo, poiché in tal caso rientra nel potere/dovere del giudice amministrativo impedire che la stazione appaltante possa giovare di un contratto stipulato in presenza di un vizio così grave da imporsi il rinnovo della gara. Tra l'altro, atteso l'obbligo di rinnovo, non sarebbe nemmeno potenzialmente possibile il subentro del ricorrente nel contratto per cui in tale ipotesi il giudice amministrativo potrebbe dichiararne d'ufficio l'inefficacia.

Per completezza, potrebbe dirsi che i poteri del giudice amministrativo di incidere sul contratto

non siano preclusi dalle doglianze sollevate dall'aggiudicatario illegittimo. Con la precisazione che, però, nei suoi confronti non opereranno le esigenze di concentrazione che giustificano la giurisdizione esclusiva, operanti per il solo aggiudicatario pretermesso, dovendo l'affidatario illegittimo far valere le proprie censure innanzi al giudice ordinario o al giudice amministrativo in relazione all'ordinario criterio di riparto basato sulla *causa petendi*.

Aderendo alla tesi secondo la quale senza la domanda di subentro sia preclusa al giudice amministrativo la dichiarazione di inefficacia del contratto, occorrerebbe dunque stabilire se sia dovere della stazione appaltante, a seguito dell'annullamento degli atti di gara, attivarsi in autotutela, se essa, cioè, dopo aver bilanciato l'interesse pubblico con gli interessi privati, possa verificare l'opportunità di caducare il contratto oppure di mantenerlo in esecuzione.

4. La giurisprudenza più recente

Rispetto all'interrogativo che precede, la giurisprudenza più recente sembra aver fornito una risposta sufficientemente esaustiva. Ci si riferisce, in particolare, ad una recentissima sentenza del TAR Campania (Sez. II - sentenza 13 aprile 2023 n. 2254), in cui viene statuito che *"Nel caso in cui sia stata definitivamente annullata in s.g. l'aggiudicazione di una gara di appalto, senza che il G.A. si sia pronunciato sulle sorti del contratto di appalto e senza che la gara debba essere rinnovata, e, successivamente la P.A., in conseguenza di tale annullamento, abbia adottato, solo per tale ragione, il provvedimento di dichiarazione di inefficacia del contratto, tale provvedimento deve ritenersi legittimo, in quanto la stazione appaltante non è rimasta inerte ed ha ritenuto che le ragioni dell'annullamento dell'aggiudicazione non consentissero il permanere della continuazione del rapporto contrattuale, peraltro, nella specie, stipulato in pendenza di sospensione cautelare dell'aggiudicazione. Se, da un lato, è vero che l'annullamento in sede giurisdizionale della aggiudicazione non comporta di per sé l'inefficacia del contratto per caducazione automatica, dall'altro, ciò non significa tuttavia che l'amministrazione non possa comunque incidere sul contratto già stipulato, qualora si rinvenivano vizi della aggiudicazione. In questo*

caso, la valutazione sulla sussistenza dell'interesse pubblico al venir meno del vincolo contrattuale è fatta direttamente dalla amministrazione, senza necessità dell'intervento del giudice".

Nella motivazione della sentenza in rassegna, è stato osservato che sul tema della sorte del contratto in caso di annullamento giudiziale dell'aggiudicazione, qualora la gara non debba essere rinnovata ma il giudice non si sia pronunciato sulla domanda di dichiarazione di inefficacia del contratto, perché non a conoscenza dell'avvenuta stipulazione del contratto di appalto nel tempo di durata del giudizio, si registrano diversi orientamenti in relazione alla questione della sorte del contratto in seguito all'annullamento della aggiudicazione da parte del giudice. La caducazione automatica del contratto viene talvolta affermata in giurisprudenza a seguito della riforma della sentenza di primo grado, da parte del giudice di appello. Secondo questo orientamento, devono ritenersi automaticamente caducati gli atti, amministrativi e negoziali, posti in essere dall'amministrazione in esecuzione della sentenza di primo grado, in applicazione *"della regola del cd. effetto espansivo esterno della sentenza di appello sancito dall'art. 336 cod. proc. civ., applicabile al processo amministrativo in virtù del rinvio contenuto nell'art. 39, comma 1, cod. proc. amm."* (in tal senso CdS, Sez. VI, 23 luglio 2018, n. 4505).

Di contro, l'orientamento maggioritario della giurisprudenza sostiene che la caducazione automatica del contratto a seguito dell'annullamento giurisdizionale della aggiudicazione risulti, a seguito dell'entrata in vigore degli artt. 121 e 122 del codice del processo amministrativo, venuta meno, occorrendo comunque una pronuncia del giudice di inefficacia (CdS, Sez. V, n. 5500/2019). In tale quadro normativo, tuttavia, la giurisprudenza tuttavia sostiene che l'amministrazione, nel caso in cui sia stata giudizialmente annullata l'aggiudicazione e il giudice non si sia pronunciato sulla efficacia del contratto, non può rimanere inerte. Si è infatti condivisibilmente affermato che *"la stazione appaltante (...) è tenuta a valutare se, alla luce delle ragioni che hanno determinato l'annullamento dell'aggiudicazione, permangono o meno le condizioni per la continuazione del rapporto contrattuale in essere con l'operatore economico (illegittimo) aggiudicatario, ovvero se non risponda maggiormente all'interesse pubblico, risolvere il contratto e indire una nuova procedura*

di gara (in applicazione del potere riconosciuto ora dall'art. 108, comma 1, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50; cfr. Cons. Stato, sez. IV 5 maggio 2016, n. 1798)." (Consiglio di Stato sez. V, 22/11/2019, n.7976; Cons. Stato Sez. V, Sent., 29.04.2020, n. 2731 e Sent. 14.07.2022, n. 6014).

Il richiamo all'art. 108 del d.lgs. 50/2016, in questo contesto, da parte della citata giurisprudenza, appare dirimente, in quanto detto articolo, al comma 1, fa appunto riferimento ad ipotesi di risoluzione del contratto dovute a vizi della fase dell'evidenza pubblica o alla necessità di una rinnovazione della gara (per superamento delle soglie o modifica sostanziale del contratto), tanto che esso è stato ricondotto dalla giurisprudenza nell'ambito dell'esercizio dell'autotutela decisoria trattandosi di decisione assunta sulla base del migliore perseguimento dell'interesse pubblico, e di conseguenza nella giurisdizione amministrativa, ancorché la "risoluzione" intervenga in corso di esecuzione del contratto. (In termini, si veda CdS, 27.01.2022, n. 590).

Ed infatti, se è vero che – come si è detto - non si verifica la caducazione automatica del contratto, l'amministrazione può tuttavia esercitare i poteri attribuiti dal codice dei contratti in materia (riconducibili come si è detto nell'ambito generale dell'autotutela) ed incidere così sulla perdurante efficacia del contratto, determinandone eventualmente la "risoluzione", con effetto *ex nunc*.

Va inoltre rilevato che la recente giurisprudenza amministrativa riconosce la possibilità per l'amministrazione di esercitare il potere di annullamento in autotutela dell'aggiudicazione della gara, anche dopo la stipulazione del contratto, con conseguente inefficacia di quest'ultimo, stante la stessa consequenzialità tra aggiudicazione e stipulazione del contratto. (Consiglio di Stato sez. V, 27/01/2022, n.590; T.A.R. Campania Napoli Sez. I, 22/07/2022, n. 4908). Tale interpretazione

rinvia il proprio fondamento normativo dopo le riforme della legge n. 124 del 2015, anche nella previsione dell'art. 21-nonies, comma 1, della l. n. 241 del 1990, laddove esso si riferisce anche ai provvedimenti attributivi di vantaggi economici, che non possono non ritenersi comprensivi anche dell'affidamento di una pubblica commessa. (cfr. in termini, anche CdS, Sez. V, 1 febbraio 2021, n. 938; 1 aprile 2019, n. 2123; 30 aprile 2018, n. 2601). Si sostiene inoltre che ciò che è precluso a seguito della stipulazione del contratto, secondo l'insegnamento dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nella sentenza n. 14 del 2014, sarebbe soltanto l'esercizio

del potere di revoca, ma non anche di quello di annullamento d'ufficio, che per sua natura presuppone il riscontro di un vizio di legittimità dell'atto oggetto di annullamento.

In questo quadro, deve riconoscersi un potere dell'amministrazione, fondato sui generali principi dell'autotutela amministrativa, nonché sulla espressa previsione dell'art. 108 del codice dei contratti, di incidere unilateralmente sulla efficacia del contratto per ragioni riconducibili ai vizi della fase della evidenza pubblica.

In questo senso, si ravvisa una differente posizione tra l'amministrazione e il ricorrente privato a seguito di annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione senza declaratoria di inefficacia del contratto da parte del giudice.

Ed infatti, mentre il ricorrente privato non può invocare, a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione, la nullità del contratto ma, nell'inerzia dell'amministrazione, deve comunque agire, mediante il giudizio di ottemperanza, per ottenere una declaratoria di inefficacia del contratto, l'amministrazione conserva intatti i suoi poteri di autotutela e pertanto, dopo l'annullamento giurisdizionale della aggiudicazione, può valutare se sia opportuno o meno mantenere l'efficacia del contratto o svincolarsene.

Dunque, se è vero che l'annullamento giurisdizionale della aggiudicazione non comporta di per sé l'inefficacia del contratto per caducazione automatica, ciò non significa tuttavia che l'amministrazione non possa comunque incidere sul contratto già stipulato, qualora si rinvenissero vizi della aggiudicazione.



Il regime transitorio del nuovo Codice dei contratti pubblici. Il particolare regime degli affidamenti di servizi di architettura e ingegneria.

di Giuseppe Totino e Emanuela Cersosimo

IL
PUN
TO

Premessa

Tra gli impegni che lo Stato italiano aveva negoziato e poi assunto con l'Unione Europea per poter essere beneficiaria della fetta più consistente dei fondi straordinari del Recovery Fund, vi era anche la riforma delle procedure di affidamento dei contratti pubblici, nell'assunto che la stessa possa essere foriera di snellimento, sburocratizzazione, accelerazione della spesa e semplificazione del processo di realizzazione delle opere pubbliche.

In particolare, la pertinente milestone concordata in Europa prevedeva la necessità di approvare la suddetta riforma entro il 1° aprile scorso. Pertanto, era necessario che la riforma entrasse in vigore tassativamente entro quella data, pena la perdita di una tranche dei fondi europei del Next Generation UE.

Sebbene l'intento comunitario fosse di certo meritorio, la decisione di modificare le "regole del gioco" del mercato degli investimenti pubblici durante la presente concitata fase degli affidamenti e realizzazione di importanti opere pubbliche, non si sta rivelando di certo la più perspicua.

In una tale cornice, il governo in carica ha dovuto, suo malgrado, escogitare uno stratagemma

finalizzato a consentire agli operatori del diritto di questo specifico di mercato, di poter familiarizzare quel minimo indispensabile con il nuovo tessuto normativo: si è approvato il decreto legislativo attuativo della relativa delega legislativa, la cui entrata in vigore è rispettosa della *deadline* prevista dalla Milestone europea, ma ne è stata posticipata l'efficacia al 1° luglio 2023.

La riforma delle procedure di affidamento dei contratti pubblici mira allo snellimento, sburocratizzazione, accelerazione della spesa e semplificazione del processo di realizzazione delle opere pubbliche.

La forzatura è di palmare evidenza a chi usi ancora bazzicare i principi di rango costituzionale che governano la promulgazione delle leggi ed atti aventi forza di legge in Italia, ma tant'è.

Nel periodo tra l'entrata in vigore della riforma e la sua acquisizione di efficacia, c'è stato e ci sarà da approfondire le diverse sfumature e cambiamenti recati nel nuovo testo normativo, al fine di affrontare la transizione verso il nuovo assetto nel modo più morbido possibile.

A tal proposito, il legislatore si è premurato di individuare un complesso regime transitorio, di cui il presente contributo vuole dare parziale contezza, con particolare riferimento a quello afferente ai servizi di ingegneria e architettura, per i quali l'impatto appare tra i più dirompenti, attesa la riduzione del numero dei livelli di progettazione previsti *ex lege*, di cui si dirà infra par. 3.

1. Quadro normativo di riferimento: periodo transitorio

Come si faceva cenno, il nuovo Codice dei contratti pubblici, approvato con decreto legislativo del 31 marzo 2023, n. 36 (in seguito "**Nuovo Codice**") è entrato in vigore il 1° aprile 2023 ed acquisterà efficacia solo il 1° luglio 2023, prevedendo, dunque, una data di entrata in vigore diversa da quella di efficacia.

È previsto, infatti, un particolare e complesso regime transitorio (dagli artt. 224-229), secondo cui il Nuovo Codice entri in vigore il 1° aprile 2023, ma le sue disposizioni e i relativi allegati abbiano un'efficacia differita al 1° luglio 2023, ad eccezione delle disposizioni sui collegi consultivi tecnici (artt. 215-219), applicabili dalla sua entrata in vigore.

Tuttavia, fino al 31 dicembre 2023 continueranno ad applicarsi transitoriamente le disposizioni del Codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, nel caso di procedimenti in corso.

In merito, l'articolo 226, comma 1 del Nuovo Codice, prevedendo dapprima, che il d.lgs. n. 50/2016 è abrogato dal 1° luglio 2023, chiarisce che debbano intendersi come *procedimenti in corso*:

- le procedure e i contratti per i quali i bandi o avvisi con cui si indice la procedura di scelta del contraente siano stati pubblicati prima del 1° luglio 2023;
- in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o avvisi, le procedure e i contratti in relazione ai quali, alla data in cui il Codice acquista efficacia, siano stati già inviati gli avvisi a presentare le offerte;
- per le opere di urbanizzazione a scemuto del contributo di costruzione, oggetto di convenzioni urbanistiche o atti assimilati comunque denominati, i procedimenti in cui le

predette convenzioni o atti siano stati stipulati prima del 1° luglio 2023;

- per le procedure di accordo bonario di cui agli articoli 210 e 211, di transazione e di arbitrato, le procedure relative a controversie aventi ad oggetto contratti pubblici, per i quali i bandi o gli avvisi siano stati pubblicati prima del 1° luglio 2023, ovvero, in caso di mancanza di pubblicazione di bandi o avvisi, gli avvisi a presentare le offerte siano stati inviati prima della suddetta data.

E' prevista, inoltre, la sopravvivenza fino al 31 dicembre 2023, di determinate disposizioni del decreto legislativo n. 50/2016, nel caso di ipotesi espressamente indicate all'art. 225 del nuovo Codice dei contratti pubblici.

Riguardo i servizi di progettazione, invece, il medesimo articolo 225, al comma 9, prevede che dalla data di efficacia del Nuovo Codice - quindi, dal 1° luglio 2023, continueranno ad applicarsi ai procedimenti in corso le disposizioni dell'articolo 23 del

Codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo n. 50/2016.

Viene poi aggiunto che, nel caso in cui l'incarico di redazione del progetto di fattibilità tecnico economica sia stato formalizzato prima del 1° luglio 2023, la stazione appaltante può procedere all'affidamento congiunto di progettazione ed esecuzione dei lavori sulla base del progetto di fattibilità tecnico ed economica oppure sulla base di un progetto definitivo, redatto ai sensi dell'articolo 23 del d.lgs. n. 50/2016.

La peculiarità si rinviene nella definizione di procedimenti in corso che, per i servizi di progettazione, non coincide con quella già menzionata, di cui all'articolo 226 del Nuovo Codice.

L'articolo 225, difatti, con riferimento ai servizi di progettazione prevede che "*per procedimenti in*

Riguardo i servizi di progettazione l'articolo 225, al comma 9, prevede che dalla data di efficacia del Nuovo Codice - quindi, dal 1° luglio 2023, continueranno ad applicarsi ai procedimenti in corso le disposizioni dell'articolo 23 del Codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo n. 50/2016.



corso si intendono le procedure per le quali è stato formalizzato l'incarico di progettazione alla data in cui il codice acquista efficacia".

A cosa allude il legislatore, allorquando fa riferimento all'articolo 23 del Codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo n. 50/2016, destinato ad essere soppresso?

L'articolo 23 del decreto legislativo n. 50/2016 riguarda i livelli di progettazione che nel regime ancora vigente si connota di tre distinti fasi progettuali: dallo studio di fattibilità tecnico economica, passando dal progetto definitivo, fino al livello esecutivo che prelude all'affidamento delle opere.

Il Nuovo Codice, all'articolo 41 invece, riduce il numero dei livelli di progettazione a due.

Il citato comma 9 dell'articolo 225 del Nuovo Codice, pertanto, si preoccupa, di trovare un raccordo non tanto tra la disciplina applicabile alle procedure di affidamento a cavallo dell'acquisizione di efficacia del Nuovo Codice, quanto piuttosto tra il regime vigente e quello futuro relativo ai livelli di progettazione.

Il legislatore ha pertanto traslato il momento di discriminare dei regimi giuridici applicabili non al momento dell'indizione della gara, bensì al momento della sottoscrizione dell'incarico, determinando un disallineamento del *corpus* normativo applicabile, per le gare bandite sotto il regime del d.lgs. 50/2016 che presumibilmente "non andranno a dama" entro il 30 giugno.

Al fine di poter approfondire quali possano essere i risvolti pratici di una norma transitoria di tal guisa, appare opportuna una preliminare digressione a proposito del nuovo assetto normativo in proposito di nuovi livelli di progettazione.

2. I differenti livelli di progettazione

Come noto ai più, l'impostazione normativa di cui all'articolo 23, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016, articola la progettazione in materia di lavori pubblici in tre livelli di approfondimenti tecnici: progetto di fattibilità tecnica ed economica, progetto definitivo e progetto esecutivo.

L'articolo 41, comma 1, del Nuovo Codice, riduce gli

attuali tre livelli di progettazione a due soli livelli, ossia progetto di fattibilità tecnico-economica e progetto esecutivo, eliminando livelli intermedi di progettazione.

Come precisato nella "Relazione agli articoli e agli allegati" di accompagnamento al Nuovo Codice, la *ratio* di tale intervento è quello di semplificare le procedure relative all'approvazione dei progetti nonché snellire le procedure di verifica e validazione degli stessi. Infatti, i soli due livelli di progettazione hanno la finalità di assicurare:

- a) il soddisfacimento dei fabbisogni della collettività;
- b) la conformità alle norme ambientali, urbanistiche e di tutela dei beni culturali e paesaggistici, nonché il rispetto di quanto previsto dalla normativa in materia di tutela della salute e della sicurezza delle costruzioni;
- c) la rispondenza ai requisiti di qualità architettonica e tecnico-funzionale, nonché il rispetto dei tempi e dei costi previsti;
- d) il rispetto di tutti i vincoli esistenti, con particolare riguardo a quelli idrogeologici, sismici, archeologici e forestali;
- e) l'efficientamento energetico e la minimizzazione dell'impiego di risorse materiali non rinnovabili nell'intero ciclo di vita delle opere;
- f) il rispetto dei principi della sostenibilità economica, territoriale, ambientale e sociale dell'intervento, anche per contrastare il consumo del suolo, incentivando il recupero, il riuso e la valorizzazione del patrimonio edilizio esistente e dei tessuti urbani;
- g) la razionalizzazione delle attività di progettazione e delle connesse verifiche attraverso il progressivo uso di metodi e strumenti di gestione informativa digitale delle costruzioni di cui all'articolo 43;
- h) l'accessibilità e l'adattabilità secondo quanto previsto dalle disposizioni vigenti in materia di barriere architettoniche;
- i) la compatibilità geologica e geomorfologica dell'opera.

A tradurre in concreto la riduzione dei livelli di progettazione è il comma 5 dell'articolo 41 del Nuovo Codice, laddove dispone che la stazione appaltante o l'ente concedente, in funzione della specifica tipologia o dimensione dell'intervento, indica le caratteristiche, i requisiti e gli elaborati

progettuali necessari per la definizione di ogni fase della relativa progettazione.

Inoltre, per gli interventi di manutenzione ordinaria e straordinaria, è previsto che possa omettersi il progetto di fattibilità tecnica ed economica, a condizione che il progetto esecutivo contenga tutti gli elementi previsti per il livello omesso.

Quanto alla definizione del contenuto dei due livelli di progettazione, a differenza del vecchio Codice, si rimanda all'allegato I.7.

Anche in questo caso, emerge la chiara finalità di voler operare una semplificazione della disciplina contenuta nel Codice, rinviando agli allegati, per quanto concerne gli aspetti di carattere strettamente tecnico e operativo.

Il già menzionato allegato stabilisce altresì: il contenuto minimo del quadro delle necessità e del documento di indirizzo della progettazione, che le stazioni appaltanti e gli enti concedenti devono predisporre; le prescrizioni per la redazione del documento di indirizzo della progettazione da parte del RUP della stazione appaltante o dell'ente concedente e i requisiti delle prestazioni che devono essere contenuti nel progetto di fattibilità tecnico-economica.

Ma si badi bene, l'allegato è abrogato a decorrere dalla data di entrata in vigore di un corrispondente regolamento adottato ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, sentito il Consiglio superiore dei lavori pubblici, che lo sostituisce integralmente anche in qualità di allegato al Codice.

L'articolo 41, comma 1, del Nuovo Codice, riduce gli attuali tre livelli di progettazione a due soli livelli, ossia progetto di fattibilità tecnico-economica e progetto esecutivo, eliminando i livelli intermedi di progettazione, al fine di semplificare le procedure relative all'approvazione dei progetti nonché snellire le procedure di verifica e validazione degli stessi come segnalato nella "Relazione agli articoli e agli allegati" di accompagnamento al Nuovo Codice.



2.1 Progetto di fattibilità tecnico-economica

Il progetto di fattibilità tecnico-economica costituisce lo sviluppo progettuale della soluzione che, tra le alternative possibili, presenta il miglior rapporto tra costi complessivi da sostenere e benefici attesi per la collettività, in relazione alle specifiche esigenze da soddisfare e alle prestazioni da fornire.

E' elaborato sulla base della valutazione delle caratteristiche del contesto nel quale andrà inserita la nuova opera, compatibilmente con le preesistenze anche di natura ambientale, paesaggistica e archeologica.

Il progetto di fattibilità tecnico-economica comprende pure i necessari richiami all'eventuale uso di metodi e strumenti di gestione informativa digitale

delle costruzioni, novità, questa prevista nel nuovo impianto normativo.

Tra le altre caratteristiche si menzionano:

- lo sviluppo delle indagini e degli studi necessari per la definizione degli aspetti di cui all'art. 41 comma 1;
- l'individuazione delle caratteristiche dimensionali, tipologiche, funzionali e tecnologiche dei lavori da realizzare, compresa la scelta in merito alla possibile suddivisione in lotti funzionali;
- la possibilità di consentire, ove necessario, l'avvio della procedura espropriativa;
- l'inclusione di tutti gli elementi necessari per il rilascio delle autorizzazioni e approvazioni prescritte, che precedentemente erano contenute, invece, nell'ormai omesso livello di progettazione definitiva;
- il contenuto del piano preliminare di manutenzione dell'opera e delle sue parti.
- L'articolo 41, comma 7, rispondendo ad esigenze di semplificazione, specifica che per le opere proposte in variante urbanistica di cui

all'articolo 19 del decreto del Presidente della Repubblica 8 giugno 2001, n. 327, il progetto di fattibilità tecnico-economica, oltre a sostituire il progetto preliminare, così come previsto anche dal vecchio Codice, sostituisce ora anche il definitivo.

2.2 Progetto esecutivo

Il progetto esecutivo, secondo e ultimo livello di progettazione deve essere sempre redatto coerentemente con il livello che lo precede, ovvero con il progetto di fattibilità tecnico-economica.

Nella precedente impostazione normativa, l'articolo 23 del d.lgs. n. 50/2016 prevede un progetto esecutivo in coerenza con il livello intermedio, quindi con il progetto definitivo, ormai come già ribadito, definitivamente eliminato nel nuovo quadro normativo, ai sensi dell'articolo 41 del Nuovo Codice.

Inoltre, determina in ogni dettaglio i lavori da realizzare, il relativo costo previsto con l'indicazione delle coperture finanziarie e il cronoprogramma coerente con quello del progetto di fattibilità tecnico-economica.

Le ulteriori peculiarità dell'attuale progetto esecutivo sono elencate di seguito:

- sviluppa un livello di definizione degli elementi tale da individuarne compiutamente la funzione, i requisiti, la qualità e il prezzo di elenco;
- è corredato dal piano di manutenzione dell'opera per l'intero ciclo di vita e determina in dettaglio i lavori da realizzare, il loro costo e i loro tempi di realizzazione;
- se sono utilizzati metodi e strumenti di gestione informativa digitale delle costruzioni, sviluppa un livello di definizione degli oggetti rispondente a quanto specificato nel capitolato informativo a corredo del progetto;
- di regola, è redatto dallo stesso soggetto che ha predisposto il progetto di fattibilità tecnico-economica; ciò per evidenti ragioni connesse alle garanzie di coerenza e speditezza, come si evince dalla "Relazione agli articoli e agli allegati" di accompagnamento al Codice.

Ad ogni modo, l'affidamento disgiunto non è precluso, imponendosi, però, di esplicitare le ragioni per le quali si ritiene necessario, nonché l'accettazione da parte del nuovo progettista, senza riserve, dell'attività progettuale svolta in precedenza.

Nel caso in cui entrambi i livelli di progettazione costituiscono oggetto di affidamento esterno, l'avvio della progettazione esecutiva è condizionato dalla determinazione delle stazioni appaltanti e dagli enti concedenti sul progetto di fattibilità tecnico-economica.

Nel caso di servizi e forniture, è confermata la precedente articolazione della progettazione in un unico livello, i cui contenuti sono disciplinati in allegato.

Sull'omissione dei livelli di progettazione si sono sollevate critiche e perplessità.

ANAC si era già espressa sul tema e con un comunicato dell'11 maggio 2022 specificava, infatti, che *"quando la stazione appaltante omette livelli di progettazione, non sopprime gli stessi, ma li unifica al livello successivo che, come espressamente prescritto dal comma 4 dell'articolo 23, deve contenere tutti gli elementi previsti per il livello omesso, al fine di salvaguardare la qualità della progettazione."*

Pertanto, la stazione appaltante ha l'obbligo di determinare e pubblicare l'elenco dettagliato delle prestazioni richieste, relative ai singoli livelli di progettazione, per assicurare la qualità della progettazione e la conseguente realizzazione dell'opera.

3. Conclusioni

Rammentato quanto sopra, siano consentite alcune osservazioni.

Sebbene da più parti la scelta della riduzione del numero dei livelli di progettazione sia stata etichettata come una potenziale compromissione dei livelli di qualità progettuale e di sicurezza delle opere pubbliche, ad uno occhio più accorto, tale assunto appare privo di pregio, palesandosi come sostanzialmente conservativo.

I contenuti in concreto degli elaborati progettuali sono stati suddivisi tra i due livelli "superstiti", come è evidenziato dalle sezioni II e III (artt. 6 e 22) dell'Allegato I.7.

Qualora il quadro esigenziale della Stazione Appaltante risulti essere ben individuato nel Documento di indirizzo alla progettazione come stabilito nell'articolo 3 dell'Allegato I.7, il passaggio ad un livello più articolato quale è lo studio di fattibilità – cugino prossimo dell'odierno progetto definitivo – si paleserebbe, invero, più morbida e gestibile dal progettista incaricato di quanto i detrattori non pensino.

Viceversa, il "salto" dal DIP alla fattibilità tecnica economica apparirà invece arduo, solo qualora il Documento di indirizzo si connoti di fumosa incisività.

A ben vedere, la valutazione delle alternative progettuali da condursi – secondo il regime morituro - durante lo stadio preliminare di progettazione, si è spesso palesata quale momento di individuazione dell'esigenza pubblica dell'amministrazione, anziché lo stadio durante il quale identificare la soluzione tecnica più coerente e idonea per raggiungere l'interesse pubblico perseguito. Tale momento risulta essere stato, infatti, anticipato, nel momento della redazione del Documento di fattibilità delle alternative progettuali di cui all'articolo 2 del medesimo allegato.

Tale circostanza dovrebbe consentire, al progettista del primo stadio progettuale, di espletare un incarico sulla base di un DIP ben più corposo rispetto a quelli oggi utilizzati dalle stazioni appaltanti.

Il particolare regime transitorio stabilito dall'articolo 225, comma 9, del Nuovo Codice, deve intendersi, quindi, come un preciso intendimento del legislatore di velocizzare la transizione verso il nuovo assetto relativo ai livelli di progettazione, al fine di abbandonare le attuali prassi per le quali è affidato al progettista del livello preliminare sopperire ai *deficit* programmatori delle stazioni appaltanti.

E' infatti di tutta evidenza che i contratti relativi alle gare bandite dal 1 aprile in poi difficilmente potranno essere sottoscritti entro la data di efficacia del Nuovo Codice, con l'effetto che le stazioni appaltanti dovranno sin dall'indizione

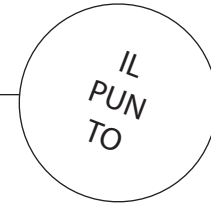
della procedura premurarsi di individuare l'oggetto contrattuale coerentemente con il nuovo assetto normativo di cui al nuovo Codice in tema di livelli di progettazione, sebbene la procedura di gara sia soggetta, secondo quanto previsto dall'articolo 229, comma 2, del Nuovo Codice, ancora al d.lgs. 50/2016.

Sarà possibile, nel mezzo del guado dell'entrata in efficacia del Nuovo Codice, verificare la presenza di procedure bandite sulla base del d.lgs. 50/2016, per quanto concerne le modalità di affidamento, ma recanti un oggetto già in linea con quello di cui al Nuovo Codice, avendo, l'amministrazione banditrice, valutato, di non poter sottoscrivere l'incarico entro la data sancita dal citato 225, comma 9.

Come sempre, sarà la giurisprudenza a dire se tale evenienza possa essere coerente con i principi di diritto immanenti all'ordinamento giuridico nazionale.

La nuova disciplina dei contratti sottosoglia nel nuovo codice

di Stefano de Marinis



Premessa

Tra le scelte che maggiormente caratterizzano il nuovo corso che il d.lgs. 31 marzo 2023, n.36, ha inteso conferire alla disciplina dei contratti pubblici spiccano senz'altro le previsioni in materia di appalti e concessioni d'importo inferiore all'ambito applicativo delle direttive europee di settore.

Secondo una fonte interpretativa qualificata, infatti, la prima cosa che si incontra nella lettura del testo inclusi gli allegati, è *una semplificazione incisiva, connessa a maggiore trasparenza degli appalti sottosoglia, accompagnata dalla scelta di concentrare tutta la disciplina in una parte dedicata del codice, di mettere a regime gran parte delle misure emergenziali dei decreti Legge 76 e 77, di inserire la considerazione dell'interesse transfrontaliero certo per evitare questioni di compatibilità con l'ordinamento europeo, con tempi rapidi per la stipula dei contratti ed esecuzione anticipata generalizzata, non più solo per ragioni di urgenza; tutto bilanciando con più trasparenza la maggiore semplificazione, posto che*

Semplificazioni sottosoglia con totale rimozione del "goldplating" sono in linea con la legge delega

queste semplificazioni sembravano il minimo, considerato quanto era imposto dalla delega con la sua rimozione del goldplating, che sul sottosoglia è totale¹.

Il senso di un'operazione che, nella sostanza, determina l'insorgere di una netta distinzione tra appalti nazionali e comunitari, è quello di **stabilizzare**, nel contesto domestico, i contenuti della **disciplina** cosiddetta **emergenziale**, introdotta soprattutto dal decreto legge 16 luglio 2020, n.76, per restituire rapidamente fiato all'attività produttiva totalmente arrestatasi a causa del blocco forzato dovuto alla pandemia.

Detta disciplina, che raccoglieva alcune delle opzioni tentate, pur in tutt'altro contesto, dal precedente decreto legge 18 aprile 2019, n. 32, noto anche

come sbloccacantieri, andando peraltro ben oltre, era stata pienamente confermata, anche nell'ottica PNRR, dal successivo decreto legge 31 giugno 2021, n.77, con il che la scelta operata dal legislatore, anzitutto in sede di delega, non può certo sorprendere.

1. Così Luigi Carbone LA SCOMMESSA DEL "CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI Relazione introduttiva al convegno dell'Istituto Jemolo "Il nuovo codice degli appalti – La scommessa di un cambio di paradigma: dal codice guardiano al codice volano" Avvocatura dello Stato 27 gennaio 2023).

Il tutto non certo senza dubbi e polemiche, a margine di un'operazione che, oltre alla eliminazione della gran parte delle condizionalità presenti nel mercato cosiddetto "sotto soglia", ad esempio in tema di garanzie di gara o di esecuzione, di fatto sottrae dal regime di preventiva pubblicità della singola procedura una larga fetta di contratti che, secondo alcune stime, potrebbero sottrarre al mercato il 36% del volume dei lavori pubblici².

Il punto è che, posto come un simile approccio possa essere considerato senz'altro opportuno quale misura di carattere straordinario per riavviare un ciclo economico, diversa rischia di essere la valutazione di alcuni a margine della sua stabilizzazione. D'altro canto non può negarsi che, a seguito della disciplina emergenziale, il PIL nazionale sia cresciuto in modo importante, creando le condizioni per la cosiddetta messa a terra degli investimenti che costituiscono l'obiettivo almeno dei prossimi dieci anni per l'attuazione di quegli interventi che l'Europa stessa ci chiede di realizzare, assegnandoci risorse a ciò espressamente finalizzate, finanziate con il debito comune.

1. Le semplificazioni

Concentrazione della relativa disciplina, semplificazione delle previsioni - al netto dei profili comunitari di cui si dirà oltre - e trasparenza sono quindi i tre driver lungo i quali, per affermazione condivisa, si muove la ricostruzione del quadro normativo riferito ai contratti di importo inferiore al limite di applicazione delle Direttive europee del 2014.

Premesso che l'articolo 48, al comma 1, prevede che l'affidamento e l'esecuzione dei contratti aventi per oggetto lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea si svolgano nel rispetto dei principi basilari su cui il nuovo

codice si fonda, tra i quali segnaliamo quello di fiducia e di risultato che lo stesso codice pone, con l'articolo 4, su un piano prioritario, sul fronte delle semplificazioni va detto che queste riguardano anche la fase a monte, innalzando, l'articolo 37 del nuovo codice, l'obbligo di preventivo inserimento di ciascun intervento in programmazione ad euro 140 mila per forniture e servizi ed a 150.000 per lavori; per il resto occorre distinguere tra quelle riferite alla fase di scelta del contraente ed all'esecuzione.

2.a. Relativamente alla fase di scelta del contraente

Su questo fronte, l'opzione del legislatore operata con l'articolo 50 è, anzitutto, quella di confermare la formula dell'**affidamento diretto** per i contratti di importo più contenuto: sotto i 150.000 euro per lavori e 140.000 per forniture e servizi.

La semplificazione consiste anche in una serie di chiarimenti interpretativi sanciti a livello di norma primaria che si aggiungono alle novità vere e proprie.

Tra i primi, il fatto che questa fascia d'importi non contempla il ricorso alla fattispecie della gara: in questo senso numerosi passaggi legislativi tra i quali, ad esempio, il comma 1 dell'articolo 54, dove si esclude espressamente anche solo la possibilità di usare l'esclusione automatica delle offerte anomale in caso di affidamento diretto.

A partire dagli indicati valori, fino al raggiungimento delle rispettive soglie comunitarie, che come è noto variano sensibilmente a seconda che si tratti di lavori da un lato o di forniture e servizi dall'altro, la scelta del codice è quella di confermare per la scelta del contraente la **procedura negoziata senza preventiva pubblicazione di bando**, con invito a 5 operatori economici adeguatamente qualificati, fino al valore contrattuale di 1 milione di

Le semplificazioni tengono conto delle osservazioni comunitarie



Procedure ordinarie utilizzabili per i lavori da 1 milione di euro in su senza obbligo di motivare



2. Così comunicato ANCE 30 marzo 2023.

euro; a 10 da tale valore in poi qui prevedendo (art.50, c.1, lett. d) la possibilità di utilizzare anche le procedure con bando prescindendo dall'obbligo di motivazione, cosa che, viceversa, era prevista nella formulazione del decreto *ante* stesura finale.

Tale modifica, introdotta dopo le osservazioni parlamentari, può essere variamente interpretata; sta di fatto che laddove la scelta della stazione appaltante dovesse optare verso il ricorso a procedura ordinaria, la questione si trasferirebbe, poi, sul fronte del rispetto delle tempistiche da osservare per la conclusione delle gare, come fissate dall'all. I.3 a seconda che per l'aggiudicazione si utilizzi il criterio del massimo ribasso o dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Secondo quanto previsto dall'articolo 17 comma 3, infatti, il **superamento dei termini indicati nell'allegato costituisce silenzio inadempimento** e rileva anche al fine della verifica del rispetto del dovere di buona fede, anche in pendenza di contenzioso.

L'opzione della procedura negoziata con invito a 10 operatori, che in passato riguardava solo gli appalti di lavori, vale anche per l'affidamento delle **concessioni sotto soglia**, il che rappresenta una assoluta novità tra quelle introdotte dal nuovo codice.

Passando al tema degli operatori economici da coinvolgere, l'articolo 50, comma 1, lett. c), d) ed e) prevede, in caso di procedure negoziate senza bando, che l'invito, o meglio la consultazione, vada riferita ad operatori individuati *in base ad indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici*.

Come previsto dall'art. 1, comma 2, lett. f) della legge delega, n.78, del 21 giugno 2022, il comma 2 esclude l'utilizzabilità del **sorteggio o di altro metodo di estrazione casuale dei nominativi** per la selezione degli operatori da invitare, salvo il caso di situazioni particolari, specificamente motivate, in cui non risulti praticabile nessun altro metodo.

Diversa è l'ipotesi degli affidamenti diretti, dove si

prevede, alle lettere a) e b), che si proceda **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**.

La differente dizione utilizzata per gli affidamenti diretti conferma che la scelta dell'operatore al quale affidare la commessa può

intervenire anche al di fuori della consultazione di albi o elenchi, e senza obbligo di confronto di preventivi economici anche laddove richiesti, con il solo limite di **utilizzo del MePA** per affidamenti di importo superiore ai 5000 euro.

Ciò detto delle modalità di individuazione degli operatori economici da coinvolgere nelle procedure di affidamento indicate, viene poi necessariamente in evidenza il principio generale di rotazione, fissato all'articolo 49.

Detta previsione, in attuazione di quanto stabilito dall'articolo 1, comma 2, lettera e), della legge delega, conferma il divieto di affidamento di 2 contratti successivi allo stesso operatore economico. Al riguardo, in termini innovativi, viene peraltro chiarito che il divieto riguarda solo le aggiudicazioni, non gli inviti, non è applicabile a commesse rientranti nello stesso settore merceologico, categoria di opere, o settore di servizi, fermo restando

che le stazioni appaltanti possono, con propri provvedimenti, definire fasce d'importo entro le quali ulteriormente delimitare detto divieto.

Confermata è altresì la regola secondo la quale, per contratti affidati con procedure negoziate non si applica il principio di rotazione quando l'indagine di mercato sia stata effettuata senza porre limiti al numero di operatori in possesso dei requisiti richiesti da invitare alla successiva procedura.

Quanto alle modalità di aggiudicazione, solo per le procedure negoziate è possibile utilizzare sia il criterio del massimo ribasso che quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa (articolo 50, comma 4), eccetto che per i contratti di cui

Procedure negoziate anche per l'affidamento delle concessioni



5.000 euro limite minimo per l'obbligo di ricorso al Me.PA



all'articolo 108, comma 2, per i quali è prevista solo l'offerta economicamente più vantaggiosa, per importi pari o superiori ad euro 140.000; entrambe le indicazioni appaiono coerenti con la lettura già resa, secondo la quale negli affidamenti diretti comunque non c'è gara con tutte le conseguenze del caso.³

Altra novità trovasi nella previsione di cui al comma 1 dell'articolo 54, secondo la quale in caso di ricorso al massimo ribasso l'esclusione automatica delle offerte anomale è percorribile solo per affidamenti di lavori e di servizi, non per le forniture.

Il metodo di individuazione delle offerte anomale, scelto liberamente fra i tre accuratamente disciplinati, anche matematicamente, nell'allegato II.2, va indicato dalle stazioni appaltanti all'atto di indizione della procedura ovvero, secondo le modifiche da ultimo apportate all'originaria formulazione del nuovo codice all'atto della definitiva approvazione, in sede di valutazione delle offerte, tramite sorteggio.

Dei tre metodi previsti, il primo ricalca con qualche chiarimento, quello attualmente disciplinato dai commi 2 e 2 bis dell'articolo 97 del d.lgs. n.50 del 2016. Il secondo lo ripercorre in parte, con l'unica fondamentale differenza che il metodo applicato per determinare la soglia di anomalia non necessariamente esclude lo sconto maggiore presentato in gara; tale potenziale maggior spinta concorrenziale è bilanciata dalla regola tutta nuova del cosiddetto **"secondo prezzo"**, in forza della quale resta aggiudicataria della gara l'impresa che ha offerto il prezzo più basso tra quelli non anomali, ma il contratto è regolato al prezzo dalla seconda classificata. Con il terzo metodo la stazione appaltante, anche utilizzando

Offerte anomale: esclusione automatica non percorribile per le forniture



alcuni parametri messi a punto dall'Anac, indica nella documentazione di gara lo **"sconto di riferimento"** espresso in percentuale rispetto alla base d'asta in rapporto al quale le imprese formulano i loro rispettivi sconti; tale indicazione, corretta in base ad una componente randomica determinata successivamente in base alle offerte ricevute, costituisce il riferimento da utilizzare per l'individuazione dell'offerta aggiudicataria, nel senso di quella che immediatamente precede il valore rideterminato, in termini di minor ribasso.

Relativamente all'utilizzo dell'offerta economicamente più vantaggiosa, questa, ai sensi dell'articolo 108, comma 2, già citato, costituisce obbligo nel caso di appalti integrati, lavori caratterizzati da notevole contenuto tecnologico o con carattere innovativo, servizi e forniture di importo pari o superiore a € 140.000 di analogo contenuto; servizi tecnici di importo pari o superiore a € 140.000.

Di rilievo è altresì la statuizione secondo la quale, in caso di OEPV, negli appalti sottosoglia il RUP può esser parte ed anche assumere il ruolo di presidente della commissione giudicatrice (art. 51).

In merito all'ulteriore profilo del controllo sul possesso dei requisiti dichiarati, da segnalare, in fine, l'ulteriore semplificazione recata dal comma 1 dell'articolo 52, dove si prevede che, per affidamenti

diretti fino a 40.000 euro, si operi in forma periodica, ad esempio ogni anno, e a campione.

2.b Relativamente alla fase di esecuzione

Una serie di semplificazioni riguardano anche la fase dell'esecuzione, a dimostrazione del fatto che

Negli appalti sottosoglia il RUP può senz'altro presiedere la commissione giudicatrice



3. Possibilità di auto promuoversi ed amministrazioni in ipotesi vincolate a considerare la proposta; anche laddove richiesti preventivi economici non v'è obbligo di loro confronto, ecc.

l'intento che ispira il legislatore sul punto riguarda l'ambito del sottosoglia a tutto tondo.

Esclusa, anzitutto, è l'applicazione del cosiddetto *stand still*, ovvero del periodo di 35 giorni liberi decorrenti dall'aggiudicazione da far decorrere, ai sensi della disciplina comunitaria in materia di ricorsi, prima di poter procedere alla firma del contratto; viceversa, è anzi detto che questa debba intervenire necessariamente entro 30 giorni dall'aggiudicazione.

In questo senso dispone l'articolo 55 che, per la parte relativa alla soppressione dello stand still si spiega esattamente nell'ottica dell'eliminazione, sotto soglia, di tutto quanto legato all'estensione in tale ambito di previsioni comunitarie (divieto di *gold plating*), come chiaramente evidenziato dalle affermazioni riportate in premessa; ciò ad eccezione della rilevanza transfrontaliera dell'affidamento di cui si dirà più avanti.

Confermata, poi, al comma 6 dell'articolo 50, è la scelta della disciplina emergenziale nel senso della possibilità per le stazioni appaltanti di ricorrere sempre all'esecuzione anticipata del contratto, quindi anche al di fuori dei casi di urgenza, dopo la verifica dei requisiti dell'aggiudicatario. Resta peraltro ferma la regola generale secondo la quale, in caso di mancata stipula, l'aggiudicatario ha diritto al rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione di quanto nel frattempo ordinato.

Ancora, ai sensi del successivo comma 7, la stazione appaltante può sempre sostituire il certificato di collaudo o il certificato di verifica di conformità con il certificato di regolare esecuzione, rilasciato dal direttore dei lavori o dal direttore dell'esecuzione, da emettersi non oltre mesi 3 dall'ultimazione delle prestazioni oggetto di contratto.

3. Le semplificazioni e la trasparenza

Venendo al tema pubblicità, che secondo le affermazioni riportate in premessa rappresenta il contrappeso della semplificazione, l'articolo 50, ai commi 8 e 9 prevede che i bandi e gli avvisi di pre-informazione siano pubblicati nella Banca dati

nazionale dei contratti pubblici dell'ANAC e sul sito istituzionale della stazione appaltante.

Con le stesse modalità deve essere pubblicato l'avviso sui risultati delle procedure di affidamento contenente, nei casi di procedure negoziate senza bando, anche l'indicazione dei soggetti invitati.

Un'integrazione apportata nella parte finale del comma 2 dell'articolo 50 in sede di approvazione finale del nuovo codice prevede, infine, che le stazioni appaltanti altresì pubblichino, sul proprio sito istituzionale, i nominativi degli operatori consultati.

4. Gli affidamenti transfrontalieri (giurisprudenza e lettera UE 21)

A fronte di un così netto distacco tra la disciplina dei contratti di valore comunitario e quella fissata a per il sottosoglia si pone la necessaria considerazione degli affidamenti transfrontalieri, ovvero di quegli appalti o concessioni che pur collocandosi per valore nell'ambito strettamente nazionale possono in principio considerarsi oggetto di interesse per operatori economici appartenenti a paesi comunitari confinanti.

Il tema si era già posto in passato, per il solo profilo riguardante il trattamento delle offerte anomale, in termini di loro esclusione automatica di cui si è già detto commentando l'all. II.2 portando alla coppia di decisioni dell'Alta Corte, C-147/06 e C148/06, alle quali la stessa relazione al nuovo codice fa riferimento.

Al riguardo, le relative indicazioni erano nel senso che detto interesse dovesse essere anzitutto certo, e per quanto attiene i relativi parametri *un appalto di lavori potrebbe, ad esempio, presentare tale interesse transfrontaliero in ragione del suo valore stimato, in relazione alla propria tecnica o all'ubicazione dei lavori in un luogo idoneo ad attrarre l'interesse di operatori esteri.*

Il nuovo codice all'articolo 48, comma 2, prevede quindi che, in presenza di contratti di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea *la stazione appaltante accerta l'esistenza di un interesse*

In caso di interesse transfrontaliero certo si applica la disciplina ordinaria



transfrontaliero certo, segue le procedure ordinarie, cioè quelle previste per gli affidamenti comunitari.

La prescrizione tiene conto sia dei riferiti indirizzi giurisprudenziali sia di quanto da ultimo indicato nella lettera della Commissione europea del 6 aprile 2022, di messa in mora dell'Italia, la quale, al punto 2.3., occupandosi della citata disciplina emergenziale, ha ritenuto detta disciplina violativa dei principi europei di trasparenza, parità di trattamento e non discriminazione, laddove non obbliga la stazione appaltante a valutare se l'appalto presenti un interesse transfrontaliero certo.

In questo senso, la disciplina dettata dal nuovo codice, che sottopone *tout court* alle procedure ordinarie proprie dei contratti di importo comunitario gli affidamenti di interesse transfrontaliero, mira a liberare le stazioni appaltanti dal complesso compito di individuare, volta per volta, quale possa essere la disciplina adeguata a tale casistica.

Coerentemente dispone l'articolo 54 comma 1, del codice secondo il quale all'esclusione automatica delle offerte anomale trova applicazione solo laddove il contratto non presenti un interesse transfrontaliero certo.

L'accertamento di detto interesse, che dovrà essere necessariamente preventivo rispetto all'avvio della singola procedura, riguarda ciascuna stazione appaltante chiamata a valutarlo sia in rapporto all'ampiezza della prevista partecipazione, sia in funzione dei precedenti registrati nel contesto, per importi e tipologie di affidamenti analoghi.

5. Conclusioni

Le riferite previsioni, beninteso, non esauriscono l'ambito degli adempimenti di più marcato contenuto innovativo, specie per quel che riguarda le procedure di affidamento, da osservarsi dalle stazioni appaltante anche negli appalti sottosoglia, in virtù di previsioni di portata generale.

Tra queste si vuole qui ricordare l'obbligo, previsto

dall'articolo 57 a tenore del quale bandi, avvisi ed inviti 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 d'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 datoriali e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, nonché le tutele economiche e normative per i lavoratori in subappalto rispetto ai dipendenti dell'appaltatore e contro il lavoro irregolare.

L'accertamento dell'eventuale interesse transfrontaliero compete alla stazione appaltante

L'obbligo riguarda espressamente gli appalti e concessioni e l'osservanza delle relative regole deve tener conto della tipologia di intervento mentre l'operatore economico deve indicare nell'offerta le modalità con cui intende adempiere ai predetti impegni (articolo 102).

Per favorire la partecipazione delle micro, piccole e medie imprese, anche di prossimità, l'articolo 58 prevede, inoltre, che gli appalti siano suddivisi in lotti funzionali, prestazionali o quantitativi.

Il "lotto quantitativo", che costituisce la novità recata dal codice è definito nell'allegato I.1 come quello potenzialmente *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, aggiunge una modifica dell'ultima ora, adeguato alla capacità economico-finanziaria delle medie e piccole imprese.*

Trattasi, come si vede, di un complesso di previsioni di forte contenuto innovativo, che giustificano da un lato il fatto di aver rimesso mano, per l'ennesima volta, ad un quadro di regole che da anni non conosce tregua; dall'altro il rischio di interferenza con l'attuazione dei programmi di spesa finanziati con fondi PNRR, PNC e Fondi strutturali; ciò nonostante la norma di salvaguardia fissata dall'articolo 225, al comma 8, che consente di operare in continuità per tali progetti.

Il fatto che, comunque, si possa incorrere in rallentamenti legati al nuovo contesto di norme non è infatti fugato, specie per la presenza di interventi cosiddetti orizzontali. In tal senso valga l'esempio della ridefinizione della figura del RUP che, incidendo sui profili organizzativi degli enti, rischia di ripercuotersi sulla gestione della totalità delle procedure, incluse quelle finanziate con fondi PNRR.

Nello stesso senso, del resto, è da leggersi il rinvio al 1° gennaio 2024 dell'efficacia di una serie di previsioni indicate all'articolo 225, secondo comma, specie relativamente al tema digitalizzazione che costituisce altro intervento orizzontale.

Entrata in vigore ed efficacia differita del Decreto legislativo 36/2023 (nuovo Codice dei contratti)

di Stefano Usai

IL
PUN
TO

Premesse

Il Decreto legislativo 36/2023 "Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78") - nel prosieguo solo nuovo Codice - contiene importanti disposizioni. Le disposizioni transitorie sono previste nella Parte III ("Disposizioni transitorie, di coordinamento e abrogazioni") del libro V ("Del contenzioso e dell'autorità nazionale anticorruzione. Disposizioni finali e transitorie") in cui si definisce, semplificando, il momento transitorio del passaggio dall'attuale codice (del 2016) al nuovo impianto normativo declinato nel nuovo Codice, appunto, nei 38 allegati (destinati a superare l'esperienza delle linee guida ANAC e dei vari decreti Ministeriali).

1. Le norme applicabili dal 1° aprile 2023

Il micro impianto normativo sopra specificato è costituito dalle seguenti norme:

- Art. 224 sulle "Disposizioni ulteriori";
- Art. 225 con le "Disposizioni transitorie e di coordinamento";
- Art. 226 che disciplina le "Abrogazioni e disposizioni finali";
- Art. 227 relativo agli "Aggiornamenti";
- Art. 228 che dispone sulla consueta "Clausola di invarianza finanziaria";
- Art. 229 rubricato "Entrata in vigore".

La principale norma di riferimento, che chiude il nuovo Codice, è quella contenuta nell'articolo 229

("Entrata in vigore") in cui si dispone che il codice "entra in vigore, con i relativi allegati, il 1° aprile 2023".

Con il secondo comma si chiarisce che "Le disposizioni del codice, con i relativi allegati, acquistano efficacia il 1° luglio 2023".

Si definisce una efficacia differita che non riguarda la totalità delle norme visto che alcune potranno essere applicate solo a far data dal 1° gennaio 2024 (con applicazione per il 2023 delle omologhe norme codicistiche) ed alcune disposizioni, in particolare in tema di collegi consultivi tecnici entrate in vigore già al 1° aprile 2023 ed immediatamente applicabili.

In particolare, la questione viene affrontata con l'articolo 224 in cui si puntualizza – con il primo comma -, che "Le disposizioni di cui agli articoli da 215 a 219 si applicano anche ai collegi già costituiti ed operanti alla data di entrata in vigore del codice".

Le norme in parola sono:

- Art. 215 "Collegio consultivo tecnico";
- Art. 216 "Pareri obbligatori";
- Art. 217 "Determinazioni";
- Art. 218 "Costituzione facoltativa del collegio consultivo tecnico";
- Art. 219 "Scioglimento del collegio consultivo tecnico".

È noto che in questo frangente – ante nuovo Codice – la disciplina dei collegi consultivi – obbligatori negli appalti di lavori sopra soglia – risultano disciplinati dal DL 76/2020 (in particolare con l'articolo 6). Ecco quindi che un micro complesso normativo trova applicazione già dal 1° aprile.

2. Le modifiche al DL 76/2020

Importanti disposizioni sono innestate nel comma 2 dell'articolo 224.

Le disposizioni transitorie sono previste nella Parte III ("Disposizioni transitorie, di coordinamento e abrogazioni") del libro V ("Del contenzioso e dell'autorità nazionale anticorruzione. Disposizioni finali e transitorie") in cui si definisce, semplificando, il momento transitorio del passaggio dall'attuale codice (del 2016) al nuovo impianto normativo declinato nel nuovo Codice, appunto, nei 38 allegati (destinati a superare l'esperienza delle linee guida ANAC e dei vari decreti Ministeriali).



In primo luogo si puntualizza che "Dalla data in cui il codice acquista efficacia – nda e quindi dal 1° luglio 2023 -, al decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 settembre 2020, n. 120, sono apportate le seguenti modificazioni:

a) all'articolo 1, il comma 5 è sostituito dal seguente:

«5. Alle procedure per l'affidamento dei servizi di organizzazione, gestione e svolgimento delle prove dei concorsi pubblici di cui agli articoli 247 e 249 del decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 luglio 2020, n. 77, si applicano le disposizioni del Libro II, Parte I, del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo di attuazione della legge 21 giugno 2022, n. 78.»;

b) l'articolo 2-bis è abrogato;

c) all'articolo 8, comma 1, le parole: «e fino alla data del 30 giugno 2023» sono soppresse".

La disciplina di maggiore rilievo è proprio quest'ultima visto che estende praticamente sine die alcune tra le più rilevanti semplificazioni innestate nel periodo emergenziale, ad esempio, l'esecuzione della prestazione in via d'urgenza nelle more della verifica dei requisiti.

Si tratta di una norma di indubbia rilevanza visto che il nuovo Codice reintroduce ben tre differenti ipotesi di esecuzione immediata ma sola ante stipula del contratto e quindi con previa verifica positiva sul possesso dei requisiti (come oggi previsto nel Codice del 2016).

Le nuove fattispecie risultano:

- Art. 50 comma 6 che consente l'esecuzione in via d'urgenza per gli appalti sotto la soglia comunitaria senza motivazione;
- Art. 17 comma 8 che prevede l'esecuzione immediata ma con motivazione (dopo la verifica dei requisiti);

- Art. 17, comma 9 che dispone sull'esecuzione immediata obbligatoria in presenza di danni a persone, cose o animali o pericolo di perdita di finanziamenti europei;

Questa norma, però, pone un problema quanto ad applicabilità visto che in relazione agli appalti del PNNR/PNC la stessa poteva già essere applicata fino al 31/12/2023 come previsto dall'articolo 14 del DL 13/2023 convertito con legge 41/2023).

In relazione agli altri appalti, una norma simile pone la questione delle procedure avviate a far data dal 1° luglio 2023 (si pensi alla lettera di invito nella procedura negoziata inviata a far data dal 1° luglio) in questo caso – per norma contenuta nell'articolo 226 -, si applica il nuovo impianto normativo.

In pratica, la norma dell'articolo 224 dovrebbe consentire la fattispecie dell'esecuzione in via d'urgenza emergenziale solo per i contratti aggiudicati dopo il 1° luglio 2023 ma avviati precedentemente.

3. La disciplina delle commissioni di gara (nel sottosoglia comunitario)

Di fondamentale importanza risulta la modifica previste nel comma 3 in cui si legge che, dall'efficacia del nuovo Codice (a far data dal 1° luglio 2023) "all'articolo 107, comma 3, lettera a), del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, sono aggiunte, in fine, le seguenti parole: «la commissione giudicatrice, nel caso di aggiudicazione dei contratti di importo inferiore

Importanti disposizioni sono innestate nel comma 2 dell'articolo 224. In primo luogo si puntualizza che dalla data in cui il codice acquista efficacia – nda e quindi dal 1 luglio 2023 -, al decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 settembre 2020, n. 120, sono apportate importanti modificazioni.



Sulle abrogazioni (Art. 226), considerato che gli allegati avranno efficacia dal 1° luglio con cessazione dell'efficacia delle linee guida ANAC (come previsto dal secondo comma dell'articolo 229), la prima annotazione che deve essere espressa, evidentemente, è che viene superata l'esperienza della "prassi" dell'autorità anticorruzione



alle soglie europee con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, può essere presieduta dal responsabile unico del procedimento;»".

La norma, evidentemente, si collega al nuovo articolo 51 in cui si prevede che il RUP non solo possa far parte della commissione di gara ma, nel sottosoglia, addirittura presiederla.

Per consentire la presidenza ad un soggetto che potrebbe essere solo un funzionario/direttivo e non dirigente,

ovviamente, si rende necessario per gli enti locali la modifica dell'articolo 107 sopradetta.

4. Le abrogazioni

Sulle abrogazioni (Art. 226), considerato che gli allegati avranno efficacia dal 1° luglio con cessazione dell'efficacia delle linee guida ANAC (come previsto dal secondo comma dell'articolo 229), la prima annotazione che deve essere espressa, evidentemente, è che viene superata l'esperienza della "prassi" dell'autorità anticorruzione.

Il riferimento è alle linee guida ANAC che hanno creato più di un equivoco circa la natura vincolante (o meno).

E' chiaro che in futuro – si auspica – si dovrebbero presentare meno problemi interpretativi visto che i RUP opereranno con autentiche norme giuridiche.

5. Il nuovo regime giuridico

L'articolo 226 del nuovo codice ("Abrogazioni e disposizioni finali") puntualizza il momento transitorio.

Il primo comma precisa che l'attuale codice dei contratti

(il decreto legislativo 50/2016) verrà abrogato dal momento in cui il nuovo codice diventa efficace ovvero dal 1° luglio.

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

In questo senso si spiega che a decorrere dal momento in cui il nuovo codice acquista efficacia (ovvero dal 1° luglio 2023) le disposizioni del decreto legislativo 50/2016 continueranno ad applicarsi solamente alle procedure ancora in corso.

Per procedure ancora in corso si intendono:

a) le procedure e i contratti per i quali i bandi o avvisi con cui si indice la procedura di scelta del contraente siano stati pubblicati prima della data in cui il codice acquista efficacia (e quindi prima del 1° luglio 2023);

b) in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o avvisi, le procedure e i contratti in relazione ai quali, alla data in cui il codice acquista efficacia (1° luglio 2023), siano stati già inviati gli avvisi a presentare le offerte;

c) per le opere di urbanizzazione a scomputo del contributo di costruzione, oggetto di convenzioni urbanistiche o atti assimilati comunque denominati, i procedimenti in cui le predette convenzioni o atti siano stati stipulati prima della data in cui il codice acquista efficacia (1° luglio 2023);

d) per le procedure di accordo bonario di cui agli articoli 210 e 211, di transazione e di arbitrato, le procedure relative a controversie aventi a oggetto contratti pubblici, per i quali i bandi o gli avvisi siano stati pubblicati prima della data in cui il codice acquista efficacia, ovvero, in caso di mancanza di pubblicazione di bandi o avvisi, gli avvisi a presentare le offerte siano stati inviati prima della suddetta data (anche in questo caso prima del 1° luglio 2023).

Come evidenziato, quindi, gli atti tecnici delle varie procedure se adottati prima del 1° luglio consentiranno la prosecuzione dell'applicazione del decreto legislativo 50/2016.

Il comma 3 dell'articolo 226 prevede l'abrogazione, di una serie di norme e provvedimenti a far data non dall'entrata in vigore del codice ma dalla data di efficacia e quindi dal 1 luglio 2023.

In particolare si prevede l'abrogazione:

- a) del regio decreto 3 maggio 1923, n. 1612;
- b) dell'articolo 11, comma 5, lettere d) e f), della legge 23 dicembre 1992, n. 498;
- c) del decreto del Presidente della Repubblica 27 aprile 2006, n. 204;
- d) dell'articolo 1, comma 32, della legge 6 novembre 2012, n. 190;
- e) del decreto del Ministro dello sviluppo economico 7 giugno 2017, n. 122";
- f) del decreto del Ministro dei beni e delle attività culturali e del turismo 22 agosto 2017, n. 154,";
- g) il decreto del Ministro dell'economia e delle finanze del 28 settembre 2022", pubblicato nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana n. 239 del 12 ottobre 2022.

Gli atti tecnici delle varie procedure se adottati (pubblicazione del bando e invio lettera di invito) prima del 1° luglio consentiranno la prosecuzione dell'applicazione del decreto legislativo 50/2016.



6. L'efficacia differita

Norma di particolare rilievo è contenuta nel comma 1 dell'articolo 225 che fissa un importante momento transitorio.

In cui, chiarito che fino al 31 dicembre 2023 si proseguirà con le attuali modalità di pubblicazione dei bandi e degli avvisi e quindi con la pubblicazione in G.U. per la decorrenza degli effetti la seconda parte, proprio in tema stabilisce il momento transitorio per un intenso impianto normativo.

In particolare, dal secondo periodo il comma in parola precisa che "Fino al 31 dicembre 2023 trovano applicazione le disposizioni di cui agli articoli 70, 72, 73, 127, comma 2, 129, comma 4 del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 e del decreto del Ministero delle

infrastrutture e dei trasporti adottato in attuazione dell'articolo 73, comma 4 del medesimo codice di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 del 2016 (si tratta del d.m. 2 dicembre 2016, in G.U. n. 20 del 25 gennaio 2017 - n.d.r.). Le spese per la pubblicazione obbligatoria degli avvisi e dei bandi di gara sono rimborsate alla stazione appaltante dall'aggiudicatario entro il termine di 60 sessanta giorni dall'aggiudicazione. La pubblicazione di informazioni ulteriori, complementari o aggiuntive avviene esclusivamente in via telematica e non può comportare oneri finanziari a carico della stazione appaltante. Fino al 31 dicembre 2023 continuano le pubblicazioni sulla piattaforma del Servizio contratti pubblici del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti di cui all'Allegato B al decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33. Dal 1° gennaio 2024, acquistano efficacia gli articoli 27, 81,83, 84 e 85".

7. Il secondo comma dell'articolo 225

Altro fondamentale momento transitorio si registra con il secondo comma dell'articolo 225.

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

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

gestione delle garanzie.

Si assiste, quindi, ad un importante differimento su norme la cui operatività concreta esige anche delle innovazioni tecnologiche.

Si pensi ad esempio, all'articolo 25 in tema di piattaforme di approvvigionamento digitale. Si tratta di una norma che obbligherà la stazione appaltante a dotarsi di apposita piattaforma conforme ai dettami AGID o ad appoggiarsi a soggetti pubblici/privati per poter utilizzare una specifica piattaforma.

Norma non irrilevante se si pensa che, nonostante le nuove disposizioni in tema di qualificazione, ogni stazione appaltante avrà un margine di azione autonoma (nei limiti dei 140 mila euro per beni/servizi) e nei limiti – da intendersi come nel primo caso per importi al di sotto -, dei 500mila euro per lavori.

Tra le norme ad efficacia rinviata al 1° gennaio, si deve registrare, il differimento delle disposizioni in tema di accesso agli atti (artt. 35 e 36). Si tratta di norme realmente innovative che consentono l'accesso digitale immediato subito dopo la comunicazione dell'aggiudicazione.

Fino al 31/12/2023 continuerà ad applicarsi l'articolo 53 del Codice del 2016 anche ai nuovi appalti.

Più in generale, il differimento riguarda le norme sul "digitale" che rappresenta una delle reali novità del nuovo Codice.

In questo senso troveranno applicazione le norme di cui agli artt.:

- Art. 19 "Principi e diritti digitali";
- Art. 20 "Principi in materia di trasparenza";
- Art. 21 "Ciclo di vita digitale dei contratti pubblici";
- Art. 22 "Ecosistema nazionale di approvvigionamento digitale (e-procurement";
- Art. 23 "Banca dati nazionale dei contratti pubblici";
- Art. 24 "Fascicolo virtuale dell'operatore economico";
- Art. 26 "Regole tecniche".

Tra gli ulteriori rinvii (di efficacia) si deve

ricordare il comma 8 dell'articolo in commento cui ci si sofferma sugli appalti del PNRR/PNC.

A questi appalti, anche finanziati solo in parte dal PNRR/PNC "nonché dai programmi cofinanziati dai fondi strutturali dell'Unione europea, ivi comprese le infrastrutture di supporto ad essi connesse, anche se non finanziate con dette risorse".

Continueranno, evidentemente ad applicarsi le disposizioni di cui al decreto-legge n. 77 del 2021, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 108 del 2021, al nonché le specifiche disposizioni legislative finalizzate a semplificare e agevolare la realizzazione degli obiettivi stabiliti dal PNRR, dal PNC nonché dal Piano nazionale integrato per l'energia e il clima 2030 di cui al regolamento (UE) 2018/1999 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2018.

L'articolo 25 in tema di piattaforme di approvvigionamento digitale precisa l'obbligo della stazione appaltante di dotarsi di apposita piattaforma conforme ai dettami AGID o ad appoggiarsi a soggetti pubblici/privati per poter utilizzare una specifica piattaforma. La norma si applicherà dal 1° gennaio 2024.



Il comma 9 dispone in tema di progettazione, dal 1° luglio 2023 le disposizioni di cui all'articolo 23 del codice del 2016 continuano ad applicarsi ai procedimenti in corso.

Per procedimenti in corso si intendono:

a) le procedure per le quali è stato formalizzato l'incarico di progettazione alla data in cui il codice acquista efficacia;

b) Nel caso in cui l'incarico di redazione del progetto di fattibilità tecnico economica sia stato formalizzato prima

della data in cui il codice acquista efficacia, la stazione appaltante può procedere all'affidamento congiunto di progettazione ed esecuzione dei lavori sulla base del progetto di fattibilità tecnico ed economica oppure sulla base di un progetto definitivo redatto ai sensi dell'articolo 23 del codice dei contratti pubblici, sempre del Codice del 2016.

Project management e settore pubblico (parte 3)

di Pier Luigi Guida

IL
PUN
TO

1. Il rup diventa di... progetto

Una delle modifiche, o almeno per noi dovrebbe dirsi "innovazioni" del nuovo Codice dei contratti pubblici (D. Lgs. n. 36 del 31/3/2023) è stata la trasformazione della tradizionale dizione del Responsabile del Procedimento, alias in breve RUP, in Responsabile di *Progetto*. Per chi scrive e per tutti coloro che hanno a cuore lo sviluppo del project management propriamente detto nel nostro paese, la modifica, apparentemente solo lessicale, non è poca cosa, ma giunge al termine di un lungo percorso iniziato dall'epoca dell'introduzione dello stesso istituto del RUP (primi anni '90), e con alterne vicende protrattasi sino a i nostri giorni. Si direbbe quindi una lunga "storia", durata oltre trent'anni, a testimonianza di come le parole e certi concetti richiedono tempo per maturare ed evolversi, almeno in certi settori che pure restano traenti e

fondamentali per la pubblica amministrazione, il cui ruolo per il generale sviluppo socio-economico del paese è senza dubbio di notevole rilevanza.

Un semplice cambio di nome può voler dire in verità poca cosa, se non accompagnato da una parallela volontà e strategia di voler non tanto cambiare, quanto trasformare in meglio la gestione della cosa pubblica, o come si direbbe in linguaggio moderno fare del "*change management*"; cioè un più generale cambiamento socio-organizzativo che abbia come obiettivo il miglioramento delle cosiddette prestazioni – oggi si direbbe anche "performance" – degli aspetti di efficienza ed efficacia nella realizzazione di tutti i progetti pubblici, che includono sia opere, cosiddetti nella tradizione "lavori", sia sviluppo di nuovi servizi. Perché il RUP non è il solo a dover cambiare di nome né il solo ad operare nel sistema pubblico.

In precedenti contributi di questa serie, dedicata al project management nel settore pubblico, si è infatti cercato di definire meglio il significato delle voci in tema – progetto, project management ecc. – anche riguardo al volgare parlato, e come si debba impostare il discorso delle competenze, quando si parli appunto di RU“P”, ma non solo; ovvero inquadrarne più in generale il tema in quello delle “competenze organizzative” e quindi della stazione appaltante, di cui il RUP resta non unica, ancorché importante espressione. Fra l’altro si è cercato di rilevare come il successo di un progetto non possa dipendere da una o dalla sola persona del RUP, nonostante l’importanza e “unicità” del ruolo, quanto da una più generale attitudine, infrastrutture e capacità del *top management* a sostenerne e personalizzare più in generale ruolo e funzioni che guidano, o come modernamente si dice, sono responsabili della “governance” della gestione progetti. Così come in ogni organizzazione matura di project management, sia nel settore privato che pubblico, un project manager anche fra i migliori del mercato non può da solo affrontare e condurre al successo un qualsiasi progetto. La responsabilità della stessa governance o di più alto livello in tema di project management è stata in particolare evidenziata nelle ultime norme in argomento, UNI ISO 21500 e 21502 [1, 2], pure positivamente citate nel nuovo codice.

In tale quadro, il pensiero va certamente alla struttura o strutture di supporto al RUP, già previste a tal scopo, ma di cui personalmente riteniamo non si faccia ancora sufficiente o idoneo utilizzo, altro punto di sensibile interesse in tema di competenze organizzative di project management; funzione, come ogni servizio di possibile acquisizione, che dev’essere infatti oggetto di direzione e di coordinamento da parte di un responsabile della stazione appaltante.

L’altro punto di riguardo è che il RUP o project manager comunque risponde a un referente di più alto livello, che in particolare in base alla citata norma UNI ISO 21502, si definisce - secondo definizione di stampo internazionale - “sponsor” di progetto, dizione peraltro di derivazione anch’essa latina, che appunto realizza la responsabilità strategica o di livello superiore del progetto, tema su quale il Codice non fa ad esempio esplicito riferimento, rinviano senz’altro alle responsabilità preordinate e di livello istituzionale proprie della stazione appaltante. Ma di cui si dovrà pure tener conto.

2. La storia del RUP

Rinviando a un precedente contributo la distinzione fra procedimento e progetto, il “nuovo” RUP ci offre occasione di tracciare l’evoluzione nel tempo della stessa figura, per comprendere come si è finalmente giunti al nuovo *nomen*, per concludere infine con le relative competenze e le prospettive che in tal senso si aprono.

Il RUP ha avuto origine all’inizio degli anni ‘90 del secolo scorso con la legge di riforma amministrativa (L. n. 241/90), introdotta allo scopo di innovare la situazione sempre più parcellizzata e burocratica della macchina statale, che pertanto introduceva il “*responsabile del procedimento amministrativo*”.

Nell’ambito dei contratti dei lavori pubblici, viene quindi introdotta la figura di un “unico” responsabile del procedimento nella Legge n. 109/1994 (prima Legge Merloni) nonché esplicitata nel relativo DPR 554/99, “Regolamento d’attuazione della legge quadro in materia di lavori pubblici”, che esprime il requisito di unicità per le fasi di supporto alla programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione, da cui anche l’acronimo RUP. Ciò transita nel successivo Codice degli appalti (D. Lgs. 163/2006) e nel rispettivo regolamento (DPR 207/2010), che peraltro ne sottolinea la missione di conduzione unitaria dell’intervento “*in relazione ai tempi e ai costi preventivati, alla qualità richiesta*”. È senz’altro verosimile in questa tendenza anche l’influsso delle esperienze estere, in cui peraltro il project manager era già da tempo introdotto (USA) al fine proprio di garantire l’unicità di presenza e gli interessi del cliente o committente in tutto il ciclo di vita del progetto.

L’intenzione del nostro legislatore di introdurre analoga figura, si concretizzava in particolare nelle indicazioni riportate all’art.10 del suddetto Codice, in cui si definivano i compiti generali del RUP, quali la vigilanza sulla corretta esecuzione dei contratti e il controllo sui livelli di prestazione, di qualità e di prezzo, determinati in coerenza alla copertura finanziaria e ai tempi di realizzazione dei programmi.

Nell’art. 9 del Regolamento DPR 207/2010 si ribadiva che “*le fasi di progettazione, affidamento ed esecuzione di ogni singolo intervento sono eseguite sotto la diretta responsabilità e vigilanza di un responsabile del procedimento, nominato*

(...) prima della fase di predisposizione dello studio di fattibilità. Il responsabile del procedimento provvede a creare le condizioni affinché il processo realizzativo dell'intervento risulti condotto in modo unitario in relazione ai tempi e ai costi preventivati, alla qualità richiesta, alla manutenzione programmata, alla sicurezza e alla salute dei lavoratori ed in conformità di qualsiasi altra disposizione di legge in materia".

Circa le diversità rispetto al normale e più generale "responsabile di procedimento" (RP) si evidenzia che il concetto di RUP traslava in particolare il punto riferimento da un ufficio in una persona fisica, dovendo questa avere uno specifico provvedimento di nomina, e potendo adottare atti anche di natura privatistica, salvo le decisioni più rilevanti o gli atti finali (provvedimenti) che restano in capo all'ufficio dirigente o alla stazione appaltante.

L'identificazione del RUP quale project manager, a parte qualche voce e posizione più retrograda da parte di alcuni, si era intanto fatta strada, anche sotto l'influenza da tempo maturata nelle esperienze e nel comune approccio degli altri paesi, meno inclini a separare nettamente i progetti pubblici dai privati, in cui il termine di project manager si era sostanzialmente da tempo radicato.

Sulla questione semantica, oltre che di merito su tale aspetto, si deve peraltro già dare atto alla posizione assunta dall'ex AVCP, che nella determinazione n. 10/2001 (23/2/2001), poi ribadita nella n.10 del 23 aprile 2009 [3] relativa allo stesso RUP, affermava che *"il ruolo del responsabile del procedimento all'interno dell'iter realizzativo dell'opera pubblica è piuttosto quello del project manager e quindi quello di fornire impulso al processo anche avvalendosi di uno staff di supporto. La capacità che si richiede al soggetto è organizzativa e propositiva in misura molto maggiore di quanto non sia la capacità meramente tecnica".*

Inoltre la stessa AVCP si esprimeva ad esempio in un chiarimento circa il rapporto dello stesso RUP con il Direttore Lavori, per cui *"la legge attribuisce a quest'ultimo come specifica responsabilità la tenuta della contabilità (del cantiere), mentre il responsabile del procedimento emette i certificati di pagamento sulla base dei documenti contabili indicanti la quantità, la qualità e l'importo dei*

lavori eseguiti (art. 114 DPR 554/99), per cui sembrerebbe eccessivo porre a carico di quest'ultimo (RUP) l'onere di ripercorrere e verificare l'iter contabile seguito e certificato dallo stesso Direttore Lavori". Questa determinazione appariva invero molto significativa del rapporto che debba intercorrere tra i processi di pianificazione e controllo, caratteristici della funzione di un project manager, e quelli di esecuzione delegabili ad altri, nonché le reciproche responsabilità che debbano sussistere in un gruppo di progetto funzionale, non strettamente gerarchico, secondo la definizione dei processi e l'impostazione generale suffragate anche dalle norme tecniche in materia.

Sulla stessa linea si esprimeva il Consiglio di Stato che in un parere su un nuovo regolamento per i lavori del genio militare osservava che *"il responsabile del procedimento è la figura centrale del nuovo sistema di realizzazione dei lavori pubblici", presentandosi come "il centro unitario di imputazione delle funzioni di scelta, controllo e vigilanza, essendo stati attribuiti al medesimo i compiti di un vero e proprio project manager, sull'esempio di un modulo organizzativo molto diffuso all'estero"* (Consiglio di Stato, Sezione consultiva per atti normativi 8301/04 del 23/10/2004).

Nella direttiva europea sugli appalti pubblici 24/2014 [4], dalla cui base doveva anche nascere il riformato codice degli appalti D. Lgs. n.50/2016, si ribadiva in particolare l'importanza della presenza nei progetti di appalti pubblici della figura di un "project leader" (lingua inglese del testo), sulla cui distinzione semantica rispetto al project manager si potrebbe anche dissertare, ma verosimilmente interpretabile con la necessità di distinguere o enfatizzare il ruolo della parte di direzione pubblica rispetto al privato, in cui l'ultimo termine è pure ampiamente utilizzato.

Lo stesso codice 50/2016 ribadiva il ruolo del RUP, dedicando al medesimo uno specifico articolo (art.31), mentre il tema era più ampiamente ripreso in una delle linee guida dell'ANAC allo stesso dedicata, dapprima n. 1097/2016 [5] quindi emendata come n.1007/2017 [6], che finalmente sdoganava il RUP come project manager e quindi chiudeva definitivamente la questione, declinando ulteriori requisiti di formazione secondo le norme nazionali e internazionali di project management e rispettive competenze per lo stesso ruolo.

È quindi evidente come tale evoluzione e in particolare quest'ultimo riferimento abbiano positivamente influenzato la redazione in oggetto del nuovo codice D. Lgs. n.33/2023. Peraltro la su esposta evoluzione era stata già da tempo anticipata e motivata, come numerosa letteratura in argomento testimonia, sempre a partire dagli anni 2000, da parte di diversi autori, fra cui possono menzionarsi Ciribini [7], Dalla Longa [8], Monaco [9] e altri, come anche riportato in altra sintesi [10].

3. Le competenze del RUP (Progetto)

L'allineamento del nostro RUP alle migliori *best practice* del mercato e della prassi internazionale, non esime dall'approfondire il tema delle competenze di project management, per la stessa e tutte le altre figure che devono garantire al medesimo RUP la necessaria collaborazione e risorse nell'ambito dell'organizzazione della rispettiva stazione appaltante.

Con riferimento anche al precedente contributo su queste colonne in tema di competenze di gestione progetti, ricordiamo che le stesse possono riguardare in generale tre categorie:

- tecnico-metodologiche, proprie della disciplina di project management;
- relazionali, relative alla gestione delle risorse umane e più in generale i cosiddetti stakeholder di progetto;
- contestuali, cioè tipiche del contesto, dell'ambiente disciplinare e della specifica applicazione di progetto (quale ad esempio la realizzazione di un'opera pubblica, come un ponte, o di un nuovo servizio, come un sistema informativo aziendale).

Il RUP ha di norma per formazione e passata esperienza elevate competenze professionali nella terza categoria, per esperienza e attitudini personali nella seconda, e verosimilmente ulteriori opportunità nella prima, salvo aver seguito specifici percorsi professionali od essere già esposto in particolari realtà sensibilmente già mature in tema di project management, propriamente detto e riconosciuto, con utilizzo di software di gestione progetti, banche dati e altro. Inoltre il tipo e la complessità dei progetti che possono ricadere sotto la guida del RUP sono notevoli e assai diversificati, per cui certi interventi dovrebbero coprire più

elevati livelli di competenza, come pure riconosce il Codice.

Mentre infatti nel caso dei progetti più limitati e di più basso importo, lo stesso Responsabile potrebbe assolvere diverse funzioni sia tecniche che gestionali, per quelli maggiori e complessi, questi si troverebbe a coordinare un gruppo diversificato di attori, con possibilità di deleghe e affidamenti o necessità di supporti di varia natura, anche società specialistiche di gestione e direzione progetti, secondo quanto previsto per legge e quando l'amministrazione non possa idoneamente provvedervi in proprio. È ad esempio evidente come certe competenze specialistiche non potranno essere riassunte in capo alla sola persona di un RUP o finanche della stazione appaltante, la quale dovrà quindi delegare parte dei compiti a professionisti e specialisti di diversi settori, compresi quelli di gestione progetto, ma anche saperli ben guidare e gestire, quando tali capacità non siano già state acquisite o maturate all'interno.

Come già menzionato, diversi autori hanno più volte in passato indentificato la figura di responsabile del procedimento con quella di project manager, mentre curiosamente in certi documenti di alcune amministrazioni locali (ne ricordiamo uno della Regione Lombardia) già si trovava il titolo di project manager (in parentesi e sotto quello di RUP) quasi a volerne accelerare il riconoscimento. In particolare Monaco [9] non poneva dubbi nell'identificare il governo del processo secondo la legislazione pubblica nella metodologia di project management, ispirandosi agli standard internazionali, e testimoniando come almeno in alcune realtà tali concetti fossero un fatto acquisito – si direbbe *"gutta cavat lapidem"* – esemplificando, in particolare, come la fase di progettazione secondo il Codice avesse un proprio modello di processo di programmazione temporale, in linea agli standard citati; quindi nella fattispecie non già una semplice attività di progettazione o design, come si è illustrato, ma in realtà un processo composito, quale risultato di un insieme di attività, definite in modo convenzionale di diverso carattere (amministrazione, territorio, discipline di settore, sicurezza ecc.); e queste a loro volta dovessero comprendere sia le vere e proprie raccolte documentali (processi di prodotto), quali relazioni ed elaborati tecnici, ma anche elaborati gestionali (piani, reporting ecc.). Lo stesso autore

incrociava quindi i contenuti (attività) del progetto pubblico con i riferimenti normativi, distinguendo le competenze dei processi di responsabilità: del committente, del professionista (progettista) e dell'impresa, restando nel Responsabile di procedimento il ruolo di coordinamento e presidio di gestione dell'intero progetto, in tutta analogia ai modelli di altre fonti e paesi, indipendenti dal settore privato o pubblico.

In definitiva, nella forma oltre che nella sostanza, abbiamo assistito negli ultimi anni a sempre più frequenti "movimenti" tesi a far coincidere il suddetto ruolo pubblico, secondo il disposto della nostra legislazione, con la definizione di project manager, perché se ne accettasse sempre più la corrispondenza nella giurisprudenza e, soprattutto, nella moderna cultura della pubblica amministrazione; oltre che riconoscere ruoli e richiedere competenze di project management anche da parte dell'esecutore o appaltatore (!).

4. Il RUP nel nuovo Codice

Il nuovo Codice degli appalti, con entrata in vigore 1 luglio 2023, ha dedicato espressamente al RUP come il precedente uno specifico articolo (art. 15), in cui si riprendono i contenuti del precedente disposto, più alcuni nuovi elementi. Al citato articolo si aggiunge un apposito allegato (I.2), che sostanzialmente incorpora quanto previsto dalla citata Linea guida ANAC n.3 e peraltro risulterebbe sostituito dalla redazione di un futuro regolamento ministeriale in materia.

Fra le novità presenti, si rileva che le stazioni appaltanti e gli enti concedenti possono istituire una struttura di supporto al RUP, e possono destinare risorse finanziarie non superiori all'1 per cento dell'importo posto a base di gara per l'affidamento diretto da parte del RUP di incarichi di assistenza al medesimo. Sostanzialmente si è inteso dare una indicazione operativa (1%) al citato supporto, nell'implicita assunzione che lo stesso sia di carattere esterno (?) e aggiuntivo ad altre strutture eventualmente presenti od organizzate nella struttura interna; con un limite che potrebbe ritenersi troppo restrittivo e forse dovrebbe essere meglio modulato in funzione dello stesso importo di gara, in principio variabile in percentuale come in generale in altri ambiti. In particolare esistono casi di bandi per alcuni progetti europei, ovvero oggetto

di finanziamenti comunitari, in cui la stazione appaltante (un grande Comune) richiedeva sia un supporto al RUP in materia amministrativa, sia uno di project management vero e proprio, rilevando che in tal tipo di progetti viene spesso richiesta la presenza di un project manager, se non addirittura un cosiddetto "workpackage" ovvero pacchetto di lavoro presente nella scomposizione dell'intero lavoro da svolgere (cosiddetta WBS, "work breakdown structure"), dedicato appunto al project management; sottolineando l'importanza di una presenza continua ed efficace di natura gestionale per la direzione e controllo del progetto. Fra le innovazioni introdotte rileva inoltre quella per cui in un procedimento, ergo progetto, dovendo essere suddiviso nelle fasi di norma previste (programmazione, progettazione, affidamento, esecuzione), ferma restando l'unicità del RUP, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti *possono* individuare modelli organizzativi, i quali prevedano la nomina di un *responsabile di procedimento* per le stesse fasi, essendo le relative responsabilità ripartite in base ai compiti svolti in ciascuna fase, ferme restando le funzioni di supervisione, indirizzo e coordinamento del RUP. Riteniamo, a differenza di alcuni che hanno criticato tale comma ritenendolo troppo burocratico o contrario alle finalità stesse del RUP [11], che tale possibilità sia senza dubbio allineata allo spirito di project management, oltre che alle più generali indicazioni fornite in merito all'organizzazione di progetto dalle ultime norme in materia, quale UNI ISO 21502 [2]. Tale modello è infatti conforme allo spirito originale del RUP-project manager, che segue l'intero di ciclo di vita del progetto, configurandosi le stesse fasi del progetto quali "workpackage" del medesimo, quindi di responsabilità di rispettivi specialisti in merito, anche in termini organizzativi.

Peraltro questa parte della norma, oltre che essere una "possibilità", si conforma all'eccezione già prevista, per cui alcune organizzazioni dello stato (se ricordiamo bene difesa e altre), in base alla propria struttura, potevano essere esentate dall'istituire un RUP; inoltre tale disposto utilizza formalmente, e giustamente la dizione di responsabile di procedimento (non già unico) per la singola fase di progetto. Infine non si evince alcun vincolo per cui il RUP non possa essere al contempo responsabile diretto pure di una fase, quando le opportunità o le valutazioni della stazione appaltante lo giustifichino, anche in tal caso in perfetta analogia a quanto può verificarsi

nella pratica o quanto espresso nella stessa norma citata UNI ISO 21502.

In particolare il nuovo Codice riafferma il carattere strettamente pubblicistico che *"negli appalti pubblici di lavori aggiudicati con la formula del contraente generale e nelle altre formule di partenariato pubblico-privato, è vietata l'attribuzione dei compiti di RUP, responsabile dei lavori, direttore dei lavori o collaudatore allo stesso contraente generale, al soggetto aggiudicatario dei contratti di partenariato pubblico-privato e ai soggetti a essi collegati"*.

Ciò anche può apparire un vincolo, in passato pure dibattuto, circa le prerogative di mantenimento delle funzioni di direzione e coordinamento del progetto in capo alla stazione appaltante, o cosiddetto *"project owner"*, che insieme al disposto di cui allo stesso art. 15 c. 2, richiede un project manager appartenente alla pubblica amministrazione.

In realtà tale comprensibile prerogativa non si discosta dalla prassi, anche riscontrabile sul mercato internazionale, per cui project manager e direzione lavori (*alias construction management*) siano comunque espressione di terzietà e indipendenza rispetto all'esecutore, anche se in tal caso non sia previsto un vincolo di stretto inquadramento nell'ambito dell'organizzazione pubblica. Riteniamo come anche in tal caso la presenza di un idoneo supporto al RUP, ancorché terzo, risulti in particolar modo opportuna¹.

In tal quadro vale rileggere il medesimo art. 15 del nuovo codice, per cui le stazioni appaltanti e gli enti concedenti nominano il RUP tra i dipendenti assunti *"anche a tempo determinato"*, da cui il nostro corsivo per evidenziare la possibilità di valersi di competenze anche esterne, come nella prassi internazionale, salvo che rispettare nel nostro

caso anche il tipo di rapporto di lavoro tramite assunzione, ancorché a tempo determinato, come nelle caratteristiche proprie di un progetto.

Sempre in argomento sarebbe utile menzionare almeno un caso (a nostra conoscenza) di una legge regionale, Friuli Venezia-Giulia n. 14 del 31 maggio 2002 [12], che in materia di Disciplina organica dei lavori pubblici prevede che *"qualora le professionalità interne siano insufficienti in rapporto ai lavori programmati, l'amministrazione può nominare responsabile unico del procedimento un professionista esterno"* oltre che, caso normale, un dipendente di altra amministrazione.

In tale excursus su quello che potrebbe definirsi un nuovo RUP, ma come si vede solo esplicitando concetti di fatto già acquisiti, il nuovo Codice non manca di raccomandare che le stazioni appaltanti adottino un piano di *formazione* per il personale che svolge funzioni relative alle procedure in argomento, inquadrato in modo specifico nelle attività di *programmazione* di lavori e acquisiti di beni e servizi; più in particolare nel citato allegato, si richiede che nelle procedure di affidamento di lavori particolarmente *"complessi"*, il RUP possieda un'esperienza professionale di almeno cinque anni nell'ambito delle attività in discorso, una laurea magistrale o specialistica nelle materie oggetto dell'intervento da affidare nonché *"adeguata competenza quale project manager, acquisita anche mediante la frequenza, con profitto, di corsi di formazione in materia di project management"*².

Ci auguriamo peraltro che la restrizione solo ai progetti *"complessi"* per tale opportunità si possa nella pratica alleggerire, perché la moderna cultura di gestione progetti risulti più in generale diffusa e possa estendersi anche a fasce di personale junior, quando già possa risultare efficace la formazione e l'impostazione di una professionalità idonea ad applicarsi e maturare con l'esperienza.



1. Trattasi della funzione variamente definita come project office, project management office (qui meno propriamente detto) ovvero project and construction management che per conto del cliente svolge gli stessi ruoli di direzione e controllo del progetto.

2. A differenza del testo originale scriviamo in lettere minuscole i termini in argomento, come project e project management, essendo ormai entrati nell'uso e codificati nel nostro lessico da oltre dieci anni anche in virtù di una specifica norma tecnica (UNI ISO 21500:2013 sostituita da più recenti [1, 2] in Bibliografia).

Può trattarsi spesso non già di costituire e portare in brevissimo tempo a regime un'organizzazione di stazione appaltante molto attrezzata e matura in tema di project management - peraltro intervento da rendere parallelo e integrato alla informatizzazione per i processi BIM (Building Information Modelling) -, quanto al meno nel breve, richiedere agli appaltatori un miglioramento sincrono nei processi e nella stessa cultura di gestione progetti, attraverso specifici requisiti e condizioni premianti nei bandi di gara. Diversi RUP di nostra conoscenza hanno già intrapreso il percorso in tal senso, includendo nei bandi gara l'inclusione di condizioni e approcci tipici del project management.

Trattasi, in definitiva, di rileggere la realizzazione di nuove opere o servizi, talvolta anche forniture pubbliche, cioè contratti di investimento o in conto capitale che rispondano ai requisiti di progetto, in ottica più completa e moderna, in termini sia lessicali che metodologici.

Ancor più evidente e significativa è stata peraltro l'introduzione del project management e l'introduzione della qualifica di project manager nell'organigramma di diverse società ed organizzazioni pubbliche, ovvero dei settori speciali, più prossime ed esposte al settore privato oltre che alle pratiche di carattere internazionale.

Tutte queste ed altre evidenze, oltre che verosimilmente alcuni autori nel team di redazione del codice più sensibili alla materia, hanno quindi favorito il riconoscimento formale del ruolo di project manager anche nell'amministrazione pubblica, ritenendo che la stessa definizione possa essere finalmente accolta a pieno diritto, almeno dopo alcune decadi di maturazione, nella corrente cultura organizzativa e nella giurisprudenza dei sacri testi del diritto amministrativo.

5. Conclusione

La benvenuta innovazione del nome del RUP non può ovviamente da sola risolvere tutte le questioni di natura professionale ed organizzativa della pubblica amministrazione, alle prese peraltro, mentre si scrive, con i notevoli e straordinari impegni, come tutti sanno, del PNRR (Piano di Ripresa e Resilienza), oltre che in relazione ad altre notevoli problematiche e discussioni che il nuovo codice degli appalti ha motivato, e che non sono tutte ancora sopite, le quali non sono tuttavia oggetto di queste note.

Limitandoci all'argomento in discorso, cioè il project management nella pubblica amministrazione e comunque in tutte le realtà organizzative soggette al Codice, osserviamo che il nuovo RUP può trovare pienamente la rinnovata posizione che la legge intende formalmente attribuire al ruolo, attraverso parallele e congiunte azioni strategiche di non minore, ma anzi necessaria efficacia:

- un inquadramento delle responsabilità più generali della stazione appaltante, in particolare relazione alla funzione di sponsor o responsabile strategico del progetto, in maniera altrettanto personale, secondo quanto declinato dalle norme internazionali in materia;
- lo sviluppo di un generale sviluppo delle pratiche e della cultura del project management, da porre a base di tutto l'ambiente e l'infrastruttura delle stazioni appaltanti;
- un generale processo di allineamento e riscrittura delle pratiche e dei processi di gestione progetti in linea alle cosiddette best practices internazionali, quale la serie delle norme UNI ISO 21500, pure positivamente invocate negli allegati nel nuovo codice degli appalti.

Insomma un vero e proprio progetto o strategia di sviluppo del sistema di realizzazione dei progetti pubblici, che deve necessariamente creare i presupposti e le condizioni di lavoro idonee al project manager o rinominato RUP.

Bibliografia

- [1] Norma UNI ISO 21500:2021, Gestione dei progetti, dei programmi e del portfolio - Contesto e concetti, Ente italiano di normazione
- [2] Norma UNI ISO 21502:2021, Gestione dei progetti, dei programmi e del portfolio - Guida alla gestione dei progetti, Ente italiano di normazione
- [3] AVCP (2001, 2009), D. n.10/2001 del 23/2/2001 su "Problemi in materia di RUP"; D. AG 10/09 del 23/4/2009.
- [4] Direttiva UE 24/2014, Direttiva sugli appalti pubblici
- [5] ANAC (2016), D. n.1097 del 26/10/2016, Linee Guida n.3, Nomina, ruolo e compiti del responsabile unico del procedimento per l'affidamento di appalti e concessioni, sostituita da [6].
- [6] ANAC (2017), D. n. 1007 del 11/10/2017), Linee Guida n.3 sul Responsabile unico del procedimento (sostituisce la precedente).
- [7] Ciribini A. (2003), Il Project Management nei lavori pubblici, ISole24ore
- [8] Dalla Longa R. (2004), Gestione processi realizzativi opere pubbliche, Carocci
- [9] Monaco m. (2013), Project Management e Opere Pubbliche, Maggioli
- [10] Guida P. L. (2016), Il Project Management in edilizia e nelle costruzioni civili. Manuale per project manager e RUP, DEI; 2^a ed. 2018
- [11] Dalprato E. (2/5/2023), Il (vecchio) RUP diventa (nuovo) RUP. Ingenio (rivista on-line), www.ingenio-web.it/articoli/nel-nuovo-codice-dei-contratti-pubblici-il-rup-sostituisce-il-rup/
- [12] Legge Regionale Friuli Venezia Giulia del 31 maggio 2002, n. 14. Disciplina organica dei lavori pubblici

Pareri & Sentenze



TAR Calabria Catanzaro, Sez. I, 28/4/2023, n. 675

Al fine di esercitare il diritto di accesso riguardo a informazioni contenenti eventuali segreti tecnici o commerciali è essenziale dimostrare non già un generico interesse alla tutela dei propri interessi giuridicamente rilevanti, ma la concreta necessità di utilizzo della documentazione in uno specifico giudizio

“- l’art. 53, comma 5, lett. a) D. Lgs. n. 50/2016 dispone l’esclusione e il divieto di ogni forma di divulgazione delle “informazioni fornite nell’ambito dell’offerta o a giustificazione della medesima che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell’offerente, segreti tecnici o commerciali”, mentre a mente del successivo comma 6 “in relazione all’ipotesi di cui al comma 5, lettera a), è consentito l’accesso al concorrente ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto”:

- secondo condivisibile giurisprudenza, pertanto, “ne consegue che, al fine di esercitare il diritto di accesso riguardo a informazioni contenenti eventuali segreti tecnici o commerciali, è essenziale dimostrare non già un generico interesse alla tutela dei propri interessi giuridicamente rilevanti, ma la concreta necessità (da riguardarsi, restrittivamente, in termini di stretta indispensabilità) di utilizzo della documentazione in uno specifico giudizio” (Consiglio di Stato, Sez. III, 13 luglio 2021, n. 5290);”

Consiglio di Stato, Sez. V, 14/4/2023, n. 3811

“La valutazione dell’anomalia dell’offerta consiste in un giudizio di natura spiccatamente discrezionale”

“La valutazione di anomalia dell’offerta costituisce espressione della discrezionalità tecnica, di cui l’amministrazione è titolare per il conseguimento e la cura dell’interesse pubblico ad essa affidato dalla legge, e, come tale, sfugge al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, salvo che non sia manifestamente inficiata da illogicità, arbitrarietà, irragionevolezza, irrazionalità o travisamento dei fatti; in altri termini, il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni operate dalla stazione appaltante in ordine al giudizio di anomalia dell’offerta non può estendersi oltre l’apprezzamento della loro intrinseca logicità e ragionevolezza, nonché della congruità della relativa istruttoria, essendo preclusa all’organo giurisdizionale la possibilità di svolgere (autonomamente o a mezzo di consulenti tecnici) un’autonoma verifica circa la sussistenza, o meno, dell’anomalia, trattandosi di questione riservata all’esclusiva discrezionalità tecnica dell’amministrazione (cfr., fra le tante, Cons. Stato, V, 28 marzo 2022, n. 2269; 17 marzo 2022, n. 1946; 9 febbraio 2022, n. 939; 3 febbraio 2022, n. 764)”

TAR Campania Salerno, Sez. I, 13/4/2023, n. 834

Commissione giudicatrice e nozione di "specifico settore"

"Ai sensi dell'art. 77, comma 1, d.lgs. n. 50/2016 "Nelle procedure di aggiudicazione di contratti di appalti o di concessioni, limitatamente ai casi di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa la valutazione delle offerte dal punto di vista tecnico ed economico è affidata ad una commissione giudicatrice, composta da esperti nello specifico settore cui afferisce l'oggetto del contratto". Lo "specifico settore" cui fa riferimento l'art. 77 è stato interpretato in modo costante dalla giurisprudenza nel senso che la competenza ed esperienza richieste ai commissari deve essere riferita ad aree tematiche omogenee e non anche alle singole e specifiche attività oggetto dell'appalto (Cons. St., Sez. V, 11/9/2019 n. 6135; Cons. St., Sez. V, 18 luglio 2019, n. 5058; Cons. St., Sez. V, 1 ottobre 2018 n. 5603; id., Sez. IV, 20 aprile 2016, n. 1556; id., Sez. V, 18 giugno 2018, n. 3721; Sez. V, 15 gennaio 2018, n. 181; Sez. V, 11 dicembre 2017, n. 5830)."

TAR Campania, Napoli, Sez. I, 6/4/2023, n. 2139

"Il contratto di avvalimento può ben limitarsi a specificare quei requisiti e quelle risorse di cui l'impresa ausiliata è sprovvista e che sono indispensabili ad integrare la sua organizzazione aziendale ai fini dell'esecuzione dell'opera"

"Nel caso di avvalimento che abbia ad oggetto l'attestazione SOA oggetto di prestito è, quindi, l'apparato organizzativo (in termini di mezzi e risorse) del soggetto avvalso o parte di questo, ma nella misura necessaria all'esecuzione del contratto (cfr. Cons. Stato, sez. V, 6 dicembre 2021, n. 8074 in cui si è ulteriormente specificato che "la peculiarità di questa modalità di collaborazione tra imprese, che fa transitare l'avvalimento nella atipicità o, come altri dice, nella transtipicità, sta nel fatto che non si verifica il trasferimento definitivo dell'azienda, ma solo, appunto, una sua temporanea e parziale messa a disposizione per la singola gara e per il tempo necessario all'esecuzione del contratto d'appalto"). Ha poi precisato la giurisprudenza amministrativa che "Quest'ultimo profilo - la correlazione tra apparato organizzativo oggetto del prestito e capacità di esecuzione del contratto d'appalto in affidamento - ha carattere decisivo poiché il concorrente privo del requisito di attestazione SOA dichiara alla stazione appaltante di essere sprovvisto della capacità tecnico - professionale di eseguire il contratto (o parte di esso o alcune specifiche lavorazioni), e che si impegna, tramite avvalimento, a recuperare la capacità mancante, ma perché ciò avvenga realmente è necessaria l'effettiva integrazione dei complessi aziendali dell'avvalente e dell'ausiliaria; diversamente, il contratto di avvalimento si risolve in una "scatola vuota" ossia in un trasferimento documentale cui non corrisponde alcun reale intervento dell'ausiliario nell'esecuzione dell'appalto, e, in definitiva, ove non si disponga diversamente, nell'affidamento dell'opera ad un concorrente che si è dichiarato incapace di eseguirla nella sua interezza" (cfr., Consiglio di Stato sez. V, 10/01/2022, n.169). Nello stesso senso la giurisprudenza consolidata ha evidenziato che il contratto di avvalimento può ben limitarsi a specificare quei requisiti e quelle risorse di cui l'impresa ausiliata è sprovvista e che sono indispensabili ad integrare la sua organizzazione aziendale ai fini dell'esecuzione dell'opera (cfr., Cons. Stato, sez. V, 4 ottobre 2021, n. 6619; Cons. Stato, sez. V, 6 dicembre 2021, n. 8074)."

TAR Lazio Roma, Sez. III, 6/4/2023, n. 5865

Il soccorso istruttorio non è ammissibile se l'atto oggetto della regolarizzazione della carenza della garanzia provvisoria consiste in bonifico bancario

“Dal testo del provvedimento impugnato emerge, in particolare, che la ragione giustificativa posta alla base dell'assunta determinazione di esclusione della società ricorrente dalla procedura di gara ai sensi dell'art. 83, comma 9, d.lgs. n. 50/2016 risiede nell'espressa considerazione che la società medesima ha omesso di regolarizzare entro il termine assegnato le carenze, inerenti alla cauzione provvisoria prodotta all'atto della presentazione della domanda di partecipazione alla gara di cui trattasi, rappresentate all'impresa stessa da parte della Stazione appaltante con la precedente comunicazione del 9 agosto 2021 recante l'attivazione del meccanismo del soccorso istruttorio...va preliminarmente evidenziato che il comportamento tenuto dalla società ricorrente – a fronte della pervenuta richiesta di regolarizzazione – è consistito nell'operato versamento (entro l'assegnato termine del 3 settembre 2021) tramite bonifico bancario dell'importo previsto a titolo di cauzione provvisoria dalla lex specialis di gara e nella successiva integrazione dell'originaria polizza fideiussoria posteriormente alla scadenza del suddetto termine (cfr. allegati nn. 5 e 6 secondo la numerazione indicata nella menzionata nota di deposito)...In proposito, è stato affermato – proprio con riguardo ad un caso in cui l'attivazione del soccorso istruttorio aveva riguardato la garanzia provvisoria – che “... il soccorso istruttorio è ammissibile se l'atto oggetto della regolarizzazione o della integrazione successiva si è comunque perfezionato prima della scadenza del termine di presentazione della domanda di partecipazione”, dovendo assicurarsi “... la tutela della par condicio tra i partecipanti alla procedura di gara” che non sarebbe garantita ove, nel caso specifico, si consentisse all'operatore economico la presentazione della garanzia provvisoria in un momento successivo alla scadenza del termine di presentazione della domanda di partecipazione (in tal senso, cfr. Cons. St., sez. V, sent. 17 settembre 2021, n. 6324 e Cons. St., sez. V, sent. 23 marzo 2021, n. 2483, ivi espressamente richiamata).”

Consiglio di Stato, Sez. V, 04/04/2023, n. 3452

In caso mancato inserimento dell'offerta va ribadito quanto già affermato in giurisprudenza che "se rimane impossibile stabilire con certezza se vi sia stato un errore da parte del trasmittente o, piuttosto, la trasmissione sia stata danneggiata per un vizio del sistema, il pregiudizio ricade sull'ente che ha bandito, organizzato e gestito la gara"

“A fondamento del ricorso introduttivo è stato posto l'art. 79, comma 5 bis, del d.lgs. n. 50 del 2016 disciplinante una condizione di legittimità delle procedure di gara nel caso in cui sia prevista, come nel caso di specie, la presentazione delle offerte attraverso mezzi di comunicazione elettronici messi a disposizione dalla stazione appaltante, ivi incluse le piattaforme telematiche di negoziazione: la condizione è data dal funzionamento del sistema in modo da garantire “la corretta presentazione delle offerte”. La posizione di interesse legittimo tutelabile in giudizio va pertanto riconosciuta in capo all'operatore economico che, in possesso dei requisiti di partecipazione alla procedura, perciò legittimato ad agire, abbia sofferto la lesione del proprio interesse (non all'ammissione ed alla valutazione dell'offerta, tecnica ed economica, bensì) alla presentazione tempestiva della domanda di partecipazione e della relativa documentazione. La fattispecie normativa, ai fini della legittimazione e dell'interesse ad agire del ricorrente, comporta infatti soltanto che l'operatore economico deduca di essere stato impedito alla presentazione dell'offerta a causa del malfunzionamento del sistema. Nel caso di specie, la ricorrente “...”, operatore economico legittimato a partecipare alla procedura --- ha lamentato e dimostrato in giudizio di avere tentato di inserire la propria domanda di partecipazione nella piattaforma telematica e di non esservi riuscita a causa di un guasto tecnico, come denunciato sin dalle prime immediate interlocuzioni con la stazione appaltante (---). Le risultanze istruttorie sono più che sufficienti ad affermare la sussistenza della legittimazione e dell'interesse ad agire

della "...", come sopra configurati, senza che fosse necessaria la dimostrazione da parte di quest'ultima della regolarità formale e contenutistica della propria offerta e senza che fosse perciò necessario che sul punto indagasse il collegio, accogliendo la richiesta istruttoria avanzata da "...". Quanto poi all'eventualità - cui si riferisce l'appellante - che il mancato inserimento dell'offerta sia potuto dipendere, non dal guasto tecnico pur riscontrato da Consip, ma da un errore della ricorrente, è sufficiente osservare che la smentita si rinviene per tabulas nello stesso accertamento del gestore della piattaforma e comunque va ribadito quanto già affermato in giurisprudenza che "se rimane impossibile stabilire con certezza se vi sia stato un errore da parte del trasmittente o, piuttosto, la trasmissione sia stata danneggiata per un vizio del sistema, il pregiudizio ricade sull'ente che ha bandito, organizzato e gestito la gara" (cfr., in termini, Cons. Stato, Sez. III, 7 gennaio 2020 n. 86)."

TAR Lazio Roma, Sez. I, 31/3/2023, n. 5555

Sull'applicazione del principio di rotazione

"L'art. 36 del d.lgs. n. 50 del 2016, al comma 1°, prevede che "L'affidamento e l'esecuzione di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 35 avvengono nel rispetto dei principi di cui agli articoli 30, comma 1, 34 e 42, nonché del rispetto del principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti e in modo da assicurare l'effettiva possibilità di partecipazione delle microimprese, piccole e medie imprese". Il successivo comma 7° rimette alle Linee guida A.N.A.C. di indicare specifiche modalità di rotazione degli inviti e le Linee guida n. 4, nella versione adottata con delibera 1 marzo 2018, n. 206, prevedono (al punto 3.6) che "La rotazione non si applica laddove il nuovo affidamento avvenga tramite procedure ordinarie o comunque aperte al mercato, nelle quali la stazione appaltante, in virtù di regole prestabilite dal Codice dei contratti pubblici ovvero dalla stessa in caso di indagini di mercato o consultazione di elenchi, non operi alcuna limitazione in ordine al numero di operatori economici tra i quali effettuare la selezione". Tale prescrizione va intesa nel senso dell'inapplicabilità del principio di rotazione nel caso in cui la stazione appaltante decida di selezionare il "nuovo" operatore economico mediante una procedura aperta, che non preveda una preventiva limitazione dei partecipanti attraverso inviti. ... La giurisprudenza si è già pronunciata su questioni analoghe a quelle dedotte in questa sede, affermando che "il principio di rotazione si riferisce propriamente non solo agli affidamenti ma anche agli inviti" e che "detto principio di rotazione trova applicazione non solo per gli affidamenti diretti sotto soglia, ma anche per le procedure negoziate di lavori, servizi e forniture negli appalti cd. "sotto soglia" (quale è quello in esame) rispetto alle quali il principio di rotazione è stato già ritenuto obbligatorio dalla giurisprudenza" (Cons. Stato, Sez. V, 6 giugno 2019, n. 3831; Tar Sicilia, Catania, 15 giugno 2021, n. 1957). La rotazione non si applica, invece, come precisato nelle Linee Guida Anac, qualora il nuovo affidamento avvenga tramite procedure ordinarie o comunque aperte al mercato, nelle quali la stazione appaltante non operi alcuna limitazione in ordine al numero di operatori economici tra i quali effettuare la selezione."

Autorità Nazionale Anticorruzione**DELIBERA N. 131 del 28 marzo 2023****UPREC-PRE 416/2023/S/PREC**

"La previsione della trasmissione in via esclusiva delle offerte attraverso la posta elettronica certificata, senza nemmeno sistemi di cifratura atti a garantirne la segretezza, viola palesemente il principio di segretezza delle offerte"

"... nel caso di specie la procedura è stata condotta senza l'ausilio di una piattaforma telematica di negoziazione, avendo l'amministrazione ritenuto adeguato l'invio della documentazione amministrativa e delle offerte tecniche ed economiche tramite pec, viceversa, come osservato da autorevole giurisprudenza "il ricorso a piattaforme telematiche consente, di regola, la piena tracciabilità delle operazioni di gara, nonché la certezza dei passaggi procedurali e del momento in cui gli stessi sono effettuati, inclusa l'apertura delle "buste" contenenti i documenti caricati a sistema. Il meccanismo di funzionamento della piattaforma telematica di negoziazione, che prevede un sistema "bloccato" di progressione nelle fasi della procedura, cioè tale da non consentire l'apertura della busta telematica successiva se non si è prima chiusa la valutazione della precedente, la reportistica interna automatica, l'organizzazione di apposite sezioni per il caricamento della diversa documentazione e finanche l'inserimento direttamente a sistema della percentuale di ribasso o del valore dell'offerta economica, garantiscono la regolarità delle operazioni e la segretezza dell'offerta economica fino alla completa valutazione di quella tecnica, senza possibilità di conoscere il ribasso offerto dai concorrenti prima di aver valutato la qualità di ciascuna proposta progettuale. Nel caso di specie, al contrario, l'invio in un'unica pec dei due files dell'offerta tecnica ed economica rende possibile l'anticipata conoscenza dello sconto praticato dal concorrente, poiché non vi sono impedimenti all'apertura dei files medesimi, né strumenti che consentano di tenerne traccia o di ricostruire il momento in cui gli stessi vengono visionati (tali non essendo la firma digitale e la marcatura temporale). Peraltro, la trasmissione delle offerte neppure è stata prevista presso una casella di posta elettronica certificata appositamente dedicata allo svolgimento della procedura di gara, con accesso limitato, ma all'indirizzo istituzionale dell'ente a cui possono accedere potenzialmente più soggetti" (TAR Piemonte n. 1218 del 30.12.022); ... come osservato da ulteriore autorevole giurisprudenza secondo cui risulta "palesemente violato il principio di segretezza delle offerte economiche (cfr.: Cons. Stato, Sez. III, 3 ottobre 2016, n. 4050; idem, Sez. V, 20 luglio 2016, n. 3287; idem, 12 novembre 2015, n. 5181; idem, 19 aprile 2013, n. 2214; idem, 11 maggio 2012, n. 2734; idem, 21 marzo 2011, n. 1734), essendo prescritto che esse fossero inviate esclusivamente con posta elettronica certificata, senza nemmeno sistemi di cifratura atti a garantirne la segretezza (come eventualmente previsto dall'art. 52 del codice degli appalti, d.lgs. 50/2016)" (cfr. TAR Friuli V.G. n. 229 del 27.5.2019), con riferimento a tale profilo di censura, la disciplina di gara non appare conforme alla vigente normativa;"

Autorità Nazionale Anticorruzione**DELIBERA N. 103 del 15 marzo 2023
UPREC-PRE 389/2023/L/PREC**

"In ragione della natura esplorativa dell'avviso di indagine di mercato, la dimostrazione del possesso della qualificazione del concorrente deve avvenire dopo la presentazione delle offerte e l'operatore economico, non è tenuto a possedere i requisiti al tempo della presentazione della manifestazione di interesse, salvo diversa prescrizione nella lex specialis"

"... in merito alla questione controversa questa Autorità (con la deliberazione n. 491 del 19.10.2022 e la n. 747 del 30.9.2020) ha affermato che "in ragione della natura esplorativa dell'avviso di indagine di mercato, è stato precisato che la dimostrazione sulla qualificazione del concorrente debba avvenire dopo la presentazione delle offerte (Cons. Stato, sez. IV, 21 settembre 2015, n. 4409) e che l'operatore economico, in assenza di diversa prescrizione nella lex specialis, non è tenuto a possedere i requisiti al tempo della presentazione della manifestazione di interesse (Delibera ANAC n. 413 del 08/05/2019; Delibera ANAC N. 1150 del 12 dicembre 2018, n. 1150)";"

Autorità Nazionale Anticorruzione**DELIBERA N. 88 dell'8 marzo 2023
UPREC-PRE 96/2023/S/PREC**

"Non è annullabile il bando che non indichi espressamente, nell'ambito del prezzo a base d'asta o dell'affidamento, l'importo separato del costo della manodopera in generale, salvo che tale omissione non implichi un oggettivo impedimento o a formulare l'offerta, oppure a valutarne l'attendibilità in sede di gara"

"la giurisprudenza, con esplicito riferimento all'art. 23, co. 16, afferma che la "... disposizione citata richiede l'individuazione - non già "l'indicazione" - dei costi della manodopera "sulla base di quanto previsto nel presente comma", ovvero delle tabelle elaborate dal Ministero del lavoro sulla base dei valori economici definiti dalla contrattazione collettiva, ed è funzionale alla verifica richiesta dall'art. 95 comma 10. In sostanza, alla stazione appaltante è chiesto di indicare il mero parametro di riferimento, mentre compete all'offerente indicare, a pena di esclusione (art. 97 comma 5, lettera d), l'importo esatto dei propri costi, e la loro incidenza sull'offerta" (cfr. TAR Liguria n. 1069 del 14.12.2021); ... un'autorevole fonte giurisprudenziale (ex multis TAR Lazio - Roma n. 8977 del 13.8.2018) ha precisato che quanto indicato dall'ultimo inciso del comma 16 dell'art. 23 citato "costituisce una previsione accessoria all'obbligo, chiaramente scandito dal resto del comma 16, di porre a base delle previsioni di gara il costo effettivo del lavoro, che è una voce soggetta a ribasso in quanto dipendente dall'organizzazione aziendale che la norma considera quindi migliorabile dal concorrente (a differenza dei costi di sicurezza che sono incompressibili e che, infatti, opportunamente il comma distingue). Alla luce della natura del precetto che pone l'art. 25 d.lgs. 50/2016, comma 16 ultimo inciso, non è annullabile il bando che non indichi espressamente, nell'ambito del prezzo a base d'asta o dell'affidamento, l'importo separato del costo della manodopera in generale, salvo che tale omissione non implichi un oggettivo impedimento o a formulare l'offerta, oppure a valutarne l'attendibilità in sede di gara. Più precisamente, osserva innanzitutto il Collegio che la norma è precettiva per le amministrazioni, i cui uffici, nell'essere tenuti ad inserire nei documenti "posti a base di gara i costi della manodopera" sono tenuti a svolgere, nella progettazione del servizio da affidare in appalto, una specifica analisi fondata su quanto meglio indicato nello stesso comma, così da perseguire l'interesse a consentire, tramite l'esposizione di valori di riferimento corretti, l'effettivo confronto concorrenziale ed al contempo la tutela del lavoratore. Tuttavia, ai fini della regolarità della procedura di gara, non è possibile

predicare la rilevanza astratta di una violazione solo formale di detta previsione. L'obbligo di porre a base d'asta prezzi comprensivi di una corretta analisi dei costi della manodopera implica che la violazione della norma diverrà rilevante solo dove incida in concreto sulla regolarità della gara, ovvero quando le analisi dei costi siano sostanzialmente carenti sotto il profilo considerato della manodopera; e tale carenza si rifletta quindi, necessariamente, sulla possibilità di formulazione delle offerte [...] ; oppure se la mancata o erronea indicazione del costo della manodopera incida sulla regolare ed attendibile valutazione delle offerte presentate”;

A Domanda Rispondiamo



A.
D.
R.

1

In un appalto integrato, è sufficiente l'indicazione da parte dell'impresa di un progettista o è necessario che l'impresa si raggruppi o stipuli un contratto di avvalimento con il progettista?

L'Autorità nazionale anticorruzione con la delibera n. 210 del 27 aprile 2022, si è espressa sulla legittimità della clausola contenuta nella lex di gara che imponga all'impresa qualificata per la sola costruzione di stipulare un contratto di avvalimento ritenendo invece sufficiente la semplice indicazione del progettista stesso.

Secondo l'Anac, partendo dall'art. 46 comma 1 del codice, i requisiti minimi per lo svolgimento della progettazione oggetto del contratto sono posseduti dalle imprese attestate per prestazioni di sola costruzione attraverso un progettista raggruppato o indicato in sede di offerta, in grado di dimostrarli, scelto tra i soggetti di cui all'articolo 46, comma 1", cioè professionisti singoli o associati, società tra professionisti, società di ingegneria e raggruppamenti fra tali soggetti, nonché consorzi stabili di società.

Pertanto, richiedere un contratto di avvalimento significherebbe in ogni caso "restringere la platea dei potenziali concorrenti".

2

Il progettista prescelto dall'impresa partecipante in caso di appalto integrato può fare ricorso all'avvalimento?

La tematica in questione, ancora attuale, non ha trovato una soluzione univoca stante le diverse pronunce giurisprudenziali intervenute nel tempo. Il Consiglio di Stato, sez. V, con sentenza n. 4982 del 30/10/2017 ha negato che il progettista "indicato" possa a sua volta, fare uso di avvalimento, al fine di evitare in sostanza una catena di avvalimenti di "ausiliari dell'ausiliario".

L'Adunanza Plenaria con sentenza n. 9 luglio 2020, n. 13, aderendo all'orientamento giurisprudenziale prevalente, ha stabilito che il progettista indicato, va qualificato come professionista esterno incaricato di redigere il progetto esecutivo. Pertanto non rientra nella figura del concorrente né tanto meno in quella di operatore economico, nel significato attribuito dalla normativa interna e da quella dell'Unione europea.

Con ordinanza del Consiglio di Stato, sez. V, 17.02.2016 n. 636, si è ritenuto di dover sottoporre alla Corte di Giustizia la questione se sia compatibile con la pertinente normativa comunitaria (art. 48 direttiva CE 31 marzo 2004, n. 18) una norma come quella di cui al già analizzato art. 53, comma 3, d.lgs. 16 aprile 2006, n. 163, che ammette alla partecipazione un'impresa con un progettista "indicato" che, secondo la giurisprudenza nazionale, non essendo concorrente, non potrebbe ricorrere all'istituto dell'avvalimento.

3

Quali sono i presupposti per i quali non si configura il subappalto?

Nella formulazione dell'art. 105, secondo comma, al fine di poter escludere la configurazione di un subappalto, devono ricorrere entrambe le condizioni sancite nella norma, pertanto possono considerarsi escluse dal regime dei subappalti solo le forniture con posa in opera o i noli a caldo che abbiano tutte e due le seguenti condizioni:

- importo inferiore al 2 per cento dell'importo delle prestazioni affidate o a 100.000 euro;
- incidenza del costo della manodopera e del personale non superiore al 50 per cento dell'importo del sub-contratto da affidare.

In mancanza anche di una sola delle richiamate condizioni, il sub-contratto configura automaticamente un subappalto. Ne consegue che una fornitura con posa in opera (o un nolo a caldo) di importo superiore al 2% dell'importo del contratto di appalto e a 100 mila euro andrà sempre collocata in termini di subappalto, a prescindere dall'effettiva incidenza della manodopera.

Parimenti, una fornitura con posa in opera (o un nolo a caldo) con un'incidenza della manodopera superiore al 50% dovrà ritenersi subappalto anche se il suo ammontare sia inferiore al 2% dell'ammontare del contratto di appalto (ovvero a 100 mila euro).

Infatti, la struttura dell'articolo 105 comma 2 del D.lgs. n. 50/2016 nella sua formula negativa, richiede la ricorrenza di entrambe le condizioni al fine di sottrarre la fornitura con posa in opera (o il nolo a caldo) dall'ambito del subappalto; pertanto, l'incidenza della manodopera superiore al 50% è sufficiente per considerare il sub-contratto quale contratto di subappalto, indipendentemente dalla sua rilevanza economica.

4

E' possibile che il concorrente in un appalto integrato possa indicare più progettisti senza che questi ultimi si raggruppino in RTP?

Secondo il parere del MIMS n. 1094/2021, i requisiti di capacità previsti dal bando potranno essere soddisfatti dal concorrente mediante i requisiti dei progettisti indicati, in modo cumulativo, fermo restando il rispetto del bando in relazione ai requisiti di legittimazione e di professionalità, ai sensi dell'art. 80 del D.Lgs. n. 50/2016 (Codice dei Contratti Pubblici).

A fondamento di tale argomentazione vi è la formulazione dell'art. 89 c. 6 del Codice secondo la quale "è ammesso l'avvalimento di più imprese ausiliarie", in base al quale non è previsto l'obbligo di raggruppamento tra i più ausiliari. Per analogia, l'indicazione di più progettisti da parte dell'operatore economico privo di attestazione SOA di progettazione e costruzione sarà legittima anche ove i due o più progettisti non formino tra di loro raggruppamento.

5

E' possibile ricorrere all'istituto dell'avvalimento per il requisito dell'accreditamento ai sensi della norma UNI CEI EN ISO 17020, prevista per la verifica dei progetti relativi a lavori di importo pari o superiore ai 20 milioni di euro?

Stante l'indicazione delle linee guida Anac n. 1, i soggetti che possono effettuare la verifica preventiva della progettazione sono come espressamente previsto dall'art. 26, comma 6, del d.lgs. 50/16:

- per i lavori di importo pari o superiore a venti milioni di euro, gli organismi di controllo accreditati in conformità alla norma UNI CEI EN ISO/IEC 17020 ai sensi del Regolamento (CE) 765 del 2008.

Tale indicazione, sembra assurgere a requisito imprescindibile ai fini dell'espletamento dell'attività di verifica dei progetti, e come tale assimilabile più ad un requisito di qualificazione professionale piuttosto che ad una certificazione di qualità ascrivibile tra gli elementi idonei a dimostrare la capacità tecnico professionale di un'impresa, affinché la prestazione avvenga nel rispetto di un livello minimo di qualità accertato.

Pertanto, atteso che tale certificazione sarebbe da considerarsi requisito di idoneità professionale, non si ritiene fattibile e legittimo il ricorso all'avvalimento.

6

Ai fini del conflitto di interesse come devono leggersi le nozioni di parentela e affinità?

L'art. 42 co. 2 d.lgs. 50/2016 richiama le ipotesi di astensione di cui all'art. 7 dpr 62/2016 il quale prevede che "Il dipendente si astiene dal partecipare all'adozione di decisioni o ad attività che possano coinvolgere interessi propri, ovvero di suoi parenti, affini entro il secondo grado, del coniuge o di conviventi".

La norma va letta alla luce delle nozioni civilistiche di parentela e affinità. In al senso, l'art. 77 del c.c. dispone che "La legge non riconosce il vincolo di parentela oltre il sesto grado, salvo che per alcuni effetti specialmente determinati"; mentre secondo l'art. 78 c.c. "L'affinità è il vincolo tra un coniuge e i parenti dell'altro coniuge". Il codice civile, dunque, non stabilisce un limite di carattere generale per il vincolo di affinità, a differenza del rapporto di parentela. Seppure è nota la prassi di alcune stazioni appaltanti di limitare la rilevanza della parentela, al 2°, 3° o 4° grado (con ciò riflettendo una certa confusione applicativa), sulla base della esposta interpretazione letterale-sistematica delle norme di riferimento, si ritiene che la nozione di parentela rilevante ai sensi dell'art. 42 d.lgs. 50/2016 includa i parenti fino al 6° grado, conseguendone un obbligo dichiarativo, ove il legame sussista. Deve tuttavia osservarsi che non ogni legame parentale impone un obbligo assoluto e automatico di astensione o sostituzione (Delibera ANAC 273/2022) oppure di esclusione del concorrente (TAR Sicilia PA 364/2022), quanto piuttosto una valutazione concreta, caso per caso, di incidenza del legame rispetto al regolare svolgimento dell'affidamento **(Cfr. Delibera ANAC n. 63 del 08/02/2023)**.

7 Ai fini della qualificazione ex artt. 62 e 63 del D.Lgs n. 36/2023 cosa deve intendersi per "Struttura Organizzativa Stabile"?

Per "Struttura Organizzativa Stabile" deve intendersi un Ufficio – Ufficio Gare, Ufficio Acquisti, Ufficio Tecnico o similari - inserito in maniera stabile all'interno dell'articolazione organizzativa dell'Ente con funzioni attinenti agli ambiti (progettazione delle gare e affidamento/verifica esecuzione e controllo) e settori (lavori/servizi e forniture) di qualificazione. Per la valutazione della "Struttura Organizzativa Stabile" si fa riferimento anche al personale assegnato alla stessa (inquadro come "Dirigente", "Funzionario/Quadro", "Operativo/Impiegato") avente specifiche competenze, esperienza e responsabilità rispetto allo svolgimento delle funzioni attribuite alla "Struttura".

8 Quando sussiste conflitto di interesse ed obbligo di astensione da parte del personale della stazione appaltante?

Dal combinato disposto dell'art. 42 comma 2 del codice dei contratti pubblici e dell'art. 7 del decreto del Presidente della Repubblica 16 aprile 2013, n. 62 emerge che l'obbligo di astensione ricorre per tutti i soggetti chiamati ad intervenire nello svolgimento della procedura di aggiudicazione ove esistano "gravi ragioni di convenienza". Al fine di delimitare l'ampio raggio di operatività di tale formula generale, la giurisprudenza ha avuto modo di chiarire che l'ipotesi di conflitto d'interessi "deve essere supportata da elementi concreti, specifici ed attuali" (Consiglio di Stato, sezione III, 26 marzo 2021, n. 2581).

9 Può un operatore economico contestualmente presentare domanda di partecipazione alla gara e contestare l'incapienza del prezzo posto a base di gara?

Considerato che per costante giurisprudenza, la non remuneratività della base d'asta di un appalto rientra tra le ipotesi in cui è consentita, rectius doverosa, l'impugnazione immediata del bando di gara, la presentazione della domanda di partecipazione alla gara e dell'offerta economica rende improcedibile, per sopravvenuta carenza di interesse, l'esame della contestazione relativa alla presunta incapienza del prezzo posto a base di gara, sia perché la presentazione di un'offerta economica è per sua natura fatto sintomatico e disvelatore della remuneratività del prezzo posto a base d'asta, sia perché la partecipazione alla gara è diretta a soddisfare l'interesse dell'operatore economico all'aggiudicazione, incompatibile con l'interesse all'annullamento della procedura (**Cfr. Delibera ANAC n. 155 19 aprile 2023**).

La commissione giudicatrice e i recenti approdi. Tra discrezionalità e nuovo assetto normativo; il perimetro operativo e le sue regole

IN
PIL
LOLE

Il nuovo d.lgs. 36/2023 già pone spunti interessanti su tematiche concrete che dubbi e perplessità avevano ingenerato in passato, nell'agire pratico degli operatori del settore; una tra tutte legata alla Commissione giudicatrice, alla sua composizione e alle attività valutative da essa espletate. Resta inteso che la convivenza più o meno forzata tra l'attuale normativa (in particolare con gli art. 77 e ss. del d.lgs. 50/2016) e il nuovo assetto normativo di cui al decreto n. 36, già delinea differenze importanti tra *il prima e il dopo* e con ragionevole certezza ci consente di affermare che possono ritenersi (col nuovo impalcato normativo), superati, molteplici dubbi operativi palesati nel tempo dagli operatori del settore. Vediamo l'attuale scenario.

L'art. 51, collocato come da sistematica, in seno al libro II – Parte I dedicata ai contratti

sotto soglia, chiarisce inequivocabilmente che: *“Nel caso di aggiudicazione dei contratti di cui alla presente Parte con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, alla commissione giudicatrice può partecipare il RUP, anche in qualità di presidente”.*

L'art. 93 (cioè in piena Parte V del Libro II) a proposito della Commissione giudicatrice, si legge che:

“Ai fini della selezione della migliore offerta nelle procedure di aggiudicazione di contratti di appalti con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, dopo la scadenza del termine per la presentazione delle offerte, è nominata una commissione giudicatrice, che, su richiesta del RUP, svolge anche attività di supporto per la verifica dell’anomalia.

La commissione è composta da un numero dispari di componenti, in numero massimo di cinque, esperti nello specifico settore cui si riferisce l'oggetto del contratto. Possono essere nominati componenti supplenti.

La commissione è presieduta e composta da dipendenti della stazione appaltante o delle amministrazioni beneficiarie dell'intervento, in possesso del necessario inquadramento giuridico e di adeguate competenze professionali. Della commissione giudicatrice può far parte il RUP. 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. Le nomine di cui al presente comma sono compiute secondo criteri di trasparenza, competenza e rotazione.

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

Non possono essere nominati commissari:

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

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

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

Salvo diversa motivata determinazione della stazione appaltante, in caso di rinnovo

del procedimento di gara per effetto dell'annullamento dell'aggiudicazione o dell'esclusione di taluno dei concorrenti, è riconvocata la medesima commissione, tranne quando l'annullamento sia derivato da un vizio nella composizione della commissione.

Nelle procedure di aggiudicazione di contratti di appalto con il criterio del minor prezzo o costo, la valutazione delle offerte è effettuata da un seggio di gara, anche monocratico, composto da personale della stazione appaltante, scelto secondo criteri di trasparenza e competenza, al quale si applicano le cause di incompatibilità di cui alle lettere b) e c) del comma 5."

La specificità delle competenze dei componenti la commissione, esige capacità tecniche tali da consentire valutazioni puntuali, consapevoli e ragionate da parte dei commissari stessi e tali da favorire quindi una valutazione seria delle proposte provenienti dagli operatori economici ad essi sottoposte.

In tale ottica, si colloca una interessante precisazione proveniente dall'Anac, con una recente Delibera la n. 153 approvata dal Consiglio il 19/04 u.s., con la quale l'Autorità, intervenendo su una fattispecie concreta, ha ribadito che "affinché una commissione di gara d'appalto risulti qualificata, è sufficiente che possieda nel suo complesso adeguata qualificazione tecnica con riferimento al settore dell'affidamento. Il Responsabile unico del procedimento (Rup) può, pertanto, essere un architetto, anche se i lavori da appaltare riguardano la progettazione di una strada extraurbana. L'importante è che si avvalga dell'aiuto di ingegneri."

Rilevante la questione anche per il Tar Campania Salerno, il quale con sentenza n. 834/2023 afferma:

Ai sensi dell'art. 77, comma 1, d.lgs. n. 50/2016 "Nelle procedure di aggiudicazione di contratti di appalti o di concessioni, limitatamente ai casi di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa la valutazione delle offerte dal punto di vista tecnico ed economico è affidata ad una commissione giudicatrice, composta da esperti nello specifico settore cui afferisce l'oggetto del contratto". Lo "specifico settore" cui fa riferimento l'art. 77 è stato

interpretato in modo costante dalla giurisprudenza nel senso che la competenza ed esperienza richieste ai commissari deve essere riferita ad aree tematiche omogenee e non anche alle singole e specifiche attività oggetto dell'appalto (Cons. St., Sez. V, 11/9/2019 n. 6135; Cons. St., Sez. V, 18 luglio 2019, n. 5058; Cons. St., Sez. V, 1 ottobre 2018 n. 5603; id., Sez. IV, 20 aprile 2016, n. 1556; id., Sez. V, 18 giugno 2018, n. 3721; Sez. V, 15 gennaio 2018, n. 181; Sez. V, 11 dicembre 2017, n. 5830).

Non è richiesta, cioè, una perfetta corrispondenza tra la competenza dei membri della commissione, anche cumulativamente considerata, ed i diversi ambiti materiali che concorrono alla integrazione del complessivo oggetto del contratto (cfr., da ultimo, Cons. St., Sez. V, 28/10/2021, n. 7235; Cons. St., Sez. III, 28 giugno 2019, n. 4458; Cons. St., Sez. III, 24 aprile 2019, n. 2638), come viceversa mostra di ritenere la società ricorrente, che pretende che i commissari di gara (... omissis...) siano esperti nello specifico settore della nutrizione, dell'alimentazione e nei prodotti alimentari e relativi processi di produzione, competenze che sarebbero radicalmente da escludersi sulla scorta dei curricula prodotti in atti.

(Omissis) Quanto alle valutazioni tecniche della commissione di gara, è noto che il sindacato del giudice amministrativo sull'esercizio dell'attività valutativa di tale organo non può sostituirsi a quello della pubblica amministrazione, in quanto la valutazione delle offerte nonché l'attribuzione dei punteggi da parte della Commissione giudicatrice rientra nell'ampia discrezionalità tecnica riconosciuta a tale organo (Cons. St., Sez. III, 2 settembre 2019, n. 6058; altresì, IV, 15 marzo 2022, n. 1797; V, 3 giugno 2021, n. 4224; III, 28 settembre 2020, n. 5634; TAR Lombardia, Mi., IV, 3 novembre 2022, n. 2438; 27 maggio 2022, n. 1227; 23 febbraio 2022, n. 452; T.A.R. Valle d'Aosta, I, 20 dicembre 2021, n. 73; TAR Lombardia, Milano, II, 14 giugno 2021, n. 1445; 9 aprile 2021, n. 915).

Come da consolidato indirizzo giurisprudenziale, infatti, per sconfiggere il giudizio della Commissione giudicatrice non è sufficiente evidenziarne la mera non divisibilità, dovendosi piuttosto dimostrare la palese inattendibilità e l'evidente insostenibilità del giudizio tecnico compiuto (T.A.R. Milano, sez. IV, 27/02/2023, n.494).

Sulla stessa lunghezza d'onda, anche il Tar Campania Napoli, il quale con la sentenza n. 2430/2023, disquisendo della competenza professionale dei commissari nominati, tanto rileva:

"... Rilevato che l'art. 77 comma 1 del decreto legislativo 50/2016, applicabile ratione temporis (ma anche l'art. 93 del codice dei contratti pubblici di cui al più recente decreto legislativo 36/2023 che ha solo abrogato il sistema di individuazione, basato secondo la disciplina attuale sugli albi gestiti dall'ANAC), stabilisce un principio di competenza professionale volto a garantire l'adeguatezza e quindi efficacia della scelta tecnico-discrezionale, imponendo alla stazione appaltante l'obbligo di ricorrere ad esperti, quando viene indicato per la selezione il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa;

Considerato che:

- la commissione giudicatrice è infatti un organo straordinario, temporaneo e con funzioni "consultive" svolte a favore della stazione appaltante, nominato appositamente per la specifica procedura in questione e che, in coerenza con il criterio di selezione che valorizza i profili tecnici dell'offerta, e non solo quelli economici, si giustifica proprio per la sua competenza tecnica, ovvero in ragione della professionalità tecnica e scientifica che i suoi membri vantano rispetto al settore oggetto dell'appalto;

- esigenze di efficienza organizzativa possono al limite giustificare una lettura non formalistica dell'art. 77, nel senso che la presenza di "esperti" (su cui, cfr. in generale, T.A.R. Campania, Napoli, sez. III, 30 maggio 2022, n. 3687), può anche riguardare non la totalità dei membri, ma la sola maggioranza (cfr. Cons. Stato, sez. V, 3721/2018); o può essere desunta, non dal titolo di studio, ma anche da attività professionali o incarichi espletati comunque in precedenza dal componente e ovviamente documentati dal curriculum (Cons. Stato, Sez. III, 8700/2019);

- tuttavia, modalità che rispondono all'efficienza dell'attività amministrativa non possono aggirare il principio di competenza, in cui si riassume la necessità che vi siano "esperti", che garantisce l'efficacia dell'attività di valutazione dell'offerta tecnico-economica presentata dagli operatori economici, ...

(omissis) ... Il principio della competenza professionale va distinto pertanto dalle modalità di individuazione dei componenti della commissione,

che possono essere anche eventualmente anche diverse da quelle indicate dalla norma primaria – come peraltro attestato anche dall'evoluzione normativa cui si è sopra fatto cenno, poiché qualunque sia la modalità di scelta, va comunque salvaguardato il principio vincolante di cui all'art. 77 comma 1 del d.Lgs. 50/2016."

Un'estrinsecazione di quanto innanzi detto, è nell'espressione della discrezionalità tecnico-valutativa di cui l'amministrazione è titolare. Interessante dunque in tal senso, il Consiglio di Stato, Sez. V, 14 aprile 2023, n. 3811, il quale precisa che:

"La valutazione di anomalia dell'offerta costituisce espressione della discrezionalità tecnica, di cui l'amministrazione è titolare per il conseguimento e la cura dell'interesse pubblico ad essa affidato dalla legge, e, come tale, sfugge al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, salvo che non sia manifestamente inficiata da illogicità, arbitrarietà, irragionevolezza, irrazionalità o travisamento dei fatti; in altri termini, il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni operate dalla stazione appaltante in ordine al giudizio di anomalia dell'offerta non può estendersi oltre l'apprezzamento della loro intrinseca logicità e ragionevolezza, nonché della congruità della relativa istruttoria, essendo preclusa all'organo giurisdizionale la possibilità di svolgere (autonomamente o a mezzo di consulenti tecnici) un'autonoma verifica circa la sussistenza, o meno, dell'anomalia, trattandosi di questione riservata all'esclusiva discrezionalità tecnica dell'amministrazione (cfr., fra le tante, Cons. Stato, V, 28 marzo 2022, n. 2269; 17 marzo 2022, n. 1946; 9 febbraio 2022, n. 939; 3 febbraio 2022, n. 764).

Pacificamente, nel giudizio di anomalia non è ammessa la comparazione con altre gare.

Ed invero, la valutazione di congruità delle offerte deve tenere conto delle caratteristiche previste dalla lex specialis della singola procedura cui essa si riferisce, essendo per definizione impossibile un confronto con offerte presentate in altre e differenti gare, connotate anch'esse dalle proprie caratteristiche e peculiarità. "Il raffronto fra offerte differenti non è indicativo al fine di dimostrare la congruità di una di esse" (cfr. Cons. Stato, V, 28 giugno 2021, n. 4868; 19 ottobre 2020, n. 6307; 28 gennaio 2019, n. 690)."

La valutazione discrezionale dell'amministrazione, non può essere messa in discussione dal giudice amministrativo, il quale è chiamato a ripercorrere il ragionamento seguito dall'Amministrazione al fine di verificare in modo puntuale, anche in riferimento alla regola tecnica adottata, la ragionevolezza, la logicità, la coerenza dell'iter logico seguito dall'amministrazione, senza però potervi sostituire una valutazione propria.

Ecco quindi in tal senso la sentenza n. 105/2023 del Tribunale Regionale Giustizia Amministrativa Trentino Alto Adige Bolzano, ove si legge che:

"Le scelte valutative fatte dalla Commissione giudicatrice in ordine alla qualità dei materiali in linea generale sono sottratte alla sindacabilità del giudice amministrativo, salvo che le stesse risultino affette da illogicità manifesta, erroneità dei presupposti di fatto, incoerenza della procedura di valutativa e dei relativi esiti, non plausibilità dei criteri valutativi e della loro applicabilità. Ed invero, dinanzi ad una valutazione tecnica complessa, come lo è sicuramente la valutazione di qualità di dispositivi medicinali, il giudice amministrativo è chiamato a ripercorrere il ragionamento seguito dall'Amministrazione al fine di verificare in modo puntuale, anche in riferimento alla regola tecnica adottata, la ragionevolezza, la logicità, la coerenza dell'iter logico seguito dalla medesima, senza però potervi sostituire un sistema valutativo differente da lui stesso individuato: infatti, il sindacato del giudice amministrativo sull'esercizio dell'attività valutativa della Commissione giudicatrice non può sostituirsi a quello dell'Amministrazione, in quanto la valutazione delle offerte nonché l'attribuzione dei punteggi da parte della Commissione rientrano nell'ampia discrezionalità tecnica riconosciuta a tale organo. Ne consegue che, per sovvertire il giudizio tecnico della Commissione giudicatrice, non è sufficiente rilevare la mera non condivisibilità di detta valutazione, ma è necessario dimostrare la palese inattendibilità e l'evidente insostenibilità di tale giudizio tecnico.

Dal momento che la valutazione delle offerte nonché l'attribuzione dei punteggi da parte della Commissione giudicatrice rientra nell'ampia discrezionalità tecnica riconosciuta all'Amministrazione, esula dunque dal potere di sindacato giurisdizionale la richiesta di ripercorrere interamente una fase di gara mediante un'attività sostituiva di quella già effettuata dall'Amministrazione.

Peraltro, allorché si utilizzino criteri tabellari on/off (si/no) questi non sono neppure riconducibili alla discrezionalità tecnica e non necessitano di una ulteriore motivazione, perché accordati a caratteristiche obiettivamente rilevabili: non risulta, pertanto, necessario che il punteggio attribuito debba essere idoneamente giustificate anche con una motivazione adeguata per assicurare la trasparenza dei punteggi: sul criterio di valutazione on/off la condivisa giurisprudenza ha statuito che il sistema di valutazione on/off non è di per sé incompatibile con il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Ai sensi dell'art. 95, d. lgs. n. 50/2016, infatti, è necessario assicurare, attraverso i criteri valutativi, la valorizzazione delle offerte tecniche e un confronto concorrenziale tra i partecipanti, rientrando nell'ampia discrezionalità della stazione appaltante la loro concreta individuazione e ponderazione, chiarendo inoltre che la preminenza valutativa accordata a fattori oggettivamente riscontrabili sulla scorta di analisi tabellare, scevri quindi da giudizi discrezionali, risponde ad un'avvertita istanza di arginamento e compressione della discrezionalità dell'Amministrazione appaltante in armonia con i principi di trasparenza e non discriminazione enunciati all'art. 30, comma 1, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, che li eleva a canoni basilari dell'affidamento di appalti e concessioni. Anche l'aver conferito peso preponderante ai fattori on/off rispetto a quelli descrittivo discrezionali rimonta ad una scelta discrezionale dell'Amministrazione, insindacabile dal Giudice amministrativo fatte salve le ipotesi di emersione di macroscopici vizi logici, irragionevolezza o travisamento."



MEDIAAPPALTI

Guida pratica in materia di appalti pubblici

Mediappalti ora è disponibile on line

Abbonati su www.mediappalti.it

**Con soli 80 euro avrai accesso illimitato
per 12 mesi a tutti i contenuti della rivista**

MEDIAAPPALTI

Publicità: pubblicita@mediappalti.it

Servizio Abbonamenti: abbonamenti@mediappalti.it

**Medi
Graphic**

Redazione: Mediagraphic s.r.l.

Via Palmitessa, 40 - 76121 Barletta (BT)

Tel. 0883.527171 - Mail: redazione@mediappalti.it

i seminari in programma 2023

Elenco Webinar in fase di aggiornamento
Dove indicato i corsi si terranno in presenza

APPALTI PUBBLICI

Il nuovo codice dei Contratti Pubblici XII Edizione Sardegna

Marzo - Luglio (13 incontri)

Il nuovo codice dei Contratti Pubblici XIII Edizione Italia

Marzo - Luglio (15 incontri)

La transizione digitale nelle Pubbliche Amministrazioni

Aprile - Maggio (4 incontri)

Gli Affidamenti sotto soglia tra procedura, documentazione, MePA e il nuovo Codice in approvazione

Maggio - Giugno (4 incontri)

Il nuovo Codice dei Contratti Pubblici

12-19 Giugno, 11-12 Luglio

CAGLIARI 18 Maggio, TORINO 8 Giugno, ROMA 15 Giugno,

NAPOLI 20 Giugno, OLBIA 26 Giugno

Il nuovo MePA Consip

19-21 Giugno

PALERMO 11 Maggio

ABC degli Appalti Pubblici alla luce del nuovo codice

4-10-15-19 Maggio, 29 Giugno

RUP e DEC negli appalti di servizi e forniture

15-16 Maggio

Le modalità di affidamento semplificato

22-29 Maggio

L'attività di verifica dei requisiti

26 Maggio

Focus su Lavori Pubblici

31 Maggio 1-9 Giugno

Le tecniche di redazione dei capitolati

9 Giugno

La gestione della gara alla luce del nuovo codice

14 Giugno

Le comunicazioni e la trasparenza nelle gare pubbliche

23 Giugno

La gara con l'offerta economicamente più vantaggiosa

26 Giugno

Speciale sulle modifiche dei contratti

7 Luglio

Le concessioni in Italia

14 Luglio

CONTABILITA'

La Contrattazione Decentrata

6 Giugno

ORGANIZZAZIONE E PERSONALE

Problematiche applicative e gestionali del CCNL funzioni locali 2019/21

18 - 25 Maggio

La Contrattazione Decentrata

6 Giugno

PROJECT MANAGEMENT

Corso base di Project Management (ISIPM-Base®)

Giugno (6 incontri)

I principi del Project Management

30 Giugno

SOCIETÀ IN HOUSE - SERVIZI PUBBLICI LOCALI

La riforma della disciplina dei servizi pubblici locali

6-8 Giugno

MEDIACONSULT è fiera di sostenere le iniziative di Save the Children e di contribuire ad avvicinare bambini e adolescenti a quel futuro migliore che tutti noi sogniamo, e che dipende strettamente dalle azioni che scegliamo di compiere oggi.



Un nuovo obiettivo: un senso profondo!



sulla
Corte dei Conti

Analisi di pareri e pronunce su questioni
attinenti all'attività contrattuale
ed in genere all'azione amministrativa
delle Stazioni appaltanti.

Medi
Graphic
MEDIAAPPALTI

Rubrica bimestrale
a cura di
Stefano Usai

maggio
2023

allegato alla Rivista mensile
MediAppalti

sommario

**In tema di adeguamento del prezzo di contratto
(privo della clausola) nel caso di servizi
(Corte dei Conti, sez. Regionale Veneto, deliberazione n. 82/2023)**

Premessa

1. L'istruttoria
2. La risposta al quesito

3

**In tema di cessione "gratuita" degli immobili della P.A.
per realizzare "interessi pubblici"
(Corte dei Conti, sez. Regionale Basilicata, deliberazione n. 15/2023)**

Premessa

1. Le motivazioni delle decisioni della P.A.
2. L'istruttoria e la questione degli "atti di liberalità"
3. Le valutazioni delle sezioni
4. Il parere

5

**La corretta liquidazione dei diritti di rogito
(Corte dei Conti, sez. Regionale Puglia, deliberazione n. 25/2023)**

Premessa

1. L'istruttoria
2. La natura del diritto di rogito
3. Il parere

9

In tema di adeguamento del prezzo di contratto (privo della clausola) nel caso di servizi

Premessa

Alla sezione veneta viene posta la questione sulla possibilità (o meno) di "riconoscere alla ditta che fornisce al Comune il servizio di trasporto scolastico in appalto, l'adeguamento dei maggiori costi sopportati sulla base dell'indice FOI pubblicato dall'ISTAT per il mese di agosto 2022 pari al 8,31%". Il Sindaco pro-tempore, illustrando il caso di specie, annota che il contraente interessato dall'appalto "nell'ambito del contratto di appalto del servizio di trasporto scolastico, stipulato a settembre del 2021, richiede l'adeguamento del contratto sulla base dell'indice FOI a causa dei pregiudizievoli fenomeni inflattivi che stanno producendo straordinari incrementi dei prezzi di acquisto praticati dalle aziende fornitrici (carburanti, parti di ricambio, gestione e manutenzione automezzi, etc.)."

Da notare, però, e lo si riporta nel quesito che il comma del capitolato relativo all'articolo "Revisione prezzi", che poi è stato declinato nel contratto, alla lettera prevede che "non si procede alla revisione dei prezzi e non si applica il comma 1 dell'articolo 1664 del Codice Civile".

Così esposto il quadro negoziale e la sua evoluzione, l'istanza si conclude con l'interrogativo "se tali maggiori costi possano essere ricondotti al rischio d'impresa oppure se i recenti eventi che coinvolgono l'Europa intera possano legittimamente portare al riconoscimento di un adeguamento contrattuale sulla base dell'indice FOI pubblicato dall'ISTAT per il mese di agosto 2022, come richiesto dalla ditta stessa."

1. L'istruttoria

La sezione, nella sua attenta disamina, evidenzia l'inammissibilità del quesito precisando che "la richiesta di parere all'esame della Sezione - pur essendo astrattamente diretta all'interpretazione di norme e consentendo, quindi, in linea teorica, l'esercizio della funzione consultiva della Corte nei termini in cui è formulata, in realtà, non ha una portata ermeneutica generale e astratta, essendo strutturata in maniera tale da sottendere valutazioni attinenti alla concreta attività gestionale ed amministrativa di esclusiva competenza dell'ente istante; ed invadendo il campo rimesso all'attività gestionale e decisionale dello stesso (cfr. ex multis, delib. di questa Sezione - nn. 136/2022/PAR, 51/2022/PAR e 83/2022/PAR, nonché, sub specie, Sezione regionale di controllo Emilia-Romagna - delib. n. 20/2021/PAR, Sezione di controllo per la regione Valle d'Aosta - delib. n. 3/2020/PAR)".

E' fatto divieto, evidentemente, "alle sezioni pronunciarsi su quesiti che implicino valutazioni sui comportamenti amministrativi o attinenti a casi concreti o ad atti gestionali già adottati o da adottare da parte dell'ente".

2. La risposta al quesito

Pur in assenza di riscontro della Corte è bene evidenziare che la questione dei contratti di servizi (ante Decreto Legge 4/2022 che ha reintrodotto l'obbligo dell'inserimento della clausola di adeguamento dei prezzi invece facoltativa nel Codice del 2016) è bene riportare il parere espresso dall'ANAC (conforme a quanto affermato in giurisprudenza, MIMS e OICE).

In particolare con il parere (espresso in funzione consultiva) n. 20/2022 l'Autorità Anticorruzione ha chiarito come "anche sulla base dei chiarimenti offerti dalla giurisprudenza, è possibile concludere che la revisione dei prezzi negli appalti di servizi e forniture, in assenza di specifiche previsioni derogatorie al d.lgs. 50/2016 (come per gli appalti di lavori), appare consentita entro i limiti stabiliti dall'art. 106, comma 1, lett. a) del Codice, dunque disposta nei casi previsti dalla norma (nonché nelle eventuali previsioni relative allo jus variandi contenute nella lex specialis in coerenza con l'art. 106), da ritenere tassativi in quanto derogatori all'evidenza pubblica".

In assenza di una specifica clausola di revisione - che nel caso di specie addirittura risultava espressamente esclusa - non è possibile procedere con gli adeguamenti.

In tema di cessione “gratuita” degli immobili della P.A. per realizzare “interessi pubblici”

Premessa

Alla sezione della regione Basilicata viene posta la questione – abbastanza frequente –, della possibilità di cedere un bene immobile (della P.A.) a terzi gratuitamente per la realizzazione di fini che interessano la collettività.

Più nel dettaglio, l’istanza è rivolta ad avere riscontro positivo “in ordine alla possibilità, alla luce dei principi in materia di gestione del patrimonio immobiliare delle Pubbliche Amministrazioni, della costituzione, a titolo gratuito, del diritto di superficie o di altro diritto reale di godimento su un immobile di una P.A., in favore di altra P.A., e se i suddetti principi gestionali del patrimonio immobiliare pubblico siano temperati dal principio della c.d. finanza pubblica allargata in caso di trasferimento, sempre a titolo gratuito, del diritto di proprietà o di altro diritto reale di godimento in favore di altra Pubblica Amministrazione”.

Nel caso di specie si trattava della possibilità di costituire gratuitamente il diritto di superficie su un immobile di proprietà comunale in favore della “Guardia di Finanza, al fine di consentire la costruzione di una nuova caserma”.

1. Le motivazioni delle decisioni della P.A.

Il Sindaco istante evidenzia, nella richiesta, anche l'impossibilità di procedere con ogni valorizzazione del bene immobile sia per carenza di risorse sia per vincoli giuridici con le implicazioni importanti, in caso di cessione (pur a costo zero) di creare un risparmio economico in relazione alle "spese di manutenzione necessarie alla conservazione in sicurezza del fabbricato". Ulteriori vantaggi nella cessione la possibilità anche di creare indotto economico (creando un caseggiato idoneo ad ospitare numerose "famiglie di militari" ed un rafforzamento, semplificando, della legalità attraverso la creazione di un nuovo presidio della Guardia di Finanza aumentando "il livello di sicurezza nel contesto di riferimento, anche in termini di prevenzione, valori, questi, costituzionalmente rilevanti".

2. L'istruttoria e la questione degli "atti di liberalità"

Nell'istruttoria dell'istanza (il quesito viene ritenuto ammissibile), il primo aspetto che la sezione mette in evidenza è la totale assenza nell'ordinamento di norme giuridiche e quindi la possibilità per la P.A. "di attribuire, a titolo gratuito, un diritto reale su un bene facente parte del patrimonio immobiliare del Comune in favore di altro soggetto pubblico".

La fattispecie, si legge nella deliberazione, risulta già affrontata di recente dalla "Sezione, seppur sotto il profilo della possibilità della donazione modale (cfr., Sez. Contr. Basilicata, deliberazione n. 59/2022/PAR), non trova espressa codificazione nell'ordinamento gius-pubblicistico, ove non è dato rinvenire norme specifiche che prevedano una capacità degli Enti pubblici di adottare atti di liberalità in favore di altri soggetti, pubblici o privati, né, in verità, che prevedano divieti".

In merito alla questione in parola (atti di liberalità/P.A.) la Suprema Corte di Cassazione che ha affermato il principio secondo il quale, "pur in mancanza di una norma che preveda l'incapacità di cedere a titolo gratuito diritti reali su beni pubblici da parte di tutti gli Enti, tali cessioni non possono, in ogni caso, integrare una mera liberalità, ma devono sempre perseguire un interesse pubblico: "Gli enti pubblici per i loro fini istituzionali sono incapaci di porre in essere atti di donazione e di liberalità che non costituiscono mezzi per l'attuazione di detti fini" (cfr., Cass. Civ. 7 dicembre 1970, n. 2589)". Principio compatibile il c.d. "principio della c.d. finanza pubblica allargata" anche invocato nella richiesta di parere.

Una decisione, quindi, di "liberarsi" gratuitamente del proprio patrimonio – precisa la sezione -, implica una attenta valutazione "un prudente apprezzamento" da parte del responsabile della gestione del patrimonio.

Valutazione/considerazione che riguarda, appunto, "la scelta gestionale ritenuta in concreto più idonea a perseguire la migliore e corretta gestione del proprio patrimonio ed il soddisfacimento dell'interesse pubblico, anche in relazione alla necessità di dare attuazione al principio di sussidiarietà costituzionalmente previsto (cfr., art. 118 Cost.)".

3. Le valutazioni delle sezioni

Non sempre, si legge in deliberazione le scelte di cedere liberamente (a titolo gratuito) il proprio patrimonio sono state ritenute corrette.

In questo senso, ad esempio, si è precisato che “la cessione gratuita (donazione modale), di beni pubblici, di norma, non sia consentita perché incompatibile con i principi contenuti nelle norme che disciplinano la cessione e la valorizzazione del patrimonio disponibile della P.A.” (cfr., Sez. Contr. Lombardia n. 164/2019/PAR) e che “le finalità istituzionali proprie dell’ente nella gestione dei beni pubblici e nella relativa cessione, come individuate dal legislatore nelle disposizioni sopra riportate, sono orientate al rispetto dei principi di economicità, adeguatezza, proporzionalità e gestione produttiva dei beni stessi, anche qualora siano individuate forme alternative o sussidiarie di valorizzazione a salvaguardia dell’interesse pubblico”. (cfr., Sez. Contr. Piemonte n. 16/2020/SRCPIE/PAR).

Si impone, quindi, e ciò riguarda – evidentemente -, il tecnico/responsabile del servizio (e non solo il responsabile del servizio finanziario) una rigorosa valutazione in concreto (ed in casi eccezionali) della sussistenza delle condizioni legittimanti circa “a cessione gratuita di un bene immobile, sulla base di una necessaria ed esaustiva motivazione in merito all’idoneità della donazione modale per il raggiungimento di uno specifico fine dall’ente locale e nel rispetto dei principi di adeguatezza e proporzionalità sotto il profilo economico”.

Una scelta in questo senso, poi, deve avere anche una valutazione sulle potenziali alternative che consentano comunque di valorizzare l’aspetto economico (si pensi ad esempio alla vendita). Occorre dar conto, nel caso di cessione gratuita dell’assenza di altre opzioni “che potrebbero consentire il raggiungimento dell’interesse pubblico perseguito dal comune nell’ambito dei propri fini istituzionali (fini istituzionali del comune e non dell’Ente pubblico o privato cui viene ceduto il bene) - conf. Sez. reg. controllo Piemonte n. 409/2013” (così, Sez. Contr. Lombardia n. 164/2019/PAR citata)“.

Una attribuzione patrimoniale, gratuita, potrebbe essere giustificata solo se realmente finalizzata allo svolgimento:

- a) di servizi pubblici;
- b) di interesse per la collettività insediata sul territorio.

Nel caso di attribuzione a titolo gratuito, poiché non emerge con immediatezza il collegamento tra l’atto traslativo (o comunque attributivo del diritto) ed i fini istituzionali dell’ente, “sarà onere del cedente evidenziare le ragioni sottese all’atto di disposizione nonché la finalità che con l’atto medesimo intende soddisfare” (cfr., Sez. Contr. Puglia n. 165/PAR/2014)“.

4. Il parere

In assenza, quindi, di una chiara indicazione normativa, il parere della sezione è nel senso della necessità – prima di adottare la scelta -, di un prudente apprezzamento da parte dei responsabili dell’ente locale per assicurare, in ogni caso, una decisione che risulti la migliore per perseguire la corretta gestione del patrimonio “nel rispetto del regime giuridico connesso alla natura dei beni (diverso se appartenenti al demanio, al patrimonio disponibile o indisponibile) e del soddisfacimento dell’interesse pubblico, anche in relazione al necessità di dare attuazione al principio di sussidiarietà costituzionalmente previsto (cfr., art. 118 Cost.)”. La scelta, in definitiva, di cedere gratuitamente il proprio patrimonio dovrà essere sorretta da attentissima motivazione che illumini sulle ragioni ed i fini da perseguire.

Anche sotto il profilo “della sicurezza e della legalità, si da escludere ogni timore di negligente e non consentito depauperamento”.

La corretta liquidazione dei diritti di rogito

Premessa

Il Sindaco di un comune della regione Puglia pone alla sezione la questione della liquidazione dei diritti di rogito al Segretario del Comune e sul *modus operandi* nel caso in cui i "diritti di rogito incassati in un esercizio (siano) superiori al limite corrispondente al quinto della retribuzione in godimento del segretario comunale" e, pertanto, circa la "possibilità di liquidazione nel periodo contabile (esercizio finanziario) successivo".

Più nel dettaglio si formula il quesito: "qualora i diritti di segreteria incassati in un dato esercizio superino il limite della quota del quinto della retribuzione in godimento al segretario comunale, possono gli stessi, nella parte eccedente essere liquidati nel periodo contabile successivo se i contratti cui i predetti diritti afferiscono non sono stati rogati nell'anno di riscossione delle somme, bensì nell'anno successivo".

1. L'istruttoria

Il collegio conduce una attenta istruttoria sulla figura del segretario, sulle funzioni rogatorie (l'unica che consente l'erogazione del diritto di rogito) e sulle differenze tra enti in cui sono presenti dirigenti ed enti privi.

In relazione alla questione specifica – la misura dei compensi ed il criterio dell'erogazione – riporta svariati interventi dei giudici sia contabili che amministrativi. Su alcuni pare opportuno – per la loro chiarezza – soffermarsi:

- a) ad esempio, la Sezione regionale di controllo del Molise, con la deliberazione n. 74/2020/PAR, nel valutare se ai fini del computo del limite di un quinto dello stipendio in godimento si cumulino gli emolumenti percepiti in comuni diversi (senza distinguere tra i casi di titolarità, reggenza o scavalco) ha evidenziato che “la giurisprudenza contabile ha da tempo ritenuto – con opzione interpretativa pienamente condivisibile – maggiormente conforme al dato letterale della norma, che si riferisce allo “stipendio in godimento” (senza altre specificazioni), ipotizzare che i diritti di rogito siano attribuibili, da parte del singolo comune, con l'unico limite del quinto dello stipendio globalmente percepito da parte del segretario nell'anno di competenza, senza distinguere tra gli importi erogati da parte dei singoli enti in cui ha prestato servizio” (cfr. Sezione regionale di controllo per la Lombardia, deliberazione n. 171/2015/PAR);
- b) Sul modus operandi di erogazione si è affermato che la liquidazione deve essere riferita “ai diritti **maturati esclusivamente nell'anno**; cfr. Corte dei conti, Sez. regionale di controllo Lazio n. 21/2015/PAR”; chiarendo, poi, che per determinare il trattamento economico in godimento (ai sensi dell'art. 10, comma 2-bis, del d.l. 24 giugno 2014, n. 90), **si dovrà far riferimento al principio della competenza** (per il trattamento fondamentale e di posizione) mentre per quello accessorio, come ad esempio l'indennità di risultato, andrà applicato il principio di cassa. “Correttamente, quindi, gli importi dei diritti di rogito sono acquisti integralmente al bilancio dei Comuni per essere erogati nei limiti previsti al Segretario comunale al termine dell'esercizio (cfr. Corte dei conti, Sez. regionale di controllo per la Sicilia, deliberazione 194/2014/PAR). Nella parte conclusiva del parere è evidenziato che, nel caso di convenzione di segreteria, i comuni dovranno regolare tra loro “le modalità di erogazione dei diritti di rogito, la verifica del rispetto del limite del quinto dello stipendio complessivo di riferimento, nonché la ripartizione tra gli stessi Enti dell'eventuale eccedenza dei diritti di rogito non corrisposti al Segretario”.
- c) La Sezione di controllo della Corte dei conti per la Sicilia, nella deliberazione n. 194/2014/PAR, ha chiarito che “il nuovo testo (legislazione del 2014) appare chiaro nel fare rinvio al “provento annuale” come termine di riferimento per il calcolo della quota. Pertanto, la quota deve essere conteggiata “in relazione al periodo di servizio prestato nell'anno dal segretario comunale o provinciale”.

2. La natura del diritto di rogito

Nella deliberazione della sezione si riportano anche altri interventi di prassi che configurano il diritto di rogito come avente natura di tributo.

In questo senso, la Sezione regionale di controllo per l'Emilia-Romagna (Deliberazione n. 68/2019/PAR) ha ricordato quanto evidenziato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 156 del 1990: "ai diritti di segreteria (di cui quelli di rogito rappresentano una species) "è concordemente attribuita la natura di tributi", senza che indicazioni contrarie possano trarsi dal termine "proventi" che qualifica(va) i diritti di rogito nell' abrogato art. 41, ultimo comma, della legge n. 312/1980".

Nello stesso senso si è espresso anche il Consiglio di Stato, Sez. V 12/11/2015, n. 5183, che ha affermato che "i diritti di rogito hanno una funzione di remunerazione di una particolare attività alla quale è correlata una responsabilità di ordine speciale e sorgono con l'effettiva estrinsecazione della funzione di rogante la quale, ancorché di carattere obbligatorio, eccede l'ambito delle attribuzioni di lavoro normalmente riconducibili al pubblico impiego. A fronte di tale funzione il legislatore ha previsto un compenso ulteriore [...]".

Circa la procedura amministrativa, la delibera rammenta che gli importi versati dai terzi per la stipula devono essere introitati integralmente al bilancio dell'ente per poi essere successivamente erogati, mediante determinazione del responsabile del settore competente (normalmente il responsabile del servizio finanziario), al segretario nella misura prevista dalla legge.

Questo, evidentemente, significa che i diritti di rogito sono riconosciuti per intero (100%) al segretario comunale fino a concorrenza del quinto del suo stipendio in godimento; una volta raggiunta tale soglia, **i diritti eccedenti restano nella disponibilità del bilancio comunale.**

Con la determinazione in parola, il responsabile del procedimento verifica "quanti contratti sono stati rogati dal segretario nell'anno di riferimento (o in un determinato periodo di tempo), verifica che siano stati incassati i relativi importi per il rogito dei contratti e che l'ammontare sia corretto, verifica il rispetto delle condizioni prescritte dall'art. 10 del DI 90/2014 - tra cui vi è il limite di un quinto dello stipendio in godimento - e, successivamente, procede alla liquidazione delle somme dovute al segretario quale pubblico ufficiale rogante".

La gestione dei contratti è affidata al segretario "in base all'art.65 del DPR 634/1972 ed all'art.67 del DPR 26 aprile 1986 (T.U.R), al segretario comunale rogante il quale deve iscrivere, in ordine progressivo, in un apposito repertorio "tutti gli atti soggetti a registrazione in termine fisso" (in forma pubblica e privata e soggetti registrazione) ed è tenuto a conservarlo" (da notare che è venuto meno l'obbligo della vidimazione).

La sezione delle Autonomie, con Deliberazione n.16/SEZAUT/2009/QMIG ha chiarito che i diritti di rogito non devono essere ricompresi nelle spese di personale di cui al comma 557 della legge 296/2006 e ss.mm., trattandosi di compensi pagati con fondi che si autoalimentano e che non comportano un effettivo aumento di spesa.

3. Il parere

Il riscontro al parere, infine, e quindi circa la possibilità di erogare diritti oltre il principio della competenza, ovvero l'anno successivo rispetto a quelli in cui sono stati maturati e non liquidati perché in misura superiore al quinto dello stipendio erogato, la sezione risponde negativamente. I diritti in parola, non liquidabili vengono introitati definitivamente dal bilancio dell'ente.