

Rivista mensile - Anno XIII, Numero 4

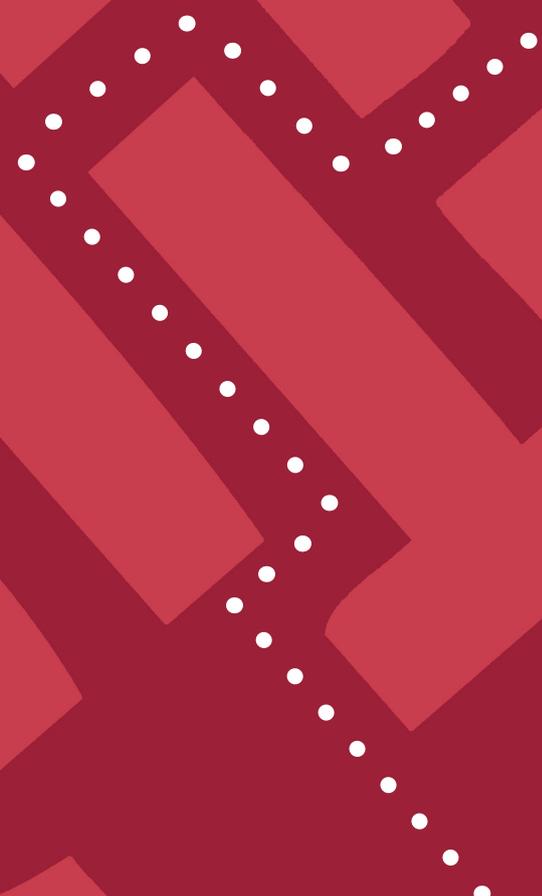
giugno
2023

MEDIA APPALTI

**Cause di esclusione nel
nuovo Codice appalti**

**Le commissioni di gara nel
nuovo Codice dei contratti**

**La grande sfida del nuovo
Codice: la digitalizzazione
del ciclo di vita dei
contratti**



**“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



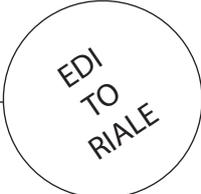
approfondimento aggiornamento giurisprudenza informazione consulenza normativa



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

**giugno
2023**

Genitori



EDITORIALE

Il mondo è cambiato. Il mondo è cambiato. Urla forte il folle per le strade della città. La barba bianca che gli scende fin sul petto. Un cappello di lana anche se siamo ai primi di giugno.

Attraversa la piazza centrale preceduto dal suo incessante scandire di quell'allarmante monito che va a disperdersi tra i viali alberati e gli scappamenti in fila indiana all'incrocio tra i portici e il corso che declina verso la stazione ferroviaria. Quelle parole si infilano nei pensieri di una mamma che con una mano spinge un passeggino e con l'altra stringe la mano del figlio di sette anni. Percorre il marciapiede a passo sostenuto. Sono appena le sette e trenta del mattino. Il suo punto d'arrivo è fissato a due isolati di distanza. Davanti al portone della sede dell'associazione che si occuperà dei suoi bambini durante la mattinata. L'animatrice è già per strada. Aspetta i piccoli. Li abbraccia. Saluta la donna. Svanisce dietro le vetrate della ludoteca. Adele riprende la sua marcia. Con passo ancora più celere. Entro dieci minuti deve essere in ufficio. Corre. Corre e ripercorre le parole del folle: il mondo è cambiato. Il mondo è cambiato ripete a se stessa. Vorrebbe accodarsi a quel signore. Urlarlo sotto il palazzo del Governo. Ma come è che non se ne accorgono? Il mondo è cambiato. E per le famiglie questo cambiamento non è un bene. La scuola è finita. L'ultima campanella è il primo,

atteso, segnale che le vacanze sono iniziate. Bambini felicissimi escono dal portone dell'edificio, genitori tesi li aspettano per abbracciarli e coccolarli. Nonostante tutto. Nonostante cosa? Nonostante sia giunto il periodo più critico per i genitori lavoratori. Per loro, da qualche settimana, è iniziata una funambolica ricerca della soluzione migliore con la quale conciliare lavoro e genitorialità durante i mesi estivi.

Il mondo è cambiato. La società è cambiata. Quando mamma era a casa, noi restavamo con lei. Oggi le donne che lavorano sono quasi 10 milioni. Un dato ancora molto basso. Che stenta a crescere anche per l'assenza di politiche che sostengano le famiglie nelle quali entrambi i genitori sono occupati.

Nelle famiglie in cui mamma e papà lavorano, l'arrivo dell'estate significa affidarsi a centri estivi che si occupino di "accudire" i propri figli, impegnandoli in attività culturali, sportive, creative. Niente di veramente preoccupante. Si tratta di offrire ai propri figli nuove opportunità di socializzazione, espressione, divertimento. Niente di veramente preoccupante se non fosse per i costi sempre più elevati che le famiglie devono sostenere per poter iscrivere i propri figli a tali iniziative. Per il dover investigare sull'idoneità dei luoghi in cui verranno svolte le attività.

In casi sporadici intervengono i comuni. Sono davvero poche le famiglie fortunate. Spesso sono le Amministrazioni Comunali più piccole a dimostrare una maggiore sensibilità. Promotori di proposte ludico ricreative in strutture pubbliche come aule, laboratori, palestre, cortili scolastici. Una soluzione che abbatta i costi delle famiglie perché conta sull'utilizzo di ambienti pubblici. Che apre margini di maggiore tranquillità perché svolte in strutture in regola con tutte le prescrizioni normative in tema di sicurezza perché destinate alla frequentazione da parte di minori.

Nello sfogliare l'ampio catalogo delle proposte private ci si imbatte in palestre, piscine, lidi privati che non sono stati progettati per ospitare bambini. Numerosi bambini. Queste location, per poter essere accreditate come sede di "centri estivi", devono ottenere preventivamente autorizzazione da parte dei tecnici del comune e dell'Asl di appartenenza.

E se l'esperienza di qualche piccolo comune diventasse la regola? Le strutture scolastiche resteranno pressoché inutilizzate per circa quattro mesi. Perché i Comuni non prendono in seria considerazione di offrire attraverso gara pubblica la concessione in uso di tali strutture nel periodo in cui resteranno vuote? Sapremo di portare i nostri figli in luoghi "protetti", fatti su misura di bambino. Sopporteremo una spesa ridotta. Il canone che le associazioni dovranno sopportare per usufruire di tali spazi sarebbe ridotto rispetto a quanto dovrebbero prevedere per l'affitto di una piscina, di un impianto sportivo, di una qualsiasi area privata. Meno spese per l'organizzazione dovrebbero ridurre la quota di partecipazione.

Il primo giugno, proprio mentre madri e padri si affrettavano nel completare le iscrizioni dei propri figli a un centro estivo, abbiamo celebrato la giornata mondiale dei genitori. Si parla tanto di crescita zero, denatalità, invecchiamento della

popolazione. Aiutare le coppie, in un mondo che non è più quello che abbiamo vissuto fino agli anni '70/'80 potrebbe rallentare l'attuale tendenza a non avere figli, o a fermarsi al primo. L'estate è uno dei momenti più critici per le famiglie. Il pubblico ha il dovere di aiutare. In maniera concreta. Diretta. Non sono più sufficienti i bonus. Le soluzioni estemporanee. Le corse ad arraffare quote di contributi che mutano pelle con l'avvicinarsi dei colori al governo. Ci vogliono certezze. Accordi pluriennali. Come quelli proposti nel comune di Carignano con il bando di gara per l'affidamento della gestione dei centri estivi comunali per il periodo 2020/2025. "Il Centro Estivo rivolto ai bambini si propone come un servizio di sostegno alle famiglie impegnate nell'attività lavorativa" si legge all'articolo 3 del capitolato. Carignano è un comune di poco più di 9mila abitanti. Provincia di Torino.

Sapete cosa c'è di veramente disarmante in questo paese? La varietà. Questo "allerchinismo" delle soluzioni. La diversificazione con la quale lo stesso tema viene affrontato da un luogo all'altro. Nasci in un posto, hai un certo trattamento. Nasci a pochi chilometri di distanza, ne hai un altro. Effetto collaterale del meccanismo delle autonomie. Sarebbe bello a volte avere omogeneità. Sarebbe bello vivere in un posto senza avere il desiderio di fuggire. Sarebbe bello se la genitorialità non fosse sinonimo di epopea.

Se le bacheche di tutti i Comuni fossero piene di bandi di gara per l'assegnazione di convenzioni, per l'accesso a spazi pubblici. Tutti. Per evitare di dover pensare quanto sono vere le parole dello scrittore britannico Eric Linklater quando affermava "se ciascuno potesse scegliersi il luogo dove nascere, certi paesi sarebbero completamente vuoti".

di Enzo De Gennaro

sommario

Editoriale

Genitori

4

In evidenza

Cause di esclusione nel nuovo Codice appalti

7

Sotto la lente

Gli incentivi alle funzioni tecniche nel nuovo Codice dei contratti pubblici

16

Hanno collaborato a questo numero:

Avv. Francesca Scura
Avvocato amministrativista, esperto in contrattualistica pubblica

Avv. Ilenia Pazzani
Esperta in materia di appalti pubblici

Dott.ssa Beatrice Corradi
Dirigente del Servizio Provveditorato, Affari generali e Gruppi Consiliari del Consiglio regionale della Liguria

Avv. Paola Cartolano
Esperta in materia di appalti pubblici

Avv. Paola Razzano
Esperta in materia di appalti pubblici

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

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

Dott.ssa Alessandra Verde
Referendaria consigliere presso il Consiglio regionale

Avv. Giuseppe Croce
Esperto in appalti pubblici

Direttore Responsabile
dott. Enzo de Gennaro

Comitato di Redazione
avv. Maria Teresa Colamoreo
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

Il diritto di accesso quale accesso agli atti nel rispetto della riservatezza e delle norme procedurali e processuali applicabili. Il decreto legislativo 50/2016 ed il decreto legislativo 36/2023 a confronto

23

Il Partenariato Pubblico Privato nel D.Lgs. n. 36/2023

28

Il subappalto nel nuovo codice dei contratti

37

Le commissioni di gara nel nuovo Codice dei contratti

43

La grande sfida del nuovo Codice: la digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti

48

Pareri & Sentenze

55

A Domanda Rispondiamo

60

In pillole

64

Cause di esclusione nel nuovo Codice appalti

di Francesca Scura

IN
EVIDENZA

Premesse

La disciplina delle cause di esclusione dalle gare pubbliche contenuta nel nuovo Codice (d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 - G.U.R.I. 31 marzo 2023, n. 77), pur ponendosi in sostanziale continuità con la normativa vigente (d.lgs. n. 50/2016), presenta alcuni elementi di novità.

Tra questi il riordino della disciplina in separati articoli, con indubbi vantaggi in termini di semplificazione e interpretazione della normativa a beneficio di operatori economici e stazioni appaltanti.

La disciplina viene, difatti, suddivisa in cinque distinte disposizioni (artt. 94-98), regolanti le cause di esclusione automatica, le cause di esclusione non automatica, la procedura dell'esclusione, le cause di esclusione di partecipanti a RTI e, infine, l'illecito professionale.

Nel senso della semplificazione è intervenuto, da ultimo, anche lo schema di bando - tipo predisposto dall'ANAC al fine di evitare errori in fase di prima applicazione del nuovo Codice¹.

1. Cause di esclusione automatica

L'art. 94 del nuovo Codice, rubricato "Cause di esclusione automatica", disciplina le cause di esclusione tali da comportare l'esclusione diretta del concorrente dalla gara, mentre le cause di esclusione non automatica (elencate al successivo art. 95) sono soggette a valutazione da parte della stazione appaltante e a contraddittorio con l'operatore economico.

L'art. 94 corrisponde, nei contenuti, all'art. 80, comma 1 del vecchio Codice, ma riprende la definizione di causa di esclusione "automatica" invalsa nella giurisprudenza della CGUE,² adottata in riferimento a tutti quei casi in cui il divieto di partecipazione e/o l'esclusione dalla procedura di gara operano *ex lege*, ossia derivano direttamente da una fonte normativa. Come riportato nella Relazione allo schema di decreto legislativo del nuovo Codice, in presenza di una delle cause di esclusione in oggetto "*non v'è spazio per alcun margine valutativo della stazione appaltante*" e i soggetti che ne sono coinvolti sono "*soggetti destinatari di provvedimenti preclusivi idonei a determinare, per contagio, l'esclusione dell'operatore economico*".

1. Il nuovo Codice affida all'ANAC il compito di supportare le stazioni appaltanti attraverso l'adozione di bandi-tipo, capitolati-tipo, contratti-tipo e altri atti amministrativi generali: l'art. 83, comma 3, prevede che i bandi di gara siano redatti in conformità ai bandi tipo predisposti dall'Autorità e che eventuali deroghe vengano espressamente motivate dalle stazioni appaltanti, nella delibera a contrarre. Per lo schema di bando tipo per contratti nei settori ordinari sopra soglia si veda <https://www.anticorruzione.it/-/schema-di-bando-tipo-n.-1/2023-procedura-aperta-per-l-affidamento-di-contratti-pubblici-di-servizi-e-forniture-nei-settori-ordinari-sopra-le-soglie-europee-con-il-criterio-dell-offerta-economicamente-più-vantaggiosa-sulla-base-del-miglior-rapporto-qu>

2. V. CGUE, causa C-210/20, 3 giugno 2021.

L'art. 94, al comma 1, passa, innanzitutto, in rassegna le varie condotte che comportano l'esclusione di un operatore economico per un periodo di cinque anni, quali: la condanna con sentenza definitiva o decreto penale di condanna divenuto irrevocabile per una serie di reati, fra cui compaiono l'associazione per delinquere e per delinquere di stampo mafioso, nonché quella finalizzata al traffico di sostanze stupefacenti, varie ipotesi di reato contro la pubblica amministrazione (fra gli altri, artt. 317, 318, 319 c.p.), le false comunicazioni sociali (artt. 2621 e 2622 c.c.), alcune ipotesi di riciclaggio, reati commessi con finalità di terrorismo e sfruttamento di lavoro minorile e la tratta di esseri umani. Opera come causa di esclusione automatica, inoltre, *"ogni delitto da cui derivi, come pena accessoria, l'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione"*. Fra le novità si evidenzia che, ai fini dell'esclusione, non rileva nel nuovo Codice la sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti ex art. 444 cp (c.d. patteggiamento) per i reati gravi elencati dalla norma stessa (mentre l'art. 80 del vecchio Codice la prevedeva come motivo di esclusione).

Il comma 2 prevede, come ulteriore ipotesi di esclusione, l'applicazione all'operatore economico delle misure interdittive previste all'interno del d.lgs. n. 159/2011 (Codice cd. antimafia), con l'eccezione dell'impresa che è stata ammessa al controllo giudiziario ai sensi dell'art. 34bis del medesimo decreto. La novità rispetto al d.lgs. 50/2016 è da ravvisarsi per l'appunto nella irrilevanza della causa di esclusione discendente dall'emissione di una misura interdittiva antimafia, ove l'impresa sia stata ammessa al controllo giudiziario ex art. 34-bis del d.lgs. 159/2011 entro la data di aggiudicazione.

Identificati i requisiti oggettivi che conducono all'esclusione automatica dalla procedura, l'art. 94, al comma 3, individua l'ambito soggettivo di applicazione (il cui perimetro era prima definito dai commi 3 e 4 dell'art. 80), indicando i soggetti nei cui confronti opera l'esclusione. In particolare, l'esclusione di cui ai commi 1 e 2 è disposta se la sentenza o il decreto oppure la misura interdittiva ivi indicati sono stati emessi nei confronti:

- a) dell'operatore economico ai sensi e nei termini di cui al d.lgs. 231/ 2001³;
- b) del titolare o del direttore tecnico, se si tratta di impresa individuale;
- c) di un socio amministratore o del direttore tecnico, se si tratta di società in nome collettivo;
- d) dei soci accomandatari o del direttore tecnico, se si tratta di società in accomandita semplice;
- e) dei membri del consiglio di amministrazione cui sia stata conferita la legale rappresentanza, ivi compresi gli institori e i procuratori generali;
- f) dei componenti degli organi con poteri di direzione o di vigilanza o dei soggetti muniti di poteri di rappresentanza, di direzione o di controllo;
- g) del direttore tecnico o del socio unico;
- h) dell'amministratore di fatto nelle ipotesi di cui alle lettere precedenti.

Tra i soggetti da sottoporre a verifica non compaiono, come si può notare, i c.d. cessati dalla carica nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando/lettera di invito, mentre viene ad essere inserito il riferimento all'amministratore di fatto (art. 94, comma 3), che supera il vecchio riferimento al socio di maggioranza in caso di società con un numero di soci pari o inferiore a quattro.

Viene, inoltre, previsto che, qualora il socio sia una persona giuridica, l'esclusione opera se i presupposti (sentenza, decreto o misura interdittiva) sussistono a carico degli amministratori di quest'ultima (art. 94, comma 4). In questo modo il legislatore risolve il contrasto giurisprudenziale tra tesi che ammettono la verifica dei requisiti sul socio persona giuridica e tesi che, invece, la escludono, secondo una interpretazione restrittiva dell'art. 80 comma 3 (v. Consiglio di Stato, sentenza n. 7922/2019, secondo cui non è dovuta la dichiarazione in ordine alle cause di esclusione da parte del socio unico persona giuridica *"come tale non rimesso al relativo regime di cui all'art. 80 co 3 del Dlgs 50/2016"*)⁴. La posizione è ulteriormente chiarita dalla Relazione illustrativa, dove si legge che *"Il riferimento agli amministratori sembra corretto in quanto la gestione delle partecipazioni nelle società altrui non rientra nel potere dell'assemblea ai sensi*



3. Il riferimento al Decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231 è una novità, non presente nel precedente Codice.

4. Girlando P., Requisiti di ordine generale: come cambia l'art. 80 con il nuovo Codice dei Contratti, <https://leautonomie.asmel.eu>

dell'art. 2364 e ss. c.c. mentre rientra nel potere di gestione degli amministratori ai sensi dell'art. 2380 bis, a meno che non sia attribuito dallo statuto ad altro organo”.

Il nuovo Codice elimina, inoltre, la previsione di cui alla lettera f-bis) art. 80 d.lgs. n. 50/2016 («l'operatore economico che presenti nella procedura di gara in corso e negli affidamenti di subappalti documentazione o dichiarazioni non veritiere»), in adesione all'orientamento del Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria n. 16 del 28 agosto 2020.

Il comma 5 raggruppa alcuni motivi di esclusione obbligatori fino ad ora sparpagliati nell'art. 80, ossia, in sintesi:

- sanzione interdittiva ex Dlgs 231/2001;
- certificazione ex art. 17 L. 68/99;
- procedure concorsuali;
- iscrizione al casellario informatico ANAC;
- regolarità fiscale e contributiva di natura grave e definitiva (la cui disciplina di dettaglio è contenuta nell'allegato II.10);
- specifica causa di esclusione riguardante gli appalti PNRR.

Al comma 6 è riportata, come causa ulteriore di esclusione automatica, la sussistenza di gravi violazioni definitivamente accertate degli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali, secondo la legislazione italiana o quella dello Stato di stabilimento.

Per la definizione della “gravità” e “definitività” delle violazioni il legislatore fa rinvio all'Allegato

La disciplina relativa alle cause di esclusione viene suddivisa in cinque distinte disposizioni (artt. 94-98), regolanti le cause di esclusione automatica, le cause di esclusione non automatica, la procedura dell'esclusione, l'esclusione di partecipanti a RTI e l'illecito professionale



II.10 che riproduce il contenuto del comma 4, primo e secondo periodo, dell'art. 80⁵.

L'esclusione non si applica, tuttavia, quando l'operatore economico ha ottemperato ai suoi obblighi pagando o impegnandosi in modo vincolante a pagare le imposte o i contributi previdenziali dovuti, compresi eventuali interessi o sanzioni, oppure quando il debito tributario o previdenziale sia comunque integralmente estinto, purché l'estinzione, il pagamento o l'impegno si siano perfezionati anteriormente alla scadenza

del termine di presentazione dell'offerta.

La normativa, in questa parte, è difatti rimasta pressoché invariata rispetto a quella precedente.

2. Cause di esclusione non automatica

L'art. 95 del nuovo Codice raggruppa le cause di esclusione “non automatiche”, qualificazione che trae spunto dalla giurisprudenza amministrativa (cfr. Consiglio di Stato ad. plen., 27 maggio 2021, n. 9)⁶, in precedenza disciplinate, in massima parte, dal comma 5 dell'art. 80 del d.lgs. n. 50/2016.

La scelta del legislatore è stata quella di collocare in questa disposizione le cause di esclusione non automatiche che fossero “diverse” dall'illecito professionale, dedicando a quest'ultima fattispecie un articolo autonomo (l'art. 98). In presenza di una causa di esclusione “non automatica” la stazione appaltante dispone di “*un margine di apprezzamento della situazione concreta*”

5. “Costituiscono violazioni definitivamente accertate quelle contenute in sentenze o atti amministrativi non più soggetti ad impugnazione. Costituiscono gravi violazioni in materia contributiva e previdenziale quelle ostantive al rilascio del documento unico di regolarità contributiva (DURC), di cui al all'articolo 8 del decreto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali 30 gennaio 2015, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 125 del 1° giugno 2015, ovvero delle certificazioni rilasciate dagli enti previdenziali di riferimento non aderenti al sistema dello sportello unico previdenziale.”.

6. Girlando P., Requisiti di ordine generale: come cambia l'art. 80 con il nuovo Codice dei Contratti, <https://leautonomie.asmel.eu> su come sia più corretto fare riferimento al termine “non automatiche” in luogo di “facoltative”, trattandosi di eventi suscettibili non di una scelta sul procedere o meno all'esclusione da parte dell'Ente appaltante, quanto piuttosto di una preliminare fase di apprezzamento della situazione concreta che deve essere ricondotta al concetto di discrezionalità tecnica.

riconducibile al concetto di discrezionalità tecnica: apprezzata la sussistenza del presupposto enucleato nella disposizione di legge, la scelta espulsiva diviene necessitata. È stato pertanto considerato che l'aggettivo "non automatiche" ... meglio rendesse detto concetto, al contempo tracciando un confine chiaro rispetto alle cause di esclusione "automatica" annoverate nell'art. 94 (laddove nessun margine di apprezzamento è rimesso alla stazione appaltante, che deve limitarsi a riscontrarne la sussistenza)" (v. Relazione allo schema di decreto legislativo).

In sintesi, le cause non automatiche riguardano:

- gravi infrazioni di norme in materia di salute e di sicurezza sul lavoro; in materia ambientale, sociale e del lavoro *"debitamente accertate con qualunque mezzo adeguato"*;
- conflitto di interesse (la cui definizione è ora contenuta nell'art. 16)⁷;
- distorsione della concorrenza;
- le offerte degli operatori economici siano imputabili ad un unico centro decisionale;
- illecito professionale grave idoneo a mettere in dubbio l'integrità o l'affidabilità dell'operatore economico (se ricorrono i tre requisiti dell'art. 98⁸);
- gravi violazioni non definitivamente accertate agli obblighi relativi al pagamento di imposte e tasse o contributi previdenziali⁹, secondo quanto indicato nell'allegato II.10; come peraltro richiesto dall'Ance, il medesimo

Allegato chiarisce che "In relazione agli articoli 94, comma 6 e 95 comma 2, si considera mezzo di prova, con riferimento ai contributi previdenziali e assistenziali, il documento unico di regolarità contributiva acquisito d'ufficio dalle stazioni appaltanti presso gli istituti previdenziali ai sensi della normativa vigente".

L'allegato II.10 precisa che, ai sensi e per gli effetti dell'articolo 95, comma 2, del codice si considera violazione l'inottemperanza agli obblighi, relativi al pagamento di imposte e tasse derivanti dalla:

- a) notifica di atti impositivi, conseguenti ad attività di controllo degli uffici;
- b) notifica di atti impositivi, conseguenti ad attività di liquidazione degli uffici;
- c) notifica di cartelle di pagamento concernenti pretese tributarie, oggetto di comunicazioni di irregolarità emesse a seguito di controllo automatizzato o formale della dichiarazione, ai sensi degli artt. 36-bis e 36-ter del DPR 29 settembre 1973, n. 600 e dell'art. 54-bis del decreto del Presidente della Repubblica 26 ottobre 1972, n. 633. La violazione si considera "grave" quando comporta l'inottemperanza a un obbligo di pagamento di imposte o tasse per un importo che, con esclusione di sanzioni e interessi, è pari o superiore al 10% del valore dell'appalto. Il valore dell'irregolarità deve comunque essere pari o superiore ad € 35.000.



7. V. art. 16: "1. Si ha conflitto di interessi quando un soggetto che, a qualsiasi titolo, interviene con compiti funzionali nella procedura di aggiudicazione o nella fase di esecuzione degli appalti o delle concessioni e ne può influenzare, in qualsiasi modo, il risultato, gli esiti e la gestione, ha direttamente o indirettamente un interesse finanziario, economico o altro interesse personale che può essere percepito come una minaccia concreta ed effettiva alla sua imparzialità e indipendenza nel contesto della procedura di aggiudicazione o nella fase di esecuzione....". Sulla recente proposta di legge si veda "Audizione del Presidente dell'ANAC, Avv. Giuseppe Busia, sulla proposta di legge: "Disposizioni in materia di conflitti di interessi e delega al Governo per l'adeguamento della disciplina relativa ai titolari delle cariche di governo locali e ai componenti delle autorità indipendenti di garanzia, vigilanza e regolazione, ...", Camera dei deputati, 3 maggio 2023.

8. V. art. 95: "1. La stazione appaltante esclude dalla partecipazione alla procedura un operatore economico qualora accerti: ... e) che l'offerente abbia commesso un illecito professionale grave, tale da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità, dimostrato dalla stazione appaltante con mezzi adeguati. All'articolo 98 sono indicati, in modo tassativo, i gravi illeciti professionali, nonché i mezzi adeguati a dimostrare i medesimi."

9. V. comma 2 "... La gravità va in ogni caso valutata anche tenendo conto del valore dell'appalto. Il presente comma non si applica quando l'operatore economico ha ottemperato ai suoi obblighi pagando o impegnandosi in modo vincolante a pagare le imposte o i contributi previdenziali dovuti, compresi eventuali interessi o sanzioni, oppure quando il debito tributario o previdenziale sia comunque integralmente estinto, purché l'estinzione, il pagamento o l'impegno si siano perfezionati anteriormente alla scadenza del termine di presentazione dell'offerta, oppure nel caso in cui l'operatore economico abbia compensato il debito tributario con crediti certificati vantati nei confronti della pubblica amministrazione."

I fatti sottesi a queste previsioni, poi, devono essere occorsi nell'arco dei tre anni precedenti alla gara di appalto. Il comma 3 dispone inoltre che l'esclusione dalla gara e il divieto di aggiudicazione non operano quando il reato è stato depenalizzato, vi è stata la riabilitazione, reato e pena (anche accessoria) sono prescritti o la condanna è stata revocata.

3. Aspetti procedurali

L'art. 96 del nuovo Codice, fungendo da cornice all'istituto dei requisiti di ordine generale, contiene la disciplina procedimentale generale comune a tutte le fattispecie che conducono alla esclusione dell'operatore economico nonché quella relativa all'istituto del *self-cleaning*.

Aspetti innovativi rispetto al passato sono ravvisabili al comma 14 dove si chiarisce che, fermo restando gli oneri di comunicazione in capo ai partecipanti in ordine a fatti che potrebbero determinarne l'esclusione, l'omissione di tali informazioni o la non veridicità delle stesse non costituisce, di per sé, causa di esclusione ma piuttosto rileva nella valutazione degli aspetti relativi al profilo dell'illecito professionale.

Quanto al *self cleaning*, il vecchio Codice prevedeva l'istituto del ravvedimento operoso all'art. 80, comma 7, che ha "finalità conservativa e al tempo stesso mira a garantire il committente pubblico rispetto all'affidabilità professionale del contraente privato" (cfr. Consiglio di Stato, sentenza n. 9782/2022).

In particolare, si prevedeva che l'operatore economico, che si trovasse nella situazione del comma 1, limitatamente

ad alcune ipotesi (sentenza definitiva con pena detentiva non superiore a 18 mesi ovvero che abbia riconosciuto l'attenuante della collaborazione come definita per le singole fattispecie di reato, o al comma 5), fosse ammesso a provare di aver risarcito o di essersi impegnato a risarcire qualunque danno causato dal reato o dall'illecito e di aver adottato provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti. Ove queste misure fossero state ritenute sufficienti dalla stazione appaltante, l'operatore economico non sarebbe stato escluso dalla gara.

L'art. 96 cit. del nuovo Codice prevede una versione "allargata" (alla fase di gara) dell'istituto¹⁰, consentendo all'operatore economico:

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

L'elemento di novità è, inoltre, da ravvisarsi nella individuazione *ex lege* del momento da cui decorre il termine triennale per le fattispecie costituenti ipotesi di illecito professionale, fissandolo alla data del provvedimento.

Il nuovo Codice, dunque, facendo proprio l'orientamento del Consiglio di Stato più recente e, ancor prima, quello

Il nuovo Codice prevede una versione "allargata" del self cleaning, secondo cui le misure di ravvedimento operoso possono essere poste in essere in qualunque fase della procedura che preceda l'adozione della decisione di aggiudicazione.



10. Nella Relazione di accompagnamento al Codice si è precisato in proposito che "I commi da 2 a 6 [dell'art. 96 n.d.r.] prevedono la 'nuova' versione allargata del self cleaning aderente alla direttiva 24/2014/UE [...] Alla luce della modifica introdotta, il self cleaning può riguardare anche eventi verificatisi nel corso della procedura e dopo la presentazione delle offerte"; tale disposizione – nella bozza definitiva – prevede infatti all'art. 96, comma 6, che "Un operatore economico che si trovi in una delle situazioni di cui all'articolo 94, a eccezione del comma 6, e all'articolo 95, a eccezione del comma 2, può fornire prova del fatto che le misure da lui adottate sono sufficienti a dimostrare la sua affidabilità. Se tali misure sono ritenute sufficienti e tempestivamente adottate, esso non è escluso dalla procedura d'appalto".

del giudice europeo, rigetta una volta per tutte la tesi della inapplicabilità delle misure di *self-cleaning* alle gare in corso, di origine pretoria, in quanto non prevista né nella direttiva appalti, e neppure nel vecchio codice dei contratti, tesi che precluderebbe alle stazioni appaltanti di valutare il contenuto e l'idoneità delle misure di ravvedimento operoso assunte dagli operatori partecipanti ad una gara, al fine di eliminare qualsiasi dubbio sulla propria affidabilità, ingenerato da vicende penali pregresse, verificatesi tra la data di presentazione dell'offerta e quella di aggiudicazione¹¹.

Ulteriori aspetti di novità riguardano la disciplina del soccorso istruttorio (art. 101): fino al giorno di apertura delle offerte, l'operatore economico può rettificare errori materiali contenuti nell'offerta tecnica e nell'offerta economica di cui si sia avveduto dopo la presentazione dell'offerta, a condizione che la rettifica non comporti la presentazione di una nuova offerta o la modifica sostanziale e che sia garantito l'anonimato.

Per la verifica dei requisiti si conferma il *Fascicolo virtuale dell'operatore economico* per l'accertamento del possesso dei requisiti generali/speciali, dando anche la possibilità di ricorrere ad altre banche dati¹², nonché il divieto, per le stazioni appaltanti, di richiedere agli operatori economici documenti a comprova del possesso dei requisiti di partecipazione o altra documentazione utile ai fini dell'aggiudicazione, già presenti nel fascicolo (o già nella disponibilità della stazione appaltante, per effetto di una precedente aggiudicazione o conclusione di un accordo quadro).

L'art. 98 del nuovo Codice prevede a tipizzare in una disposizione ad hoc l'illecito professionale, rilevante quale causa di esclusione "non automatica" dalla gara.

4. L'illecito professionale

L'art. 98 delinea la fattispecie dell'"illecito professionale grave", rilevante quale causa di esclusione non automatica dalla gara ai sensi dell'art. 95, che a tale fattispecie fa espresso richiamo.

Il nuovo Codice ha pertanto il merito di tipizzare tale fattispecie, individuando gli elementi costitutivi, i mezzi di prova, la portata dell'obbligo motivazionale, ove la stazione appaltante intenda disporre l'esclusione dell'operatore economico. Il risultato è quello di circoscrivere, maggiormente rispetto al passato, il potere discrezionale e valutativo della stazione appaltante, la quale non può disporre l'esclusione del concorrente in presenza di una condotta diversa da

quelle indicate e tipizzate dalla norma in parola. Come chiarito nell'*incipit* dell'articolo, "*L'illecito professionale grave rileva solo se compiuto dall'operatore economico offerente, salvo quanto previsto dal comma 3, lettere g) ed h).*", ossia se è compiuto dalla persona giuridica, salvi i casi in cui è riconducibile ai soggetti - persone fisiche indicati all'art. 94, comma 3.

Perché l'illecito professionale assuma rilevanza a questi fini occorre, tuttavia, che ricorrano contestualmente anche tutti e tre i requisiti previsti dall'art. 98, comma 2, quali:

- a) elementi sufficienti ad integrare il grave illecito professionale (elencati al successivo comma 3 del cit. art. 98);
- b) idoneità del grave illecito professionale ad incidere sull'affidabilità e integrità dell'operatore;
- c) adeguati mezzi di prova (elencati al comma 6 dell'art. 98 cit.).

11. Tale tesi si poneva difatti in contrasto con i principi del diritto UE relativi al diritto al contraddittorio, al principio di proporzionalità e del favor participationis e, quindi, in definitiva, al principio di concorrenza. V. Consiglio di Stato sez. III del 20/2/23 n. 1700; CGUE del 14 gennaio 2021, causa C- 387/19.

12. Il nuovo Fascicolo Virtuale dell'Operatore Economico, disciplinato dalla Delibera n. 464/2022, permette rispettivamente alle Stazioni Appaltanti e agli Enti aggiudicatori l'acquisizione dei documenti a comprova del possesso dei requisiti di carattere generale, tecnico-organizzativo ed economico-finanziario per l'affidamento dei contratti pubblici ed agli Operatori Economici di inserire a sistema i documenti la cui produzione è a proprio carico. L'Operatore Economico accedendo al fascicolo ha possibilità di creare un repository dove collezionare documenti utili in sede di partecipazione alle procedure per l'affidamento di contratti pubblici.

Solo in presenza di tali condizioni, infatti, può essere disposta e comunicata dalla Stazione appaltante l'esclusione di un operatore economico per illecito professionale, ai sensi dell'art.95, comma 1, lettera e).

Tra l'altro, per espresso disposto del comma 8, il provvedimento di esclusione deve essere motivato in relazione a tutte e tre le condizioni appena riportate.

Quanto al primo requisito (elementi sufficienti ...), il comma 3 elenca una serie di elementi da cui può desumersi l'esistenza di un illecito professionale, quali:

- a) sanzione esecutiva irrogata dall'AGCM o da altra autorità di settore, rilevante in relazione all'oggetto specifico dell'appalto;
- 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 inadempimenti particolarmente gravi o la cui ripetizione sia indice di una persistente carenza professionale;
- d) condotta dell'operatore economico che abbia commesso grave inadempimento nei confronti di uno o più subappaltatori (che nel Codice n. 50/2016 rilevava solo ove riconosciuto o accertato con sentenza passata in giudicato);
- e) condotta dell'operatore economico che abbia violato il divieto di intestazione fiduciaria (art. 17 L. 19 marzo 1990, n. 55) laddove la violazione non sia stata rimossa;

f) omessa denuncia all'autorità giudiziaria da parte dell'operatore economico persona offesa dei reati previsti e puniti dagli articoli 317 e 629 c.p. aggravati ai sensi dell'articolo 416-bis.1 del medesimo codice salvo che ricorrano i casi previsti dall'articolo 4, primo comma, della legge 24 novembre 1981, n. 689¹³...

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;

h) contestata o accertata commissione, da parte dell'operatore economico (oppure dei soggetti di cui all'art. 94, comma 3) di uno dei reati consumati espressamente indicati dalla norma in esame (quali abusivo esercizio di una professione ex art. 348 del codice penale, bancarotta, omessa dichiarazione di beni da comprendere nell'inventario fallimentare o ricorso abusivo al credito, reati tributari, i delitti societari di cui agli artt. 2621 e ss. del codice civile, delitti contro l'industria e il commercio di cui agli artt. da 513 a 517 del codice penale; i reati urbanistici ex art. 44, comma 1, lettere b) e c), TU Edilizia; i reati di cui al d.lgs. n. 231/2001).

Con riguardo a tale ultimo punto, è da notare come la contestata o accertata commissione di uno dei reati di cui al d.lgs. n. 231/2001 integri una delle cause di "illecito professionale" che potrà essere tenuta in considerazione dalla stazione appaltante per escludere l'ente dalla gara d'appalto. Una mera contestazione (non è necessario un provvedimento giurisdizionale irrevocabile) relativa ad un illecito ai sensi del d.lgs. 231 potrà dunque essere sufficiente a far scattare la sanzione dell'esclusione da una gara d'appalto¹⁴.

Al successivo comma 4 si precisa che, nella valutazione di gravità dell'illecito professionale,



13. Si precisa che: "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".

14. In altre parole, quegli stessi fatti che portano, ai sensi dell'art. 94, all'esclusione automatica dalla procedura incidono – se soltanto contestati o se accertati nei tre anni precedenti – sulla affidabilità dell'impresa e possono essere valutati come illecito professionale grave. Il nuovo Codice rischia in tal modo di lasciare alla stazione appaltante una discrezionalità assai ampia. L'illecito professionale è difatti così ravvisabile in presenza di illecito amministrativo indipendentemente dalla gravità del reato presupposto, da cui dipende l'illecito amministrativo stesso ai sensi del d.lgs. 231/2001. Mario Iannuzzelli, Le cause di esclusione dell'ente dalle gare pubbliche nello schema del nuovo Codice degli appalti, www.compliancehub.it

la stazione appaltante deve tener conto del bene giuridico e dell'entità della lesione inferta dalla condotta tenuta, nonché del tempo trascorso dalla violazione, anche in relazione a modifiche intervenute *medio tempore* nell'organizzazione dell'impresa. Compare quindi anche un criterio volto a dare rilevanza alla *compliance* nel nuovo codice degli appalti: infatti, la riorganizzazione dell'ente a seguito della condanna è un elemento da valutare, che può far ritenere non grave l'illecito professionale e quindi far sì che lo stesso non integri una causa di esclusione dalla gara¹⁵.

Anche eventuali dichiarazioni omesse o non veritiere che siano state rese in gara possono essere utilizzate a supporto della valutazione di gravità, anche se sono diverse da quelle sopra menzionate (lettera b del comma 3 ossia il caso del concorrente che abbia fornito, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione).

L'art. 98 inoltre, elenca, al comma 6, i mezzi di prova ritenuti dal legislatore "adeguati" ad attestare la sussistenza degli elementi rivelatori dell'illecito professionale sopra indicati (v. art. 98 comma 3), quali:

- quanto alla lettera a), i provvedimenti sanzionatori esecutivi resi dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato o da altra autorità di settore;
- quanto alla lettera b), la presenza di indizi gravi, precisi e concordanti che rendano evidente il ricorrere della situazione escludente;
- c) quanto alla lettera c), l'intervenuta risoluzione per inadempimento o la condanna al risarcimento del danno o ad altre conseguenze comparabili;
- quanto alla lettera d), la emissione di provvedimenti giurisdizionali anche non definitivi;
- quanto alla lettera e), l'accertamento definitivo della violazione;
- quanto alla lettera f), gli elementi ivi indicati;
- quanto alla lettera g), gli atti di cui all'art. 407-bis, comma 1, c.p.p., il decreto che dispone il giudizio ai sensi dell'articolo 429 c.p.p.,

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'art. 444 c.p.p.;

- quanto alla lettera h), 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 stazione appaltante valuta i provvedimenti sanzionatori e giurisdizionali sopra descritti, motivando sulla ritenuta idoneità dei medesimi a incidere sull'affidabilità e sull'integrità dell'offerente. Qualora gli stessi dovessero essere impugnati in giudizio, l'impugnazione degli stessi, per espresso disposto dell'art. 98, dovrà essere considerata dalla stazione appaltante nell'ambito della predetta valutazione volta a verificare la sussistenza della causa escludente.

Anche secondo il nuovo Codice, dunque, la sussistenza dei gravi illeciti professionali rilevanti ai fini dell'esclusione dalla gara è rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante, chiamata ad analizzare in concreto l'incidenza dei singoli fatti indicati dall'operatore economico.; la dimostrazione del grave illecito professionale – in presenza di circostanze di fatto di potenziale rilievo penale – non comporta difatti la definitività del relativo accertamento, a differenza di quanto accade nelle ipotesi, tassative, di esclusione "automatica", essendo solo rimesso alla stazione appaltante l'onere di puntuale ed adeguata acquisizione in sede istruttoria di adeguato apprezzamento di rilevanza, preceduta da effettivo contraddittorio endoprocedimentale con il soggetto interessato.

In proposito restano allora valide le statuizioni del Giudice amministrativo, secondo cui il sindacato che il giudice amministrativo è chiamato a compiere sulle motivazioni del giudizio in tema di illecito professionale deve essere mantenuto sul piano della "non pretestuosità" della valutazione degli elementi di fatto compiuta e non può pervenire ad evidenziare una mera "non condivisibilità" della valutazione stessa¹⁶.

15. Mario Iannuzzelli, Le cause di esclusione dell'ente dalle gare pubbliche nello schema del nuovo Codice degli appalti, www.compliancehub.it

16. Cons. Stato, Sez. V, 26/04/2022, n. 3212; Cons. Stato, Sez. III, 23/12/2021, n. 8569; T.A.R. Valle d'Aosta, 11/05/2022, n. 29.

5. I raggruppamenti di imprese

Rispetto al D.Lgs. n. 50/2016, all'art. 97 del nuovo Codice viene introdotta, in un'unica e specifica disposizione, la disciplina relativa alle esclusioni per i RTI e i consorzi.

I consorzi e i raggruppamenti, disciplinati in dettaglio agli artt. 65 - 68, trovano quindi nel nuovo Codice una regolamentazione più uniforme e aderente ai principi europei, anche alla luce dei rilievi mossi dalle istituzioni europee e dalla giurisprudenza.

In primo luogo, si chiarisce che il RTI non è escluso dalla gara qualora un suo partecipante sia interessato da una causa automatica o non automatica di esclusione o dal venir meno di un requisito di qualificazione, nell'ipotesi in cui sussistano le condizioni descritte al comma 2 del cit. art. 97, ossia se il raggruppamento prova di aver estromesso l'impresa interessata o di averla sostituita con altro soggetto munito dei necessari requisiti. In aggiunta, al fine di evitare l'esclusione, occorre tuttavia che il RTI abbia adempiuto ai seguenti oneri:

a) in sede di presentazione dell'offerta:

- 1) ha comunicato alla stazione appaltante la causa escludente verificatasi prima della presentazione dell'offerta e il venir meno, prima della presentazione dell'offerta, del requisito di qualificazione, nonché il soggetto che ne è interessato;
- 2) ha comprovato le misure adottate ai sensi del comma 2 o l'impossibilità di adottarle prima di quella data;

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

La disposizione fa però espressamente salve le ipotesi di esclusione previste all'art. 96, commi 2, 3, 4, 5 e 6, sopra descritte.

Con la previsione di cui al comma 2 cit., per cui, come sopra detto, in caso di mancato possesso dei requisiti generali/speciali da parte di un'impresa partecipante al raggruppamento, quest'ultimo - per non essere escluso - può comprovare di aver estromesso l'impresa interessata o di averla sostituita con altro soggetto munito dei necessari requisiti, fatta salva l'immodificabilità sostanziale dell'offerta presentata, il legislatore recepisce un consolidato orientamento della Corte di Giustizia (v. Corte di giustizia, sez. IX, 3 giugno 2021, causa C-210/20).

Al comma 3, l'art. 97 prevede espressamente che tali previsioni si applichino, oltreché ai RTI, anche ai consorzi ordinari e ai consorzi fra imprese artigiane, nonché ai consorzi stabili limitatamente alle consorziate esecutrici e alle consorziate aventi i requisiti di cui i consorzi si avvalgono.

Il nuovo Codice apporta altre novità alla disciplina dei RTI, tra cui quella prevista all'art. 68 (v. comma 14¹⁷) al fine di ottemperare alle censure emerse in sede di procedura di infrazione 2018/2273: viene meno il divieto assoluto di contemporanea partecipazione dell'operatore economico alla stessa gara in forma autonoma e in forma raggruppata.

Inoltre, la nuova disciplina ha espunto la previsione contenuta nell'art. 83, comma 8, del d.lgs. n. 50/16, che imponeva alla mandataria dell'ATI (o alla capofila del consorzio ordinario) in ogni caso di "(...) *possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria*¹⁸"; viene di conseguenza meno la distinzione tra ATI orizzontali e ATI verticali.

17. "La partecipazione alla gara dei concorrenti in più di un raggruppamento o consorzio ordinario, ovvero in forma individuale qualora abbiano partecipato alla gara medesima in raggruppamento o consorzio ordinario, determina l'esclusione dei medesimi se sono integrati i presupposti di cui all'articolo 95, comma 1, lettera d), sempre che l'operatore economico non dimostri che la circostanza non ha influito sulla gara, né è idonea a incidere sulla capacità di rispettare gli obblighi contrattuali."

18. Corte di Giustizia UE, sez. IV, 28 aprile 2022, C-642/20 (c.d. sentenza "Caruter"). Giuseppe Fabrizio Maiellaro, I consorzi e i raggruppamenti nel quadro del nuovo Codice dei contratti pubblici in www.appaltiecontratti.it

Gli incentivi alle funzioni tecniche nel nuovo Codice dei contratti pubblici

di Ilenia Paziani

SOTTO
LA
LENTE

Premessa

Il nuovo Codice dei contratti pubblici disciplina il sistema dell'incentivazione all'articolo 45; il nuovo articolo troverà applicazione per le gare indette dopo il 1° luglio 2023 ai sensi dell'articolo 229 del D.lgs. n. 36/2023.

L'articolo 45 innova la disciplina relativa all'incentivazione delle funzioni tecniche partendo innanzitutto dalla rubrica normativa «*Incentivi alle funzioni tecniche*» in luogo del precedente «*Incentivi per funzioni tecniche*» di cui all'art. 113 del d.lgs. 50/2016.

La disposizione conferma gran parte delle precedenti, con alcune modifiche soprattutto sulle modalità di erogazione dell'incentivo.

La *ratio* di tale istituto rimane quella di incrementare le professionalità interne alle stazioni appaltanti, al fine di ottenere un risparmio di spesa per mancato ricorso a professionisti esterni.

La disciplina relativa agli incentivi tecnici è stata introdotta ormai trent'anni fa ed ha subito numerose modifiche; è per tale ragione che prima di analizzare nel dettaglio le modifiche introdotte dal nuovo Codice si ritiene opportuno ripercorrere brevemente la storia normativa dell'erogazione degli incentivi.

1. L'origine dell'istituto e la sua *ratio*: dalla Legge Merloni al D.lgs. n. 50/2016

Storicamente gli incentivi tecnici nascono come correlati alle funzioni progettuali, in base al principio secondo cui alla predisposizione del progetto di regola provvedono gli Uffici tecnici interni alle Amministrazioni, mentre l'affidamento esterno costituisce una mera eccezione.

La *ratio* era quella di **favorire l'ottimale utilizzo delle professionalità interne** ad ogni amministrazione, secondo un principio di c.d. *autosufficienza organizzativa* e di assicurare **un risparmio di spesa** sugli oneri che l'amministrazione avrebbe dovuto sostenere per affidare all'esterno gli incarichi di progettazione.

In considerazione di ciò, l'articolo 18 della Legge Merloni (L. n. 190/1994) rubricato «*Incentivi e spese per la progettazione*» ha introdotto l'istituto degli incentivi con lo scopo di incoraggiare l'attività del Responsabile Unico del Procedimento e degli incaricati della redazione del progetto, del piano della sicurezza, della direzione dei lavori, del collaudo, nonché dei collaboratori del RUP.

La norma è stata poi ripresa nell'articolo 92 del D.Lgs. 18 aprile 2006, n. 163, che ha posto un tetto massimo alla somma destinabile agli incentivi.

In virtù di tale modifica, l'importo del compenso incentivante non avrebbe potuto superare il 50% del complessivo trattamento economico annuo lordo del dipendente che lo percepiva.

Nella sua versione originale il c.d. Codice De Lise, con lo scopo di valorizzare le risorse interne alle amministrazioni aggiudicatrici, al comma 5 dell'articolo 92 aveva previsto che una somma non superiore al 2% dell'importo posto a base di gara sarebbe stata «*ripartita, per ogni singola opera o lavoro, con le modalità e i criteri previsti in sede di contrattazione decentrata e assunti in un regolamento adottato dall'amministrazione, tra il responsabile del procedimento e gli incaricati della redazione del progetto, del piano della sicurezza, della direzione dei lavori, del collaudo, nonché tra i loro collaboratori. ... La ripartizione tiene conto delle responsabilità professionali connesse alle specifiche prestazioni da svolgere. Le quote parti della predetta somma corrispondenti a prestazioni che non sono svolte dai predetti*

dependenti, in quanto affidate a personale esterno all'organico dell'amministrazione medesima, costituiscono economie».

La corresponsione della quota tra i soggetti destinatari avveniva attraverso la creazione di un Fondo con vincolo di destinazione individuato da un apposito Regolamento interno; ne discende che tali somme dovute a titolo di incentivi per la progettazione si configuravano come una sorta di salario accessorio in quanto diritto soggettivo retributivo del dipendente pubblico.

Tuttavia, sul punto, la Corte di Cassazione (cfr. sent. n. 13384/2004) ha avuto modo di precisare che il diritto a tale salario accessorio nasceva **direttamente dalla legge**, sicché avrebbe dovuto essere riconosciuto al dipendente indipendentemente dalla predisposizione di un apposito Regolamento da parte dell'Amministrazione.

La prima importante modifica dell'istituto si è avuta con il decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90 poi convertito in legge n. 114 del 2014.

A partire dal 19 agosto 2014, gli incentivi alla programmazione hanno trovato la propria disciplina nell'articolo 93 del d.lgs. 163/2006, il quale ha escluso dagli incentivi la categoria dirigenziale, per la quale gli incentivi si intendevano inclusi nel complessivo trattamento economico percepito e le attività di pianificazione urbanistica e quelle di progettazione di attività di manutenzione straordinarie e ordinaria.

La modifica più rilevante in tema di incentivi per la programmazione si è avuta però con il (primo) generale riordino della materia dei contratti pubblici, in recepimento delle Direttive europee n. 2014/23/UE, n. 2014/24/UE n. 2014/25/UE.

Il D.lgs. 50/2016, con l'articolo 113, ha completamente stravolto l'istituto degli incentivi **escludendone la corresponsione per l'espletamento di funzioni progettuali** da parte dei dipendenti delle Pubbliche Amministrazioni. La modifica legislativa ha comportato quindi uno stravolgimento della *ratio* dell'istituto.

La legge delega del 28 gennaio 2016, n. 11, al comma 1 lett. rr), tra i principi e i criteri direttivi, ha inserito infatti quello relativo alla destinazione

di una somma non superiore al 2% dell'importo posto a base di gara, per le attività tecniche svolte dai dipendenti pubblici **relativamente alla programmazione della spesa** per investimenti, alla predisposizione e al controllo delle procedure di bando e di esecuzione dei contratti pubblici, di direzione dei lavori e ai collaudi, con particolare riferimento al profilo dei tempi e dei costi, **escludendo l'applicazione degli incentivi alla progettazione; il tutto al fine di incentivare «l'efficienza e l'efficacia nel perseguimento della realizzazione e dell'esecuzione a regola d'arte, nei tempi previsti dal progetto e senza alcun ricorso a varianti in corso d'opera».**

Pertanto, l'articolo 133 ha consentito alle amministrazioni aggiudicatrici di retribuire, sempre previa adozione di un Regolamento interno e la stipula di un accordo di contrattazione decentrata, soltanto le funzioni gestionali, esecutive e di controllo (quindi attività di programmazione); il legislatore ha dunque ritenuto che per assicurare una maggiore efficienza amministrativa fosse necessario incoraggiare le attività di programmazione, anziché quelle più specialistiche inerenti alla progettazione che meglio possono essere soddisfatte facendo ricorso alle competenze dei professionisti che operano sul libero mercato.

La disposizione legislativa è stata infine modificata dall'articolo 76 del primo correttivo al (vecchio- ad oggi ancora vigente) Codice, D.lgs. n. 56/2017, grazie al quale lo stanziamento degli incentivi è stato esteso anche agli appalti di servizi e forniture, in recepimento dell'orientamento giurisprudenziale nel frattempo emerso (cfr. Corte dei Conti sez. Lombardia del. N. 333/2016/PAR).

In tal quadro, si è inserito il c.d. Sblocca Cantieri (D.L. n. 32/2019), che, in sede di conversione, ha definitivamente **escluso** la possibilità per le amministrazioni di remunerare, sotto forma di incentivi, le attività di progettazione svolte da dipendenti interni.

2. L'incentivazione alle funzioni tecniche nell'articolo del D.lgs. n. 36/2023

Da ultimo, il D.lgs. n. 36/2023 è intervenuto anche sulla disciplina degli incentivi apportando alcune modifiche volte (almeno in intenzione) a superare i dubbi interpretativi che negli ultimi anni hanno interessato questo istituto.

Occorre innanzitutto precisare che la nuova disciplina degli incentivi è rinvenibile nell'articolo 45 e nell'allegato I.10 al Codice.

Tale allegato reca infatti l'elenco (tassativo) delle attività da incentivare; l'allegato sarà sostituito da un regolamento ministeriale adottato ai sensi dell'art. 17, comma 3, della l. n. 400/1988, con decreto del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, sentito il Consiglio superiore dei lavori pubblici.

L'articolo 45 reca una disciplina di maggiore dettaglio rispetto alla precedente e appare volta soprattutto a semplificare le modalità di erogazione degli incentivi.

Gli incentivi tecnici vengono estesi per tutte le procedure di affidamento, e quindi anche agli affidamenti diretti, ma permangono dubbi interpretativi con riferimento agli affidamenti diretti puri (senza confronto tra più proposte).



In primo luogo, al comma 1 si stabilisce che «*Gli oneri relativi alle attività tecniche indicate nell'allegato I.10 sono a carico degli stanziamenti previsti per le singole procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture negli stati di previsione della spesa o nei bilanci delle stazioni appaltanti e degli enti concedenti.*».

Dalla relazione tecnica al Codice emerge che tale nuova formulazione dovrebbe superare le difficoltà discendenti

dalla precedente formulazione che, a parità di funzioni tecniche svolte, consentiva l'erogazione dell'incentivo ai dipendenti limitatamente alle procedure di affidamento di appalti, escludendo invece le funzioni tecniche svolte per tutte le altre procedure (concessioni) e per gli affidamenti diretti.

Tuttavia, anche con la nuova formulazione che fa riferimento a *procedure di affidamento* anziché a *appalti di lavori servizi e forniture*, permangono alcuni dubbi interpretativi, quantomeno con

riferimento alla incentivabilità degli affidamenti diretti.

Ed infatti, l'articolo 3 comma 1 dell'Allegato al Codice I.1 definisce affidamento diretto, «l'affidamento del contratto **senza una procedura di gara**, nel quale, anche nel caso di previo interpello di più operatori economici, la scelta è operata discrezionalmente dalla stazione appaltante o dall'ente concedente, nel rispetto dei criteri qualitativi e quantitativi di cui all'articolo 50, comma 1 lettere a) e b), del codice e dei requisiti generali o speciali previsti dal medesimo codice;».

Anche con riferimento all'articolo 17, comma 2 (decisione a contrarre per affidamenti diretti), la Relazione tecnica al Codice specifica che l'affidamento diretto **non costituisce procedura**.

Ne consegue che se l'affidamento diretto non è una procedura di affidamento, allora la disciplina degli incentivi sembrerebbe non potersi applicare a questi ultimi.

Quanto appena affermato sembra supportare l'interpretazione restrittiva della norma che esclude definitivamente gli affidamenti diretti dall'incentivazione.

Tuttavia, pare preferibile seguire una tesi più ampia, in quanto la totale esclusione dell'incentivo per gli affidamenti diretti esclude anche tutti quegli affidamenti diretti che presuppongono comunque una previa comparazione tra più operatori economici, ponendosi tra l'altro in contrasto con la giurisprudenza formatasi sull'articolo 113 del D.lgs. n. 50/2016.

Ed infatti sul punto si è più volte espressa la giurisprudenza della Corte dei Conti, la quale ha affermato che «la gara e/o la **procedura comparativa** che nell'art. 113 cit. costituisce il **presupposto necessario, invalicabile ed inderogabile per il riconoscimento degli incentivi tecnici**, evoca ontologicamente lo svolgimento preliminare delle indagini di mercato per la predisposizione dello schema di contratto e la comparazione concorrenziale tra più soluzioni negoziali le quali vincolano il soggetto committente alla valutazione comparativa tra le diverse offerte da confrontare secondo i canoni della economicità, dell'efficacia, dell'efficienza contrattuale, recepiti in parametri trasposti preventivamente in un capitolato tecnico, a contenuto più o meno

complesso, secondo la diversa tipologia ed il diverso oggetto del contratto da affidare; (...) L'affidamento diretto (...) continua a rimanere escluso dalla disciplina degli incentivi tecnici ex art. 113 co.2, D. Lgs. n. 50/2016, salve le ipotesi nelle quali per la complessità della fattispecie contrattuale l'amministrazione, nonostante la forma semplificata dell'affidamento diretto, proceda allo svolgimento di una procedura sostanzialmente comparativa, la quale dovrà comunque emergere nella motivazione della determinazione a contrarre, in conformità al principio di prevalenza della sostanza sulla forma, di matrice comunitaria.» (Corte dei Conti, sez. reg. contr Veneto, deliberazione 21 settembre 2020, 121/2020/PAR).

Si può dunque ritenere che, anche a fronte della nuova formulazione, l'incentivazione sia ammessa per l'affidamento diretto solo qualora sia preceduto da un confronto concorrenziale informale.

In secondo luogo, il comma 2 prevede che «Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti destinano risorse finanziarie **per le funzioni tecniche svolte dai dipendenti specificate nell'allegato I.10** e per le finalità indicate al comma 5, a valere sugli stanziamenti di cui al comma 1, in misura **non superiore al 2 per cento** dell'importo dei lavori, dei servizi e delle forniture, posto a base delle procedure di affidamento. Il presente comma si applica anche agli appalti relativi a servizi o forniture nel caso in cui è nominato il direttore dell'esecuzione.

È fatta salva, ai fini dell'esclusione dall'obbligo di destinazione delle risorse di cui al presente comma, la facoltà delle stazioni appaltanti e degli enti concedenti di prevedere una modalità diversa di retribuzione delle funzioni tecniche svolte dai propri dipendenti.»

Come anticipato, il comma 2 dell'articolo 45 rinvia a un allegato al Codice per l'elencazione delle attività tecniche da remunerare.

La relazione tecnica sottolinea inoltre che l'allegato I.10 riproduce «in modo più analitico e preciso il contenuto del comma 1 dell'attuale articolo 113, d.lgs. n. 50/2016» individuando dunque un elenco **tassativo**.

Le attività che possono essere remunerate previste dal nuovo Codice sono le seguenti:

- programmazione della spesa per investimenti;
- responsabile unico del progetto;
- collaborazione all'attività del responsabile unico del progetto (responsabili e addetti alla gestione tecnico-amministrativa dell'intervento);
- redazione del documento di fattibilità delle alternative progettuali;
- redazione del progetto di fattibilità tecnica ed economica;
- redazione del progetto esecutivo;
- coordinamento per la sicurezza in fase di progettazione;
- verifica del progetto ai fini della sua validazione;
- predisposizione dei documenti di gara;
- direzione dei lavori;
- ufficio di direzione dei lavori (direttore/i operativo/i, ispettore/i di cantiere);
- coordinamento per la sicurezza in fase di esecuzione;
- direzione dell'esecuzione;
- collaboratori del direttore dell'esecuzione;
- coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione;
- collaudo tecnico-amministrativo;
- regolare esecuzione;
- verifica di conformità;
- collaudo statico (ove necessario).

L'articolo 45 **conferma** inoltre il limite percentuale del **2% dell'importo posto a base delle procedure di affidamento** delle risorse che possono essere destinate alle remunerazioni delle funzioni tecniche e alle altre finalità previste dal comma 5 (6 e 7), come già previsto nel vecchio Codice.

Ai sensi del comma 3 «L'80 per cento delle risorse di cui al comma 2, è ripartito, per ogni opera, lavoro, servizio e fornitura, **tra il RUP e i soggetti che svolgono le funzioni tecniche indicate al comma 2, nonché tra i loro collaboratori.** Gli importi sono comprensivi anche degli oneri previdenziali e assistenziali a carico dell'amministrazione. I criteri del relativo riparto, nonché quelli di corrispondente riduzione delle risorse finanziarie connesse alla singola opera o lavoro, a fronte di eventuali incrementi

L'allegato I.10 al Codice riporta l'elenco tassativo delle funzioni tecniche svolte dai dipendenti che possono essere destinatarie dell'incentivo



ingiustificati dei tempi o dei costi previsti dal quadro economico del progetto esecutivo, sono stabiliti dalle stazioni appaltanti e dagli enti concedenti, secondo i rispettivi ordinamenti entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore del codice.».

Una novità rilevante in termini di semplificazione riguarda la soppressione del Fondo nel quale ai sensi del comma 2 dell'articolo 13 del d.lgs. n. 50/2016 le somme destinate all'incentivazione dovevano confluire.

In conseguenza a tale soppressione, viene stabilito che gli incentivi per funzioni tecniche (pari all'80% delle risorse di cui al comma 2) sono erogati **direttamente al personale dipendente**, in questo modo si ottiene una rilevante semplificazione sul piano finanziario, burocratico e contabile.

Il comma 4 prevede che «L'incentivo di cui al comma 3 è corrisposto dal dirigente, dal responsabile di servizio preposto alla struttura competente o da altro dirigente incaricato dalla singola amministrazione, **sentito il RUP, che accerta e attesta le specifiche funzioni tecniche svolte dal dipendente.** L'incentivo complessivamente maturato dal dipendente nel corso dell'anno di competenza, anche per attività svolte per conto di altre amministrazioni, non può superare il trattamento economico complessivo annuo lordo percepito dal dipendente. L'incentivo eccedente, non corrisposto, incrementa le risorse di cui al comma 5. **Per le amministrazioni che adottano i metodi e gli strumenti digitali per la gestione informativa dell'appalto il limite di cui al secondo periodo è aumentato del 15 per cento.** Incrementa altresì le risorse di cui al comma 5 la parte di incentivo che corrisponde a prestazioni non svolte dai dipendenti, perché affidate a personale esterno all'amministrazione medesima oppure perché prive dell'attestazione del dirigente. Le disposizioni del comma 3 e del presente comma non si applicano al personale con qualifica dirigenziale».

Il comma 4 individua i soggetti che erogano l'incentivo e i soggetti che possono vederselo riconosciuto.

La precedente formulazione (comma 3 dell'art.113 del D.lgs. n. 50/16) stabiliva che la ripartizione dell'incentivazione avveniva tra il RUP i soggetti che svolgono le funzioni tecniche nonché tra i loro collaboratori, ricomprendendo così tutti i collaboratori anche amministrativi.

La nuova formulazione invece **esclude** che l'incentivo possa essere erogato al personale che **abbia svolto solo mansioni amministrative**, in quanto viene espressamente richiesto dalla norma che il Dirigente o altro responsabile **accerti e attesti «le specifiche funzioni tecniche svolte dal dipendente»**.

Anche la nuova formulazione della norma esclude il personale **con qualifica dirigenziale** dai soggetti destinatari degli incentivi.

Sul punto occorre tuttavia rilevare che poco più di un mese fa l'art. 8, comma 5 del d.l. 13/2023, convertito in Legge 21 aprile 2023 n. 41 ha previsto che «*gli enti locali prevedono nei propri regolamenti e previa definizione dei criteri in sede di contrattazione decentrata, la possibilità di erogare, **relativamente ai progetti del PNRR**, l'incentivo di cui all'articolo 113 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, **anche al personale di qualifica dirigenziale coinvolto nei predetti progetti**, in deroga al limite di cui all'articolo 23, comma 2, del decreto legislativo 25 maggio 2017 n.75»*.

Si tratta di una delle disposizioni urgenti per l'attuazione del PNRR volte a garantire il rafforzamento della capacità amministrativa delle amministrazioni e dei soggetti attuatori delle misure PNRR.

Ed infatti, in virtù di tale disposizione gli enti locali, nonché gli enti e le aziende sanitarie possono prevedere nei propri regolamenti la possibilità di erogare gli incentivi alle funzioni tecniche anche ai dirigenti, ma solamente per gli appalti PNRR e quindi limitatamente agli anni **dal 2023 al 2026**. La portata speciale (solo procedure PNRR) ed espressamente derogatoria (necessità di una

Gli incentivi sono erogati direttamente al RUP e ai soggetti che svolgono le funzioni tecniche senza dover confluire in un apposito Fondo



espressa previsione) rispetto alla disciplina generale, oggi confluita nell'articolo 45 del d.lgs. 36/2023, porta a ritenere che tale previsione sia applicabile anche a fronte della sostituzione dell'articolo 113 del vecchio Codice.

Per completezza espositiva si precisa inoltre che, ai sensi

del comma 8, le amministrazioni e gli enti che costituiscono o si avvalgono di una centrale di committenza possono destinare le risorse finanziarie di cui al comma 2 o parte di esse ai loro dipendenti di tale centrale in relazione alle funzioni tecniche svolte, ma per una percentuale non superiore al 25 per cento dell'incentivo.

Un'altra novità del comma 4 risiede nella previsione, a differenza della precedente formulazione, del limite massimo di incentivo annuo che un dipendente può ottenere. Ed infatti, tale limite è stato **innalzato al 100% del trattamento economico complessivo annuo lordo**, anziché al 50%.

Nell'ottica di maggiore digitalizzazione a cui il nuovo Codice tende, è inoltre prevista la possibilità di aumentare l'incentivo individuale del 15% per le amministrazioni che adottano i metodi e gli strumenti digitali per la gestione informativa dell'appalto nel caso in cui le amministrazioni adottino metodi e strumenti digitali per la gestione dell'appalto.

Infine, il comma 5 precisa che il 20% delle risorse finanziarie è invece destinato all'acquisto

beni e tecnologie funzionali a progetti di innovazione, anche per incentivare:

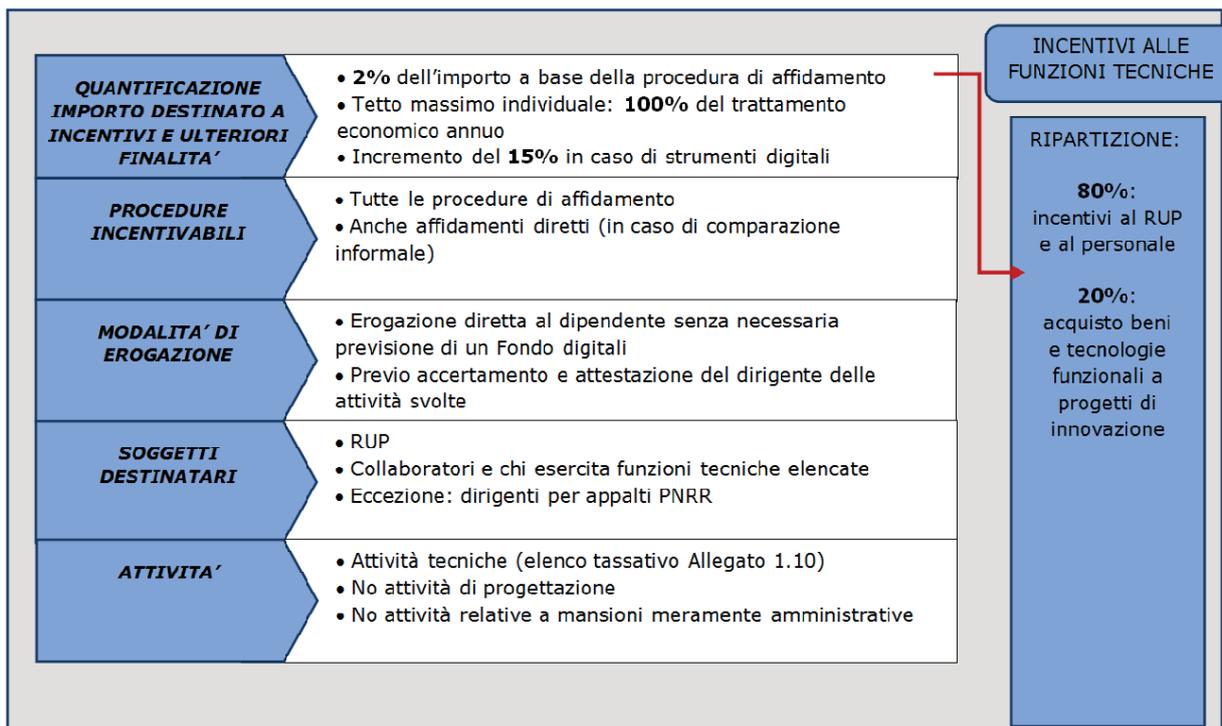
- a) la modellazione elettronica informativa per l'edilizia e le infrastrutture;
- b) l'implementazione delle banche dati per il controllo e il miglioramento della capacità di spesa;
- c) l'efficientamento informatico, con particolare riferimento alle metodologie e strumentazioni elettroniche per i controlli.

L'incentivo è limitato allo svolgimento di specifiche funzioni tecniche, il cui svolgimento deve essere attestato e accertato dal dirigente o dal responsabile del servizio



Nonché per attività di formazione per l'incremento delle competenze digitali dei dipendenti nella realizzazione degli interventi; per la specializzazione del personale che svolge funzioni tecniche; per la copertura degli oneri di assicurazione obbligatoria del personale (commi 6 e 7 dell'articolo 45).

Al fine di riepilogare le maggiori novità del nuovo articolo 45, si propone la seguente tabella:



Il diritto di accesso quale accesso agli atti nel rispetto della riservatezza e delle norme procedurali e processuali applicabili. Il decreto legislativo 50/2016 ed il decreto legislativo 36/2023 a confronto.

di Beatrice Corradi

IL
PUN
TO

1. L'accesso finalizzato alla difesa in giudizio e la giurisprudenza sul tema

Le norme che regolano l'accesso agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici sono definite dall'art. 53 d.lgs. n. 50 del 2016, che richiama la disciplina generale di cui agli artt. 22 ss. l. 7 agosto 1990, n. 241, aggiungendo speciali e specifiche disposizioni derogatorie in relazione al differimento, alla limitazione ed all'esclusione dell'accesso in considerazione delle peculiari esigenze di riservatezza che si possono manifestare ed assumono rilievo nel contesto delle procedure di gara (come dispone anche il d.lgs. 36/2023, all'art. 35).

L'istituto dell'accesso agli atti nelle procedure di appalto è strumentale a verificare la legittimità degli atti a tutela dell'interesse ad ottenere l'affidamento dell'appalto

mediante annullamento, eventualmente anche in sede giurisdizionale, del provvedimento di aggiudicazione. Gli atti che più condizionano l'aggiudicazione sono le offerte e le giustificazioni rese in sede di anomalia, ma anche i requisiti di partecipazione dei candidati dichiarati nei moduli DGUE, ai sensi dell'ancora attuale art. 80 del d.lgs. n. 50/2016. Infatti, quanto riportato dai concorrenti nel citato documento, dimostra se i medesimi, abbiano o meno, notiziato la stazione appaltante di tutti gli eventuali precedenti e/o pendenze penali, di tutte le pregresse risoluzioni contrattuali, di qualsiasi altro fatto idoneo ad essere giudicato grave illecito professionale od ulteriore causa espulsiva in base alle ipotesi previste dalla norma applicabile.

L'interesse dell'impresa concorrente che supporta l'accesso deve essere concreto ed attuale, per verificare, ad esempio, la corrispondenza del prodotto offerto dalla concorrente

L'interesse dell'impresa concorrente che supporta l'accesso deve essere concreto ed attuale, per verificare, ad esempio, la corrispondenza del prodotto offerto dalla concorrente risultata aggiudicataria alle caratteristiche richieste a pena di esclusione e la correttezza delle valutazioni tecniche della commissione.

risultata aggiudicataria, alle caratteristiche richieste a pena di esclusione e la correttezza delle valutazioni tecniche della commissione. L'accesso agli atti costituisce una situazione soggettiva strumentale per la tutela di situazioni sostanziali, indipendentemente dal requisito dell'attuale pendenza di un processo in sede giurisdizionale: la pendenza di una lite può costituire, tra gli altri, un elemento utile per valutare la concretezza e l'attualità dell'interesse legittimante all'istanza di accesso, ma non ne costituisce l'unica e tipica preconditione (Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 19 del 25 settembre 2020).

Si deve escludere che sia sufficiente nell'istanza di accesso un generico riferimento a non meglio precisate esigenze probatorie e difensive, siano esse riferite a un processo già pendente oppure ancora instaurando. L'accesso al documento richiesto presuppone infatti un rigoroso e motivato esame relativo al nesso di strumentalità tra la documentazione richiesta e la situazione finale che l'istante intende curare o tutelare (cfr. Consiglio di Stato sentenza del 18 marzo 2021, n. 4). La richiesta di accesso agli atti a fini difensivi deve esprimere un collegamento tra il documento e le esigenze difensive e, quindi, non può rappresentare un esercizio pretestuoso o temerario dell'accesso difensivo stesso, dato da un'assenza dei presupposti legittimanti previsti dalla l. n. 241 del 1990 (Consiglio di Stato, sez. V, 29.04.2022 n. 3392). Il nuovo codice degli appalti introduce il concetto di indispensabilità dell'accesso rispetto alla difesa in giudizio dei propri interessi giuridici (art. 35).

L'accesso difensivo rispetto all'ordinario" esige quindi che situazione legittimante sia anche collegata al documento al quale è chiesto l'accesso (art. 24, comma 7, della l. n. 241 del 1990), in modo tale da evidenziare, in maniera diretta ed inequivoca, il nesso di strumentalità che lega la situazione

L'accesso agli atti comporta il bilanciamento con il valore della tutela della riservatezza (anche finanziaria ed economica). Il criterio generale della "necessità" ai fini della "cura" e della "difesa" di un proprio interesse giuridico, è ritenuto dal legislatore tendenzialmente prevalente sulla tutela della riservatezza, a condizione del riscontro della sussistenza di presupposti generali.



soggettiva finale al documento di cui viene richiesta l'ostensione, per l'ottenimento del quale, infatti, l'accesso difensivo costituisce il tramite.

Le finalità dell'accesso devono essere rappresentate dalla parte in modo puntuale e specifico nell'istanza, suffragate con idonea documentazione (ad es. scambi di corrispondenza; diffide stragiudiziali) ed in caso di causa già pendente con l'indicazione sintetica del relativo oggetto e dei fatti oggetto di prova, ad esempio, al fine di permettere all'amministrazione di valutare il nesso di strumentalità necessaria tra la documentazione richiesta e la situazione "finale" controversa. Occorre quindi che sia reso "intellegibile" il collegamento necessario fra la documentazione e le proprie difese.

L'accesso agli atti comporta il bilanciamento con il valore della tutela della riservatezza (anche finanziaria ed economica). Il criterio generale della "necessità" ai fini della "cura" e della "difesa" di un proprio interesse giuridico, è ritenuto dal legislatore tendenzialmente prevalente sulla tutela della riservatezza, a condizione del riscontro della sussistenza dei presupposti generali, di cui si è detto, dell'accesso documentale

di tipo difensivo. Il collegamento tra la situazione legittimante e la documentazione richiesta impone un'attenta motivazione della pubblica amministrazione che ha accolto o, viceversa, respinto l'istanza di accesso.

La giurisprudenza del Consiglio di Stato ha richiamato l'attenzione sulla "tutelabilità dell'interesse alla conoscenza" dei dati, che va apprezzata in base a canoni di "necessità, di corrispondenza e di collegamento tra la situazione che si assume protetta ed il documento di cui si invoca la conoscenza" (Cds marzo 2021, n. 4).

La natura strumentale dell'accesso difensivo comporta che la necessità del documento vada

valutata verificando se esso sia effettivamente il necessario tramite per acquisire la prova e ciò mediante un "giudizio prognostico ex ante". A tal fine l'istanza dell'interessato deve essere puntuale e specifica (come deve esserlo la comunicazione con la quale il controinteressato esprime il diniego all'accesso riferito alla propria documentazione).

Al fine dell'accoglimento di un'istanza di accesso agli atti è da evidenziare che non è importante la circostanza che lo stesso si sia collocato all'ottavo posto in graduatoria, in quanto questa circostanza non potrebbe essere rilevante neanche ove venga in rilievo l'accesso a documenti riservati ex art. 24 comma 7 l. 241/90, atteso che "la pubblica amministrazione detentrici del documento e il giudice amministrativo adito nel giudizio di accesso ai sensi dell'art. 116 c.p.a. non devono invece svolgere ex ante alcuna ultronea valutazione sull'ammissibilità, sull'influenza o sulla decisività del documento richiesto nell'eventuale giudizio instaurato, poiché un simile apprezzamento compete, se del caso, solo all'autorità giudiziaria investita della questione e non certo alla pubblica amministrazione detentrici del documento o al giudice amministrativo nel giudizio sull'accesso, salvo il caso di una evidente, assoluta, mancanza di collegamento tra il documento e le esigenze difensive e, quindi, in ipotesi di esercizio pretestuoso o temerario dell'accesso difensivo stesso per la radicale assenza dei presupposti legittimanti previsti dalla l. n. 241 del 1990" (Consiglio di Stato, sez. V, 29.04.2022 n. 3392).

2. I segreti commerciali e tecnici

Premesso che le stazioni appaltanti sono tenute a non rivelare informazioni comunicate dagli operatori economici e da essi considerate riservate, compresi anche, ma non esclusivamente, segreti tecnici o commerciali, nonché gli aspetti riservati delle offerte. L'art. 53, comma 5, lett. a) d.lgs. n.

Al fine dell'accoglimento di un'istanza di accesso agli atti è da evidenziare che non è importante la circostanza che lo stesso si sia collocato all'ottavo posto in graduatoria, salvo il caso di una evidente, assoluta, mancanza di collegamento tra il documento e le esigenze difensive e, quindi, in ipotesi di esercizio pretestuoso o temerario dell'accesso difensivo stesso per la radicale assenza dei presupposti legittimanti previsti dalla l. n. 241 del 1990.



50 del 2016 sancisce: "sono esclusi il diritto di accesso e ogni forma di divulgazione in relazione [...] alle informazioni fornite nell'ambito dell'offerta o a giustificazione della medesima che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali".

L'articolo 36 del nuovo codice evidenzia novità in tema di segreti commerciali ed industriali, rilevando che a seguito della decisione dell'amministrazione di non oscurare quanto richiesto dall'operatore, il medesimo possa impugnare entro dieci giorni la decisione della Stazione appaltante.

E' esclusa dall'ostensibilità propria degli atti di gara quella parte dell'offerta o delle giustificazioni della anomalia che riguardano le specifiche e riservate capacità tecnico-industriali o in genere gestionali proprie dell'impresa in gara (il *know how*), vale a dire l'insieme del "saper fare" e delle competenze ed esperienze, originali e tendenzialmente riservate, maturate ed acquisite nell'esercizio professionale dell'attività industriale e commerciale e che concorre a definire e qualificare la specifica competitività dell'impresa nel mercato aperto alla concorrenza.

Si tratta, del resto, di beni essenziali per lo sviluppo e per la stessa competizione qualitativa, che sono prodotto patrimoniale della capacità ideativa o acquisitiva della singola impresa e cui l'ordinamento, ai fini della corretta esplicazione della concorrenza, offre tutela di loro in quanto segreti commerciali: cfr. artt. 98 e 99 d.lgs. 10 febbraio 2005, n. 30 (Codice della proprietà industriale)." (Cons. di Stato, V, 64/2020 cit.).

Il limite alla ostensibilità è subordinato all'allegazione di «motivata e comprovata dichiarazione», mediante la quale si dimostri l'effettiva sussistenza di un segreto industriale o commerciale meritevole di salvaguardia (cfr. Cons. Stato, III, 11 ottobre 2017, n. 4724),

fermo restando peraltro l'onere della stazione appaltante di valutare motivatamente le argomentazioni offerte ai fini dell'apprezzamento dell'effettiva rilevanza per l'operatività del regime di segretezza (cfr. Cons. Stato, V, n. 64/20 cit.; Cons. Stato, Sez. V 31 marzo 2021, n. 2714).

I "Segreti" "sono cosa diversa dalle più generiche cognizioni e/o competenze (cd. "abilità lavorative") possedute da un operatore economico per svolgere in modo ottimale un'attività o una professione" (TAR Trieste, 02.02.2023 n. 37). Una motivazione del controinteressato con la quale è semplicemente evidenziato che la richiesta di accesso potrebbe presentare una potenziale violazione della proprietà intellettuale dell'impresa, è genericamente non accoglibile.

3. L'accesso agli atti nel d.lgs. 36/2023. Gli articoli 35 e 36 che regolano l'istituto: la riservatezza in alcune fasi e le norme procedurali e processuali

Il nuovo codice degli appalti introduce elementi all'istituto dell'accesso a seguito del consolidamento della giurisprudenza che nel tempo, come evidenziato, si è espressa offrendo interpretazioni utili e necessarie rispetto a fattispecie concrete. Il nuovo codice regola l'accesso agli atti in due articoli, uno riferito all'accesso agli atti e alla riservatezza (art. 35), uno riferito alle norme procedurali e processuali in tema di accesso (art. 36). L'articolo 35 riporta i casi in cui, in relazione alla fase del procedimento, è possibile differire il diritto di accesso al fine di garantire la riservatezza rispetto, ad esempio, a coloro che hanno presentato offerta, richiesto di essere invitati o che hanno manifestato il loro interesse.

Le disposizioni individuano quindi quando è possibile, in linea con il precedente codice degli

È esclusa dall'ostensibilità propria degli atti di gara quella parte dell'offerta o delle giustificazioni della anomalia che riguardano le specifiche e riservate capacità tecnico-industriali o in genere gestionali proprie dell'impresa in gara (il know how), vale a dire l'insieme del "saper fare" e delle competenze professionali specifiche.



assolutamente

della disposizione rileva ai fini dell'[articolo 326 del codice penale](#).

appalti, visionare le domande di partecipazione e gli atti, i dati e le informazioni relative ai requisiti di partecipazione, i verbali relativi alla fase di ammissione dei candidati e degli offerenti, nonché la documentazione, tra cui i verbali, inerenti la verifica della anomalia dell'offerta (il d.lgs. 50/2016 fa non fa riferimento ai verbali).

Ciò fatta salva la disciplina prevista per i contratti secretati o la cui esecuzione richiede speciali misure di sicurezza e considerando che i dati e le informazioni non possono essere resi accessibili o conoscibili fino alla conclusione delle relative fasi o alla scadenza dei termini, prevedendo che per i pubblici ufficiali o per gli incaricati di pubblico servizio la violazione

Il d.lgs. 50/2016 prevede che per le informazioni fornite nell'ambito dell'offerta o a giustificazione della medesima, è consentito l'accesso al concorrente ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto. Il d.lgs. 36/2023 prevede invece che sia consentito l'accesso al concorrente, se indispensabile (ciò in considerazione degli orientamenti giurisprudenziali sul tema presenti) ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi giuridici rappresentati in relazione alla procedura di gara.

Il d.lgs. 36/2023, all'art. 35, prevede, come per il D.lgs. 50/2016, i casi di esclusioni del diritto di accesso e di ogni forma di divulgazione, oltre che per i contratti secretati o la cui esecuzione richiede speciali misure di sicurezza:

- a) in relazione alle informazioni fornite nell'ambito dell'offerta o a giustificazione della medesima che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali;

b) in relazione ai pareri legali acquisiti dai soggetti tenuti all'applicazione del codice, per la soluzione di liti, potenziali o in atto, relative ai contratti pubblici; con riferimento alle relazioni riservate del direttore dei lavori, del direttore dell'esecuzione e dell'organo di collaudo sulle domande e sulle riserve del soggetto esecutore del contratto;

c) con riferimento alle piattaforme digitali e alle infrastrutture informatiche utilizzate dalla stazione appaltante o dall'ente concedente, ove coperte da diritti di privativa intellettuale (il d.lgs. 50/2016 faceva riferimento alle soluzioni tecniche e ai programmi per elaboratore utilizzati dalla stazione appaltante o dal gestore del sistema informatico per le aste elettroniche, ove coperti da diritti di privativa).

Il d.lgs. 36/2023, all'art. 36, infine, definisce le norme procedurali e processuali in tema di accesso agli atti evidenziando novità negli adempimenti e nella procedura. Le disposizioni introdotte rilevano che sono resi disponibili, attraverso la piattaforma di approvvigionamento digitale, di cui all'articolo 25, a tutti i candidati e offerenti, non definitivamente esclusi, contestualmente alla comunicazione digitale dell'aggiudicazione:

- l'offerta dell'operatore economico risultato aggiudicatario;
- i verbali di gara e gli atti, i dati e le informazioni presupposti all'aggiudicazione.

Rappresentano una novità:

- che agli operatori economici, collocatisi nei primi cinque posti in graduatoria, siano resi

L'articolo 35 nel nuovo codice riporta i casi in cui, in relazione alla fase del procedimento, è possibile differire il diritto di accesso al fine di garantire la riservatezza rispetto, ad esempio, a coloro che hanno presentato offerta. I dati e le informazioni non possono essere resi accessibili o conoscibili fino alla conclusione delle relative fasi o alla scadenza dei termini indicati dalla norma.



Rappresenta una novità, presente nel d.lgs. 36/2023, che agli operatori economici, collocatisi nei primi cinque posti in graduatoria, siano resi reciprocamente disponibili, attraverso la stessa piattaforma, gli atti di gara, nonché le offerte dagli stessi presentate.



reciprocamente disponibili, attraverso la stessa piattaforma, gli atti sopra citati, nonché le offerte dagli stessi presentate;

- che la stazione appaltante o l'ente concedente nella comunicazione di aggiudicazione dia anche atto delle proprie decisioni assunte sulle eventuali richieste dell'operatore di oscuramento di parti delle offerte rese (in relazione a segreti tecnici o commerciali).

Rispetto a quanto sopra illustrato:

a) consegue che le decisioni adottate dalla Stazione appaltante, in merito alla diffusione di informazioni, siano impugnate con ricorso notificato e depositato entro dieci giorni dalla comunicazione digitale

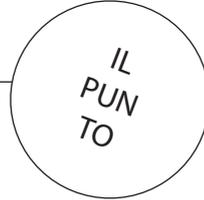
di aggiudicazione. Le parti intimare possono costituirsi entro dieci giorni dal perfezionamento nei propri confronti della notifica del ricorso;

b) consegue che non sia possibile l'ostensione delle parti dell'offerta di cui è stato richiesto l'oscuramento prima del decorso del termine di impugnazione delle decisioni di cui sopra;

c) consegue che la stazione appaltante o l'ente concedente, qualora vi siano reiterati rigetti di istanze di oscuramento, può inoltrare segnalazione all'ANAC la quale può irrogare una sanzione pecuniaria nella misura stabilita dall'articolo 222, comma 9, ridotta alla metà nel caso di pagamento entro trenta giorni dalla contestazione.

Il Partenariato Pubblico Privato nel D.Lgs. n. 36/2023

di Paola Cartolano e Paola Razzano



Premesse

Nell'ambito del nostro ordinamento è stato senza dubbio il D.Lgs. n. 50/2016 ad avere il grande merito di introdurre una disciplina organica in materia di Partenariato Pubblico Privato ("PPP"), non prevista nel precedente D.Lgs. n. 163/2006.

Già da tempo, tuttavia, era sorta l'esigenza di innovare, soprattutto in chiave semplificativa, detta disciplina al fine di favorire un utilizzo più diffuso del PPP, che consentisse di superare la carenza di risorse da parte della Pubblica Amministrazione mediante il ricorso a capitali ed energie private.

Il momento cardine per attuare la modifica della disciplina del PPP è stato l'attuazione della delega legislativa di cui alla Legge 21 giugno 2022 n. 78 per la riforma del codice in materia di contratti pubblici.

In particolare, il riordino della disciplina della contrattualistica pubblica ha trovato collocazione nell'ambito del complesso di riforme attuate nel nostro ordinamento per le finalità del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza ("PNRR"), piano di riforme presentato dall'Italia alla Commissione europea per accedere ai fondi del cd. NEXT Generation EU.

L'emanazione del nuovo codice dei contratti pubblici di cui al Decreto Legislativo 31 marzo 2023 n. 36 ("D.Lgs. 36/2023" o "Nuovo Codice"), in attuazione della delega contenuta all'art. 1 comma 2¹ della Legge 21 giugno 2022, n. 78, costituisce attuazione del traguardo (M1C1-73) del PNRR.

Considerato che l'accesso ai finanziamenti comunitari del NEXT Generation EU per il relativo stanziamento dovrà avvenire attraverso l'esperimento di procedure ad evidenza pubblica, ha assunto carattere preminente proprio la revisione della disciplina dei contratti pubblici per definire procedimenti amministrativi di aggiudicazione delle gare strutturati, ma snelli e contingentati nei tempi.

Il partenariato pubblico-privato (PPP) rappresenta una forma di collaborazione tra il settore pubblico e privato per la realizzazione di progetti per infrastrutture e servizi pubblici: nell'ambito del PNRR il

PPP, concretizzandosi in una forma di collaborazione tra il settore pubblico e privato, assume un ruolo cruciale per attuare progetti per infrastrutture e servizi pubblici finanziati dai fondi comunitari e stimolare la ripresa economica dell'Italia.

L'adozione del Nuovo Codice si colloca nell'ambito del complesso di riforme attuate per le finalità del PNRR



1. Art. 1 comma 2 della Legge 78/2022 "aa) razionalizzazione, semplificazione, anche mediante la previsione di contratti-tipo e di bandi-tipo, ed estensione delle forme di partenariato pubblico-privato, con particolare riguardo alle concessioni di servizi, alla finanza di progetto e alla locazione finanziaria di opere pubbliche o di pubblica utilità, anche al fine di rendere tali procedure effettivamente attrattive per gli investitori professionali, oltre che per gli operatori del mercato delle opere pubbliche e dell'erogazione dei servizi resi in concessione, garantendo la trasparenza e la pubblicità degli atti"

È evidente che destinando alcune delle risorse del PNRR ad operazioni di PPP, grazie agli investimenti dei *partners* privati, ogni singolo progetto potrà avere un effetto moltiplicatore.

Nel prosieguo del presente contributo andremo ad esaminare le principali novità relative all'impianto generale del PPP (§1 e 2) per poi soffermarsi con brevi cenni alle novità apportate alla disciplina della concessione e della finanza di progetto (§4 e 5).

1. Le disposizioni generali sul PPP nel Nuovo Codice

Il Nuovo Codice si compone di 5 libri e contiene complessivamente 229 articoli e 38 allegati. In particolare, ai fini del presente, consideriamo il Libro IV rubricato "DEL PARTENARIATO PUBBLICO PRIVATO E DELLE CONCESSIONI".

Come anche evidenziato nella Relazione Illustrativa allo schema del Nuovo Codice predisposta dalla Commissione speciale del Consiglio di Stato istituita per la formulazione del progetto del Nuovo Codice, «l'obiettivo è stato quello di **rendere il PPP più attrattivo** per amministrazioni, operatori economici ed investitori istituzionali»

Nel Nuovo Codice è stata operata un'inversione sistematica rispetto al precedente impianto normativo di cui al D.Lgs. n. 50/2016: le disposizioni generali in materia di PPP precedono, infatti, la disciplina delle figure contrattuali tipiche. Nell'ambito del Libro IV abbiamo:

- la Parte I (artt. 174 – 175) dedicata alle disposizioni generali in materia di PPP;
- la Parte II dedicata ai contratti di concessione (artt. 176 – 192) e alla finanza di progetto (artt. 193 – 195)

- la Parte III dedicata alla locazione finanziaria (art. 196)
- la Parte IV dedicata al contratto di disponibilità (art. 197)
- la Parte V dedicata alle altre disposizioni in materia di PPP (artt. 198 – 202)
- la Parte VI dedicata ai servizi globali, incluso il contraente generale (artt. 203 – 208).

Innanzitutto, ha carattere innovativo **la definizione di PPP** fornita all'**art. 174 comma 1** del Nuovo Codice ovvero «1. Il partenariato pubblico-privato è **un'operazione economica** in cui ricorrono congiuntamente le seguenti caratteristiche:

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

Come indicato nella Relazione Illustrativa «La definizione è stata scelta al fine di evidenziare la complessità di tale fenomeno, che comprende diverse figure contrattuali, nonché gli importanti riflessi economici ad esso collegati ...».

Il PPP, quindi, a differenza che nel D.Lgs. n. 50/2016²³ -----2----- non viene definito più come un "contratto": differenza questa che rileva in

2. Art. 3 del D.Lgs. n. 50/2016 «eee) «contratto di partenariato pubblico privato», il contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto con il quale una o più stazioni appaltanti conferiscono a uno o più operatori economici per un periodo determinato in funzione della durata dell'ammortamento dell'investimento o delle modalità di finanziamento fissate, un complesso di attività consistenti nella realizzazione, trasformazione, manutenzione e gestione operativa di un'opera in cambio della sua disponibilità, o del suo sfruttamento economico, o della fornitura di un servizio connessa all'utilizzo dell'opera stessa, con assunzione di rischio secondo modalità individuate nel contratto, da parte dell'operatore. Fatti salvi gli obblighi di comunicazione previsti dall'articolo 44, comma 1-bis, del decreto-legge 31 dicembre 2007, n. 248, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 febbraio 2008, n. 31, si applicano, per i soli profili di tutela della finanza pubblica, i contenuti delle decisioni Eurostat».

particolare ai fini applicativi in quanto, proprio per incentivare il ricorso al PPP, è possibile ricorrere a forme negoziali alternative e non solo ai contratti tipizzati.

Si evidenzia, inoltre, che il Libro IV si limita a disciplinare il PPP di tipo puramente contrattuale, per il quale è stato chiarito comunque il principio di atipicità e non esclusività delle forme contrattuali: dando attuazione alla legge delega che prevede l'estensione delle forme di PPP, è previsto che la Pubblica Amministrazione possa definire schemi negoziali diversi da quelli tipizzati, purché aderenti alla disciplina del Libro IV e in particolare ai contenuti di cui al comma 1 dell'art. 174 e comunque essere diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela (cfr. **art. 174, comma 3** D.Lgs. n. 36/2023).

Si evidenzia che in un'ottica di semplificazione, **per tutti i PPP di tipo contrattuale** di cui al comma 3 dell'art. 174 è stato operato un **rinvio generale alla disciplina delle concessioni** per:

- (a) procedure di affidamento e esecuzione,
- (b) allocazione del rischio operativo,
- (c) durata del contratto,
- (d) modalità di determinazione della soglia e metodi di calcolo del valore stimato.

Per la disciplina del PPP di tipo istituzionalizzato viene, invece, operato un rinvio alle norme del testo unico sulle società partecipate di cui al D.Lgs. n. 175/2016 (cfr. **art. 174, comma 4** D.Lgs. n. 36/2023).

Considerata la complessità di implementazione e gestione di un intervento realizzato in PPP, viene inoltre precisato che i relativi contratti possono essere stipulati solo da enti concedenti "qualificati", ovvero quelli previsti all'art. 63 del Nuovo Codice.

Altro elemento di novità rispetto al precedente impianto normativo è rappresentato dall'**introduzione della disciplina relativa agli strumenti di programmazione, valutazione preliminare, controllo e monitoraggio con riferimento a operazioni in PPP**.

Nel Nuovo Codice il PPP è definito come un'OPERAZIONE ECONOMICA, riferita a un fenomeno complesso che comprende diverse figure contrattuali e determina importanti riflessi economici



Come evidenziato anche nella Relazione Illustrativa queste nuove disposizioni «*dovrebbero avere l'effetto di rendere le procedure di partenariato pubblico-privato effettivamente più attrattive per gli investitori istituzionali, oltre che per gli operatori del mercato delle opere pubbliche e dell'erogazione dei servizi, così come previsto nella lett. aa) della legge delega. Per raggiungere l'obiettivo di estendere le forme di partenariato pubblico-privato, infatti, è necessario, seppure non sufficiente, semplificare le procedure (rendendo le disposizioni più leggere, anche attraverso il rinvio ai bandi-tipo ed ai contratti-tipo), ma è fondamentale altresì individuare, in un'ottica multidisciplinare, strumenti che incentivino le imprese a partecipare alle gare*».

Facciamo riferimento all'**art. 175 comma 1** del Nuovo Codice, il quale ha innanzitutto previsto l'adozione di un nuovo «**programma triennale delle esigenze pubbliche idonee ad essere soddisfatte attraverso forme di partenariato pubblico-privato**», al fine di garantire la massima trasparenza nei confronti degli operatori economici, degli investitori istituzionali e in generale della collettività.

Altra novità codificata nel Nuovo Codice è la **valutazione preliminare di convenienza e fattibilità** che ogni Pubblica Amministrazione deve svolgere per la realizzazione di un progetto in PPP. Sul punto l'**art. 175 comma 2** del Nuovo Codice indica che detta valutazione preliminare «*si incentra sull'idoneità del progetto a essere finanziato con risorse private, sulle condizioni necessarie a ottimizzare il rapporto tra costi e benefici, sulla efficiente allocazione del rischio operativo, sulla capacità di generare soluzioni innovative, nonché sulla capacità di indebitamento dell'ente e sulla disponibilità di risorse sul bilancio pluriennale*» e deve avere ad oggetto il confronto fra la stima dei costi e dei benefici nell'arco dell'intera durata del PPP rispetto al ricorso al tradizionale appalto per un equivalente arco temporale.

La riferita valutazione preliminare si correla in buona sostanza del cd. **value for money** dei PPP

secondo cui il ricorso a un PPP come alternativa all'appalto pubblico tradizionale si fonda sull'assunto che una condivisione ottimale del rischio con il *partner* privato offre un migliore *value for money* per il settore pubblico: l'obiettivo ultimo di un processo di selezione è scegliere il progetto che offra il miglior *value for money*, vale a dire il migliore risultato possibile per la collettività tenuto conto di tutti i benefici, i costi e i rischi nell'intero suo ciclo di vita²⁴-----3-----.

Al fine di supportare le Pubbliche Amministrazioni nelle operazioni di maggiore impatto economico, l'**art. 175** del Nuovo Codice prosegue al **comma 3** specificando che in caso di progetti da realizzarsi in PPP di interesse statale oppure di progetti finanziati con contributo a carico dello Stato

- per lavori o servizi di importo pari o superiore a 250 milioni di euro, per i quali non sia già previsto che si esprima il CIPES, gli enti concedenti ai fini della valutazione preliminare di cui al comma 2 richiedono un parere al CIPES;
- per lavori o servizi di importo pari o superiore a 50 milioni di euro e inferiore a 250 milioni di euro, per i quali non sia già previsto che si esprima il CIPES, gli enti concedenti ai fini della valutazione preliminare di cui al comma 2 richiedono un parere preventivo, non vincolante al Dipartimento per la programmazione e il coordinamento della politica economica (DIPE) della Presidenza del Consiglio dei ministri.

Il medesimo comma 3 dispone che i suddetti pareri devono essere chiesti prima della pubblicazione del bando di gara in caso di progetto a iniziativa pubblica ovvero prima della dichiarazione di fattibilità in caso di progetto a iniziativa privata.

Ulteriore elemento di novità introdotto nel Nuovo Codice con riferimento alla disciplina

generale del PPP consiste nella nomina da parte dell'ente concedente, sentito l'operatore privato, di un **responsabile unico del progetto di partenariato** - selezionato tra soggetti dotati di idonee competenze tecniche - il quale avrà il compito «*di coordinare e controllare, sia sotto il profilo tecnico, sia sotto il profilo contabile, l'esecuzione del*

contratto, verificando costantemente il rispetto dei livelli di qualità e quantità delle prestazioni», come espressamente previsto all'**art. 175 comma 5** del Nuovo Codice.

In coordinamento con l'art. 174 comma 1 nell'individuazione fra i requisiti del PPP, ovvero il trasferimento del rischio operativo in capo al privato, il comma 6 dell'art. 175 dispone che l'ente concedente esercita il controllo sull'attività del privato «*verificando in particolare la permanenza in capo all'operatore economico del rischio operativo trasferito. L'operatore economico fornisce tutte le informazioni necessarie allo scopo, con le modalità stabilite nel contratto*».

Trattandosi di un elemento identificante del PPP, risulta quindi fondamentale la verifica durante tutte le fasi del progetto in PPP circa la permanenza del rischio operativo in capo al privato (cfr. art. 177 del Nuovo Codice).

Ennesimo elemento di novità è previsto al comma 7 dell'art. 175 secondo il quale il **monitoraggio dei progetti realizzati in PPP** è affidato al DIPE della Presidenza del Consiglio dei Ministri, presso il quale è istituita un'apposita banca dati.

Come evidenziato nella Relazione Illustrativa «*Questa disposizione si giustifica per la necessità, visto il rilevante impatto economico di tali operazioni, di avere, oltre il controllo già svolto dal responsabile unico sul singolo progetto, anche un controllo costante e accentrato su tutte le*

Il Nuovo Codice prevede sia una fase di programmazione e valutazione preventiva degli interventi di PPP che una PA intende adottare, sia una fase di controllo e monitoraggio in itinere



operazioni di partenariato pubblico-privato, da parte di un organismo già dotato di competenza e formazione specifica in materia. Si potranno così intercettare subito possibili situazioni di inefficienza, diseconomicità o cattiva gestione dei progetti di partenariato pubblico-privato».

2. La nuova disciplina delle concessioni: cenni

Come visto, l'art. 174 comma 3 opera un rinvio generale per tutti i PPP di tipo contrattuale alla disciplina delle concessioni: è a questa che facciamo riferimento, quindi, per evidenziare **le principali novità** rispetto al precedente impianto normativo di cui al D.Lgs. n. 50/2016.

Le disposizioni della Parte II del Libro IV del Nuovo Codice, alle quali si rimanda per una puntuale lettura, prevedono una riscrittura della corrispondente disciplina di cui agli articoli 164 e seguenti del D.Lgs. n. 50/2016.

Si segnala in generale la riorganizzazione organica della disciplina dell'**allocazione del rischio operativo** nell'ambito del contratto concessione, come oggi contenuta nell'**art. 177** del Nuovo Codice.

In particolare, l'art. 177 ai **commi 1, 2 e 3** ha recepito la disciplina già contenuta nell'art. 3 del D.Lgs. n. 50/2016 con riferimento alle definizioni di concessioni di lavori, concessioni di servizi e rischio operativo.

Prosegue l'art. 177 per chiarire l'ambito applicativo del contratto di concessione in relazione alla classificazione delle opere in calde («*contratti remunerati dall'ente concedente senza alcun corrispettivo in denaro a titolo di prezzo*», art. 177, comma 4, primo periodo), tiepide («*operazioni economiche comprendenti un rischio soltanto sul lato dell'offerta*», art. 177, comma 4, secondo periodo) e fredde («*Se l'operazione economica non può da sola conseguire l'equilibrio economico-finanziario*», art. 177 comma 6).

Di rilievo anche il **comma 5** dell'art. 177 il quale opera un raccordo fra le nozioni di rischio operativo ed equilibrio economico-finanziario, essendo quest'ultimo intrinsecamente legato al rischio operativo.

Il **comma 6** identifica poi le condizioni in presenza delle quali il diritto di gestire le opere o il servizio oggetto del contratto possa essere accompagnato da un «prezzo»: se l'operazione economica non può da sola conseguire l'equilibrio economico-finanziario, è ammesso un intervento pubblico di sostegno che può consistere in un contributo finanziario, nella prestazione di garanzie o nella cessione in proprietà di beni immobili o di altri diritti. Sul punto si segnala forse la modifica più rilevante, ovvero la **soppressione del limite fisso all'ammontare della contribuzione pubblica necessaria a porre l'operazione economica finanziaria in equilibrio**, in precedenza previsto all'art. 165, comma 2 del D.Lgs. n. 50/2016 il quale disponeva il limite del 49% del costo dell'investimento complessivo, comprensivo di eventuali oneri finanziari (anche se non previsto nella Direttiva 23/2014).

Come si legge nella Relazione Illustrativa rispetto alla modifica introdotta nel Nuovo Codice la scelta è stata di optare «*per una soluzione proporzionata e coerente con il diritto europeo. Ai fini della configurazione del contratto di concessione, non viene dettato alcun limite quantitativo (ma solo qualitativo) al valore monetario del rischio che la concessione deve trasferire all'operatore privato*». Tra le altre modifiche di rilievo in ordine al contratto di concessione, si evidenziano quelle contenute agli **articoli 189 e 190** circa la possibilità di modificare il contratto in corso di esecuzione, la risoluzione e il recesso.

In particolare, l'art. 189 comma 1 precisa le ipotesi specifiche in cui è possibile modificare i contratti di concessione, senza il ricorso ad una nuova procedura di aggiudicazione, tra le quali rilevano le modifiche a prescindere dal loro valore monetario che sono state previste nei documenti iniziali di gara e che possono comprendere clausole di revisione dei prezzi (previsione quest'ultima prevista all'art. 106 del D.Lgs. n. 50/2016 solo per i contratti di appalto).

Con riferimento all'**art. 190** e all'ipotesi del **recesso** del concedente, si segnala che la differenza principale rispetto al D.Lgs. n. 50/2016 attiene all'indennizzo a titolo di mancato guadagno che ai sensi del Nuovo Codice è compreso tra il 2% e il 5% degli utili previsti dal piano economico-finanziario, a differenza del D.Lgs. n. 50/2016 che prevede che l'indennizzo per il mancato guadagno

sia pari al 10% del valore delle opere ancora da eseguire ovvero, nel caso in cui l'opera abbia superato la fase di collaudo, del valore attuale dei ricavi risultanti dal piano economico finanziario allegato alla concessione per gli anni residui di gestione.

Sempre in ordine all'art. 190 si evidenzia la modifica apportata per la fattispecie della **risoluzione** in ordine alla quale è previsto l'obbligo di inserire nel contratto una clausola penale di predeterminazione del danno e i criteri per il calcolo dell'indennizzo.

Il Nuovo Codice all'art. 191 prevede poi una disciplina del **subentro** di un concessionario ad un altro non prevista nel D.Lgs. n. 50/2016, nonché una nuova disciplina della **revisione del contratto**. In particolare, purché non si apportino modifiche sostanziali alla concessione, la revisione è consentita:

- al verificarsi di eventi sopravvenuti straordinari e imprevedibili, ivi compreso il mutamento della normativa o della regolazione di riferimento, purché non imputabili al concessionario, che incidano in modo significativo sull'equilibrio economico-finanziario dell'operazione;
- nella misura strettamente necessaria a ricondurlo ai livelli di equilibrio e di traslazione del rischio pattuiti al momento della conclusione del contratto.

Qualora l'alterazione dell'equilibrio economico-finanziario sia dovuta a eventi diversi da quelli succitati e rientranti nei rischi allocati al privato, la stessa è a carico del concessionario medesimo. La revisione è inoltre subordinata alla previa valutazione del DIPE, nei casi di opere di interesse statale o finanziate con contributo a carico dello Stato, e in caso di mancato accordo sul riequilibrio del piano economico-finanziario, le parti possono recedere dal contratto.

3. La nuova disciplina della finanza di progetto: cenni

Il Nuovo Codice nell'ambito della Parte II relativa ai contratti di concessione dedica il Titolo IV alla disciplina della finanza di progetto, apportando una

semplificazione. Anche in questo caso facciamo riferimento alle **principali novità** rispetto al precedente impianto normativo di cui al D.Lgs. n. 50/2016, rimandando alle norme del Nuovo Codice per una puntuale lettura.

Tra le principali novità introdotte con riferimento alla finanza di progetto si segnala *in primis* che è stata eliminata la finanza di progetto ad iniziativa pubblica, ritenuta una duplicazione rispetto alla scelta di indire una gara pubblica per l'affidamento di una concessione.

Rimane il solo procedimento di **project financing ad iniziativa privata** di cui all'art. 193 del Nuovo Codice.

Prima di passare in rassegna le altre novità apportate alla disciplina della finanza di progetto ai sensi dell'art. 193 del Nuovo Codice, occorre evidenziare che l'art. 198 dispone che *"Le proposte di cui all'articolo 193, comma 1, primo periodo, possono riguardare, in alternativa alla concessione, tutti i contratti di partenariato pubblico privato"*.

Il **comma 1 dell'articolo 193** precisa che *"gli operatori economici possono presentare agli enti concedenti proposte relative alla realizzazione in regime di concessione di lavori o servizi"*, introducendo una delle novità rispetto all'art. 183, comma 19 del D.Lgs. 50/2016. Viene infatti precisato che la proposta di *project financing* può riguardare concessioni sia di lavori che di servizi, recuperando la previsione in precedenza contenuta nell'art. 278 del DPR 207/2010 rubricata proprio *"Finanza di progetto nei servizi"*.

Rispetto all'art. 183 comma 19 del D.Lgs. n. 50/2016 viene inoltre eliminato il riferimento alla presentazione di proposte relative ad interventi già «presenti negli strumenti di programmazione approvati dall'amministrazione aggiudicatrice sulla base della normativa vigente»: ciò in coerenza con l'art. 175 del Nuovo Codice il quale – come visto – prevede che le Pubbliche Amministrazioni debbano adottare *"il programma triennale delle esigenze pubbliche idonee a essere soddisfatte attraverso forme di partenariato pubblico-privato"*.

Si segnala sul punto la Relazione Illustrativa, la quale evidenzia che *"resta comunque salva la pos-*

L'art. 174 comma 3 del Nuovo Codice opera un rinvio generale per tutti i PPP di tipo contrattuale alla disciplina delle concessioni



sibilità per gli operatori economici di presentare proposte sia con riferimento ad iniziative non presenti negli strumenti di programmazione, sia con riferimento ad iniziative ivi presenti, proponendo modalità diverse di realizzazione».

Novità in via semplificativa si registrano anche con riferimento al contenuto della proposta rispetto alla precedente disciplina in quanto l'art. 193 comma 1 del Nuovo Codice prevede che a corredo della proposta l'affidatario deve presentare all'ente concedente:

- (i) un progetto di fattibilità,
- (ii) una bozza di convenzione,
- (iii) il piano economico finanziario asseverato,
- (iv) le caratteristiche del servizio e della gestione.

In sostanza, dunque, non occorre più corredare la proposta con la garanzia provvisoria e le dichiarazioni sul possesso dei requisiti del concessionario.

Proprio con riferimento a tale ultimo aspetto, infatti, il **comma 4 dell'art. 193** del Nuovo Codice introduce un'importante novità: la configurazione giuridica del proponente può, infatti, essere modificata e integrata fino alla data di scadenza della presentazione delle offerte. Nella disciplina del D.Lgs. 50/2016, invece, era previsto che il proponente dovesse già possedere i requisiti richiesti per i concessionari. Con il Nuovo Codice, dunque, il proponente non deve essere in possesso dei requisiti specifici del concessionario, fermo restando che per la partecipazione alla successiva gara il proponente nominato promotore dovrà dimostrare il possesso di tali requisiti anche associandosi o consorziandosi con altri operatori in possesso dei requisiti prescritti dal bando.

Come anticipato viene meno l'obbligo di presentazione della cauzione provvisoria a corredo della proposta. A mente del **comma 6 dell'art. 193** del Nuovo Codice, solo le offerte per la partecipazione alla gara devono essere corredate dalle garanzie provvisorie di cui all'art. 106 del Nuovo Codice e il soggetto aggiudicatario deve prestare la garanzia definitiva di cui all'art.117, con

la precisazione che dalla data di inizio dell'esercizio del servizio da parte del concessionario è dovuta una cauzione a garanzia delle penali relative al mancato o inesatto adempimento di tutti gli obblighi contrattuali relativi alla gestione dell'opera, da prestarsi nella misura del 10% del costo annuo operativo di esercizio.

Anche la disciplina della **fase di valutazione delle proposte** è stata interessata da innovazioni rispetto alla disciplina del D.Lgs. n. 50/2016. Il **comma 2 dell'art. 193** del Nuovo Codice prevede che l'ente concedente entro il termine di **90 giorni** dalla presentazione della proposta ne valuti la fattibilità: è stata quindi eliminata la natura perentoria del termine, prevista nella precedente disciplina.

Viene inoltre previsto un momento di contraddittorio tra il proponente e l'ente concedente il quale può invitare il proponente stesso *«ad apportare al progetto di fattibilità le modifiche necessarie per la sua approvazione»*. La norma prevede la possibilità che il proponente formuli delle "soluzioni alternative" per recepire le indicazioni dell'ente concedente e che se il promotore non apporta le modifiche richieste, come eventualmente rimodulate sulla base di soluzioni alternative suggerite, la proposta è respinta.

Ancora, innovativa la previsione, contenuta sempre nel 2 comma dell'art. 193, per cui la procedura di valutazione deve concludersi comunque con un provvedimento

espreso dell'ente concedente, pubblicato sul sito istituzionale e oggetto di comunicazione ai soggetti interessati.

Altra novità di rilievo è contenuta all'**art. 194** del Nuovo Codice, secondo cui per gli affidamenti superiori alla soglia europea, il bando di gara per l'affidamento di una concessione nella forma della finanza di progetto prevede che l'aggiudicatario costituisca una "società di scopo", rendendo quindi obbligatoria e non più facoltativa la costituzione della società quale *special purpose vehicle*.

L'art. 198 del Nuovo Codice prevede le proposte di project financing possono riguardare, in alternativa alla concessione, tutti i contratti di PPP



4. Conclusioni

Le procedure relative al PPP, soprattutto per gli interventi relativi al PNRR, possono offrire una vera opportunità per consentire al Paese di accelerare la ripresa economica: è l'occasione di valorizzare l'alleanza pubblico-privato per la realizzazione d'investimenti a favore della collettività e dei cittadini.

In tal senso il Nuovo Codice, pur mantenendo immutato il quadro normativo europeo di riferimento di cui alle direttive UE 23, 24 e 25 del 2014, ha puntato ad una razionalizzazione, riorganizzazione e semplificazione della disciplina del PPP così da superare alcune criticità emerse negli anni: la flessibilità delle procedure di aggiudicazione contrattuale o l'incertezza della ripartizione dei rischi tra il partner privato ed il soggetto pubblico avevano di fatto reso poco incisivo il ricorso del PPP.

PROGRAMMAZIONE 2023

IN FASE DI AGGIORNAMENTO

LE NOSTRE AREE

Percorsi di Alta Formazione

Appalti Pubblici - Il Nuovo Codice

Appalti Pubblici

Contabilità

Innovazione e dematerializzazione

Organizzazione e Personale

Anticorruzione

Project Management

Società partecipate

Corsi registrati

Pillole di Formazione Gratuite



LE NOSTRE CERTIFICAZIONI
ISO 9001:2015 E ISO/IEC
27001:2013



Ci sono argomenti che vorresti approfondire? Segnalaceli!

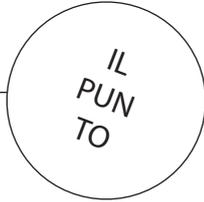
**COMPILA IL
FORM**

CONTATTACI:

SERVIZIO CLIENTI 0883.310504
info@mediaconsult.it

Il subappalto nel nuovo codice dei contratti.

di Stefano de Marinis



IL
PUN
TO

Premessa

A distanza di qualche mese torniamo ad occuparci di subappalto a fronte delle più recenti modifiche introdotte, nella materia, dal nuovo codice dei contratti, di cui al d.lgs. 31 marzo 2023, n.36.

Il tema è apparso subito centrale in molti dei commenti intervenuti, tanto a livello politico che tecnico, in occasione del varo delle disposizioni qui all'esame. Ciò in quanto, quello del subappalto, è un istituto di rilievo cruciale per la contrattualistica pubblica, in grado di intercettare e sovrapporsi a numerosi profili lungamente dibattuti nel contesto che ci occupa: dall'organizzazione dell'impresa,

con il connesso difficile rapporto, nel campo dei lavori, tra specialisti e generalisti, alla qualità delle prestazioni eseguite; dalla tutela economica e della sicurezza dei lavoratori coinvolti lungo tutta la filiera produttiva, sino alle problematiche più strettamente legate alle sue infiltrazioni da parte della criminalità organizzata.

Il tutto in un'ottica di riconduzione della relativa disciplina, così come quella afferente i contratti pubblici in generale, nel contesto comunitario, e di chiarimento di alcuni passaggi dubbi presenti nella formulazione dell'articolo 105 del d.lgs. 50/2016, che per il resto risulta ampiamente riprodotto nel nuovo articolo 119.

1. Novità sostanziali e chiarimenti

In questo senso, l’innovazione di più immediata evidenza riguarda senz’altro la sostituzione dell’ex comma 19 dell’articolo 105 con una nuova articolata formula, riportata al comma 17 dell’articolo 119, che supera il rigido divieto in forza del quale, finora, *l’esecuzione delle prestazioni affidate in subappalto non poteva formare oggetto di ulteriore subappalto.*

La questione nasce dall’esigenza di adeguamento ai rilievi da ultimo formulati dalla Corte di Giustizia e dalla Commissione UE nella lettera di costituzione in mora del 6 aprile 2022, di cui fa menzione la stessa Relazione della Speciale Commissione del Consiglio di Stato incaricata di dare attuazione alla delega di cui alla legge 21 giugno 2022, n.78, per la stesura del nuovo codice¹, nell’ambito della procedura di infrazione a carico dell’Italia, n. 2018/2273².

La nuova formulazione del comma 17 mira a soddisfare le prescrizioni delle direttive UE in ordine al superamento del divieto assoluto di ricorrere al subappalto per prestazioni a loro volta già oggetto di subappalto, fissato dalla disciplina nazionale in maniera astratta, quindi prescindendo da qualsiasi possibilità di verificare le capacità di eventuali subappaltatori e senza menzionare il carattere essenziale degli incarichi.

L’opzione non può peraltro genericamente leggersi come liberalizzazione del subappalto cosiddetto “a cascata”.

Trattasi, viceversa, di garantire l’esigenza che, nel necessario rispetto dei principi di trasparenza e di tutela del mercato del lavoro, limitazioni alla possibilità di ricorso all’ulteriore subappalto possono essere disposte dalle stazioni appaltanti, purché specifiche e motivate nella documentazione di gara, in base ad una serie di parametri che lo stesso legislatore si premura di fissare.

In tal senso la nuova disciplina prevede che è ben possibile indicare *le prestazioni o le lavorazioni oggetto del contratto di appalto che, pur subappaltabili, non possono formare oggetto di ulteriore subappalto, in ragione delle specifiche caratteristiche dell’appalto e dell’esigenza, tenuto conto della natura o della loro complessità, di rafforzare il controllo delle attività di cantiere e più in generale dei luoghi di lavoro o di garantire una più intensa tutela delle condizioni di lavoro e della salute e sicurezza dei lavoratori oppure di prevenire il rischio di infiltrazioni criminali. Si prescinde da tale ultima valutazione quando i subappaltatori ulteriori siano iscritti nell’elenco dei fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori di cui al comma 52 dell’articolo 1 della legge 6 novembre 2012, n.190,*

ovvero nell’anagrafe antimafia degli esecutori istituita dall’articolo 30 del decreto-legge 17 ottobre 2016, n. 189, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 dicembre 2016, n. 229, ovvero nelle cosiddette white list.

Come appare evidente, il riportato ventaglio motivazionale è del tutto analogo a quello già utilizzato, nel comma 2 dell’articolo 119, per

Il subappalto cosiddetto “a cascata” ed il superamento del suo rigido divieto



1. Pag.72.

2. Fin dal suo avvio in data 24 gennaio 2019, infatti, la Commissione aveva rilevato che dall’obbligo di rispettare i principi di proporzionalità e parità di trattamento di cui all’articolo 18, paragrafo 1, della direttiva 2014/24/UE, all’articolo 36, paragrafo 1, della direttiva 2014/25/UE e all’articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2014/23/UE, risulta che gli Stati membri non possono imporre ai subappaltatori un divieto generale e universale di fare a loro volta ricorso ad altri subappaltatori. Questa conclusione è ulteriormente confermata dal fatto che, come spiegato nella sezione 1.3.A della presente lettera, le direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE non recano disposizioni che consentano di imporre un limite obbligatorio all’importo dei contratti pubblici che può essere subappaltato. Orbene, l’articolo 105, comma 19, del decreto legislativo 50/2016 vieta in modo generale e universale che le prestazioni subappaltate possano essere oggetto di ulteriore subappalto [...] ponendosi pertanto in violazione dell’articolo 18, paragrafo 1, e l’articolo 71, paragrafo 5, quinto comma, della direttiva 2014/24/UE; l’articolo 36, paragrafo 1, e l’articolo 88, paragrafo 5, quinto comma, della direttiva 2014/25/UE; l’articolo 3, paragrafo 1, e l’articolo 42, paragrafo 3, quarto comma, della direttiva 2014/23/UE”.

giustificare eventuali limitazioni quantitative delle prestazioni subappaltabili, incluso l'obbligo di darne riscontro nella documentazione di gara, salvo che nelle ragioni tecniche, che rappresentano il primo filone argomentativo a supporto delle opzioni restrittive, non trova in questo caso riscontro il riferimento alle opere specialistiche che, viceversa, è valorizzato nel predetto comma 2.

In questo senso la relazione precisa³ che *si è ritenuto di non fare rinvio alla norma generale in materia di subappalto, di cui al comma 2 dello stesso articolo, ma di prevedere uno specifico comma – appunto il comma 17 – sia per l'esigenza di rispondere puntualmente alla procedura di infrazione in corso, sia per rendere più chiara la necessità di un'apposita previsione nei documenti di gara che, nel prevedere il subappalto, si occupi anche del subappalto da parte del subappaltatore.*

Altra modifica di rilievo è poi quella costituita dalla mancata riproduzione della previsione, presente sin dalla legge Merloni (l.109/94), che, in caso di affidamento di incarichi per la redazione di progetti, vietava il subappalto della relazione geologica.

Al di fuori dall'articolo 105, infatti, l'articolo 31, comma 8, del d.lgs. 50/2016, stabiliva che il progettista affidatario di un appalto pubblico non poteva avvalersi del subappalto, fatta eccezione per indagini geologiche, geotecniche e sismiche, sondaggi, rilievi, misurazioni e

Saltato anche il divieto di subappalto delle relazioni geologiche?



Subappalti e subcontratti: chiarita la differenza



Le nullità collegate al divieto di cessione del contratto ed al superamento dei limiti del subappalto



picchettazioni, predisposizione di elaborati specialistici e di dettaglio, con esclusione delle relazioni geologiche, nonché per la sola redazione grafica degli elaborati progettuali.

Tale norma, nonostante le richieste provenienti dal Parlamento⁴, sotto

forma di osservazioni al testo del nuovo codice ad esso sottoposto in schema per il relativo parere, non risulta esser stata riprodotta.

Sul fronte dei chiarimenti giungono, poi, elementi di rilievo da quanto introdotto al comma 3, lettere a) e d), rispetto alle corrispondenti precedenti previsioni, secondo cui, negli appalti di forniture e di servizi, sono le prestazioni oggi definite come *secondarie, accessorie o sussidiarie* che, in quanto tali, laddove rese in favore dei soggetti affidatari del contratto principale, non costituiscono subappalto.

Rileva al riguardo lo stesso Consiglio di Stato, nella citata relazione che accompagna il codice⁵, come, soprattutto nel caso di cui *alla lettera d), la scelta sia stata quella di adeguarsi alla giurisprudenza in tema di prestazioni demandabili ai lavoratori autonomi e prestazioni esenti dalla disciplina del subappalto perché oggetto di rapporti esistenti prima dell'indizione della procedura di gara, limitando, in entrambi i casi, il riferimento alle prestazioni "secondarie, accessorie o sussidiarie".*

La precisazione, peraltro, rileva in termini più generali, in quanto idonea a porre fine, per lo meno nel campo delle forniture e dei servizi, all'annoso dibattito riguardante cosa debba intendersi

3. Pag.171

4. Il parere reso dalle competenti commissioni di Camera e Senato in data 21 febbraio 2023, al punto 48 richiede al Governo di valutare l'opportunità, con riferimento all'articolo 119, di escludere dal subappalto le relazioni geologiche e geo-idrologiche e di vietare sia il subappalto sia l'affidamento da parte dell'appaltatore a lavoratori autonomi, ai sensi dei precedenti commi, della relazione geologica e idrogeologica, rientranti nella Relazione tecnica di cui all'Allegato 1.7 quali elaborati specialistici essenziali redatti direttamente da tecnici abilitati.

5. Pag.170

per subappalto e subcontratto nel caso di appalti pubblici.

Ciò chiarendo che costituisce subappalto solo quel contratto che ripete nell'oggetto, a valle, quanto commissionato nell'affidamento principale, a monte; non lo è, viceversa, identificandosi nella più generale categoria dei subcontratti, assistiti da diverso regime, quello avente ad oggetto prestazioni secondarie, accessorie o sussidiarie, rispetto all'oggetto del contratto principale, ovvero le cosiddette prestazioni rese nell'interesse dell'appaltatore secondo la giurisprudenza prevalente.

In questo senso le modifiche più recenti rafforzano il significato dell'inciso già presente nello stesso comma 3, secondo il quale le prestazioni ivi specificamente indicate non configurano subappalti per la loro specificità.

Tale lettura sembra valere anche per i lavori, dove quei rapporti che proprio in forza dell'evidenziata non coincidenza di oggetto sarebbero di regola identificati come sub contratti, vengono, per scelta di legge, ricondotti alla disciplina del subappalto (ad esempio per l'autorizzazione degli stessi in luogo della semplice comunicazione dei dati riguardanti oggetto del contratto, nominativo del (sub) affidatario ed importo), laddove presentino le caratteristiche indicate al comma 2 dell'articolo 119.

In questo quadro altresì rileva la precisazione introdotta nel secondo periodo dello stesso comma 2, secondo la quale detta riconduzione riguarda il solo ambito dei lavori; nel primo periodo, è stato aggiunto l'inciso che indica le caratteristiche distintive del contratto di subappalto rispetto ad altri contratti, in tal senso indicando la necessità che l'organizzazione dei mezzi e i rischi siano a carico del subappaltatore.

Altro intervento a chiarimento evidenziato dalla

Ulteriori chiarimenti su categoria prevalente e responsabilità solidale in caso di pagamento diretto



Relazione riguarda la correzione terminologica riportata al comma 1 dell'articolo 119, volta a rimediare ad un'imprecisione teorica riguardante il regime delle nullità collegato al divieto di cessione del contratto ed ai limiti del subappalto, prevedendo che la nullità riguarda il contratto di cessione e gli accordi in deroga ai limiti normativi del subappalto, mentre l'ambigua formulazione dell'art. 105, comma 1, riferiva la nullità, piuttosto, al contratto ceduto⁶.

E' da registrare, ancora, al terzo periodo del comma 1, la correzione del preesistente riferimento alle categorie prevalenti in favore dell'esigenza, da più parti sollecitata, di riferirsi alla nozione di *categoria prevalente* che, come è noto, è una ed una sola. Nello stesso senso si evidenzia quanto relativo al superamento del regime di responsabilità solidale dell'impresa principale, in caso di pagamento diretto del subappaltatore, per i soli obblighi retributivi e contributivi, come indicato in fine al comma 6, che oggi correttamente richiama il secondo periodo, non più il primo, del comma in parola.

Risulta, infine, mantenuta, in coordinamento con quanto previsto dall'articolo 11 in tema di principi generali, in questo caso riferiti all'applicazione dei contratti collettivi nazionali e territoriali, la disciplina delle tutele economiche e normative dei lavoratori dipendenti dal subappaltatore e la responsabilità solidale dell'affidatario con il subappaltatore in merito agli obblighi di sicurezza previsti dalla normativa vigente. Nello stesso

senso l'articolo 57, comma 1, del codice specifica che le clausole sociali debbano garantire le stesse tutele economiche e normative per i lavoratori in subappalto rispetto ai dipendenti dell'appaltatore, contro il lavoro irregolare, ciò che andrebbe inteso come riferito a subappalti posizionati a qualsiasi livello della filiera esecutiva.

Tutele economiche e normative per i lavoratori a qualsiasi livello il subappalto si ponga (?)



6. Così pag. 170.

2. Problemi operativi riguardanti il subappalto "a cascata"

Ciò posto vengono quindi in evidenza non poche questioni di carattere operativo legate al subappalto "a cascata", principalmente sul fronte dell'individuazione e della gestazione del regime autorizzatorio, delle responsabilità per le prestazioni eseguite, della qualificazione degli operatori economici specie in caso di appalti di lavori, dell'applicazione del regime antimafia.

La prima questione riguarda se e chi debba occuparsi di autorizzare gli ulteriori livelli di subappalto, successivi rispetto al primo.

La relativa soluzione si pone in modo differente a seconda della natura pubblicistica o privatistica che si intende dare al rapporto in questione.

Infatti, fermo restando che anche ai sensi del codice civile il subappalto necessita comunque di autorizzazione (*L'appaltatore non può dare in subappalto l'esecuzione dell'opera o del servizio, se non è stato autorizzato dal committente;* così art. 1656 cod. civ.), il tema riguarda chi è il soggetto deputato a renderla nel caso che qui interessa: nell'ottica pubblicistica dovrà esser sempre l'Amministrazione aggiudicatrice anche per i livelli ulteriori al primo; nell'ottica privatistica sarà l'impresa che avrà affidato l'esecuzione delle prestazioni di propria competenza a terzi titolare del diritto di autorizzare l'ulteriore affidamento del terzo ad altro operatore economico, via via così discendendo lungo tutta la filiera.

Al riguardo l'unico precedente utilizzabile in merito è quello di cui al vecchio articolo 18 della legge 19 marzo 1990, n. 55, recante *Nuove disposizioni per la prevenzione della delinquenza di tipo mafioso e di altre gravi forme di manifestazione di pericolosità sociale che, al comma 12, disponeva che il subappaltatore non poteva subappaltare a sua volta i lavori salvo che per la fornitura con posa in opera di impianti e di strutture speciali da individuare con il regolamento; in tali casi il fornitore o subappaltatore, per la posa in opera o il montaggio, può avvalersi di imprese di propria fiducia per le quali non sussista alcuno dei divieti di cui al comma 3, numero 5, con obbligo*

dell'appaltatore di comunicare alla stazione appaltante, per tutti i sub-contratti stipulati per l'esecuzione dell'appalto, il nome del sub-contrattante, l'importo del contratto, l'oggetto del lavoro, servizio o fornitura affidati. A sua volta, il citato numero 5 del comma 3, tra le condizioni di autorizzazione del subappalto prescriveva che non dovesse sussistere, nei confronti dell'affidatario del subappalto o del cottimo, alcuno dei divieti previsti dall'articolo 10 della legge n. 575 del 1965, e successive modificazioni.

Il precedente non chiarisce tutti i dubbi ma ciò che sicuramente emerge è che l'idoneità antimafia è un requisito che va verificato lungo l'intera filiera dei subappalti ed in tal senso il relativo "via libera" (autorizzazione?) all'ulteriore subaffidamento non potrà che collocarsi in capo all'amministrazione.

L'autorizzazione dei livelli di subappalto successivi al primo



Il passaggio per l'antimafia, e comunque per la disciplina del monitoraggio dei flussi finanziari, ai sensi della legge n.136 del 2010 senz'altro applicabile a tutti subcontratti stipulati per l'esecuzione dell'appalto, porterebbe a confermare la natura pubblicistica dell'autorizzazione di tutti i subappalti a valle di un contratto pubblico, a prescindere quindi dal livello in cui ciascuno si colloca.

La centralità del regime autorizzatorio nei termini descritti risulta peraltro confermato dalle precisazioni portate dal nuovo codice al comma 10 secondo le quali, l'affidatario sostituisce, *previa autorizzazione della stazione appaltante*, i subappaltatori relativamente ai quali, all'esito di apposita verifica, sia stata accertata la sussistenza di cause di esclusione.

Rispetto alle altre tematiche aperte dalla subappaltabilità delle prestazioni affidate "a cascata" rileva altresì il tema delle responsabilità per le prestazioni eseguite, rispetto al quale occorrerà procedere, semmai, su base contrattuale.

In questo senso, infatti, costituisce già una palese forzatura del sistema giuridico generale il fatto di aver previsto, per legge, la responsabilità solidale del subappaltatore cosiddetto "di primo livello" accanto all'appaltatore principale. In assenza di

Tutele lungo tutta la filiera



una relazione contrattuale diretta solo una specifica disposizione poteva, infatti, generare un simile effetto, ragion per cui appare difficile procedere estendendo detta regola a tutta la filiera.

Quanto alla qualificazione degli operatori economici affidatari degli ulteriori livelli di subappalto, il tema discende dalla natura del regime autorizzatorio che, se ricondotto al contesto pubblicistico, non potrà prescindere dalle valutazioni di adeguatezza da rendersi dalle stazioni appaltanti lungo tutta la filiera, inclusa la qualificazione secondo il sistema unico (SOA) adeguata alle prestazioni da eseguire per il caso dei lavori. In questo caso anche il tema del riconoscimento delle prestazioni eseguite tramite rilascio della relativa certificazione riguarderà i subappaltatori di qualsiasi livello.

Da considerare, infine, le previsioni di cui al comma 12 dell'articolo 119.

In base ad esse il subappaltatore, da ritenersi di qualsiasi livello, deve garantire gli stessi standard qualitativi e prestazionali previsti nel contratto di appalto principale e riconoscere ai lavoratori un trattamento economico e normativo non inferiore a quello che avrebbe garantito il contraente principale. Tutti i subappaltatori, inoltre, dovranno applicare i medesimi contratti collettivi nazionali di lavoro del contraente principale, qualora le attività oggetto di esecuzione coincidano con quelle caratterizzanti l'oggetto dell'appalto oppure riguardino le lavorazioni relative alle categorie prevalenti e siano incluse nell'oggetto sociale del contraente principale.

Anche i costi della sicurezza e della manodopera dovranno essere garantiti per tutta la filiera, venendo corrisposti a tutte le imprese subappaltatrici senza alcun ribasso.

Il compito di verificare l'effettivo rispetto di quanto precede ricade sul Responsabile del procedimento per la fase esecutiva e sul RUP, sul direttore dei lavori, sul coordinatore della sicurezza in fase di esecuzione ovvero sul direttore dell'esecuzione.

3. Le norme rinviate al 1° gennaio 2024

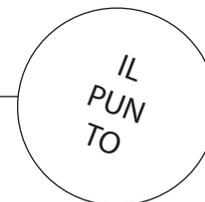
Resta da evidenziare che, ai sensi delle modifiche da ultimo apportate all'originaria disciplina transitoria, di cui al comma 2 dell'articolo 225, le previsioni di cui al comma 5 dell'articolo 119 acquisteranno efficacia solo dal 1° gennaio 2024. Fino a tale data continuerà ad applicarsi, per espressa disposizione di legge, il comma 7 del vecchio articolo 105.

Trattasi di un rinvio legato al tema pubblicità, digitalizzazione, operatività ed interoperabilità della Banca Dati Unica dei Contratti Pubblici, rilevante anche per altri contesti del nuovo codice, che il legislatore ha inteso complessivamente posporre.

La differenza, che si vuole qui evidenziare, tra vecchio e nuovo regime si lega, al momento, al fatto che mentre il nuovo comma 5 prevede che, ai fini autorizzatori, l'affidatario *trasmette* il contratto di subappalto alla stazione appaltante almeno venti giorni prima della data di effettivo inizio dell'esecuzione delle relative prestazioni, il vecchio comma 7 prevede il *deposito* del predetto atto.

Le commissioni di gara nel nuovo Codice dei contratti

di Stefano Usai



Premessa

Il nuovo Codice dei contratti (declinato nel decreto legislativo 36/2023) innova profondamente la disciplina in tema di commissioni di gara e, in particolare, sui rapporti tra RUP ed il collegio valutatore a lungo oggetto di contrasti giurisprudenziali.

La prima, relevantissima, novità rispetto al Codice del 2016 è data dalla chirurgica previsione di una norma *ad hoc* per la commissione di gara negli appalti del sottosoglia ed una differente per le commissioni di gara nel sopra soglia.

La prima norma, come meglio si vedrà più avanti, è contenuta nell'articolo 51 e quindi in quel micro sistema normativo dedicato espressamente agli appalti del sottosoglia comunitario (micro sistema composto dagli artt. 48/55). La seconda disposizione, la cui gran parte della disciplina è applicabile anche agli appalti sottosoglia, trova allocazione nell'articolo 93 del Codice.

1. La commissione di gara negli appalti del sottosoglia comunitario

L'articolo 51, rubricato "Commissione giudicatrice" (come l'articolo 93) - e anche questo è un tratto particolare - risulta composto da un unico comma essenziale e si riferisce, come anticipato, agli appalti del sottosoglia da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Con il comma, gli estensori hanno chiarito 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"*.

Dalla lettura della norma emerge chiaramente che principale preoccupazione del legislatore è stata quella di meglio definire la posizione del RUP ed in questo si registra la novità di maggior rilevanza. Il fatto che il RUP possa far parte o addirittura presiedere il collegio, questo ultimo ruolo solo

nel sottosoglia visto che la funzione rimane dirigenziale, dovrebbe avere per effetto la definitiva cessazione del contrasto giurisprudenziale sulle incompatibilità del RUP a far parte del collegio giudicatore.

E' noto che, nonostante il comma 4 dell'articolo 77 del Codice del 2016, spesso in giurisprudenza si è affermata l'illegittima posizione del RUP che avesse "scritto" o definito la legge di gara (ad esempio deciso il criterio di aggiudicazione dell'appalto).

Questo conflitto/incompatibilità è destinato/a a venire meno per gli appalti avviati dal 1° luglio 2023 considerato che, come si legge nell'articolo 93 (e si vedrà meglio più avanti), tra le cause di incompatibilità non è più prevista la causa determinata dall'aver predisposto atti endoprocedimentali relativi alla procedura di gara (come, appunto, aver partecipato alla stesura della legge di gara etc).

2. Il ruolo di presidente del collegio

Altro aspetto che non poteva sfuggire agli estensori del nuovo Codice è che la funzione di presidente della commissione di gara (così come quella della commissione di concorso) è una funzione dirigenziale (ovvero un compito che spetta solo al dirigente o, negli enti privi di dirigenti, ai responsabili di servizio).

Ed in certi casi, il RUP non coincide con il dirigente/responsabile del servizio perciò si è reso necessario modificare l'articolo 107 del decreto legislativo 267/2000, al terzo comma lett. c.) con la specifica previsione secondo cui nel sottosoglia la commissione di gara può essere presieduta dal RUP.

La modifica è prevista nell'articolo 224, comma 3, del nuovo Codice e verrà innestata nel comma citato a far data dal 1° luglio 2023

Il nuovo Codice dei contratti (declinato nel decreto legislativo 36/2023) innova profondamente la disciplina in tema di commissioni di gara e, in particolare, sui rapporti tra RUP ed il collegio valutatore a lungo oggetto di contrasti giurisprudenziali



Altro aspetto che non poteva sfuggire agli estensori del nuovo Codice è che la funzione di presidente della commissione di gara (così come quella della commissione di concorso) è una funzione dirigenziale



(data di efficacia del Codice).

La previsione, oltre a chiarire come detto un dibattito che ha determinato un contrasto giurisprudenziale non irrilevante, consente al contempo di fare alcune considerazioni.

La prima, è che una esplicita disposizione di questo tipo afferma definitivamente che il RUP non necessariamente deve coincidere con l'apicale della struttura/servizio. Se così fosse – come da molti erroneamente creduto -, la norma non sarebbe stata necessaria.

La seconda riflessione è che il RUP non adotta la determina di nomina della commissione ma si limita a proporla visto che la scelta di svolgere il ruolo di presidente o di componente non può essere rimessa ad una sua valutazione.

La valutazione non può che essere rimessa al dirigente/responsabile del servizio che, trovandosi ad avere nominato un RUP con sufficiente esperienza e competenza, può decidere, con decisione successiva alla nomina (per salvaguardare le necessarie esigenze di segretezza che impongono che la nomina del collegio debba avvenire dopo la scadenza dei termini di presentazione delle offerte), può valutare di nominare il RUP come presidente o come componente.

La posizione del RUP, pertanto, rispetto al passato è del tutto particolare visto che pur essendo il responsabile del progetto, riguardo alla sua posizione dovrà "concertare" o sentire il proposito del proprio dirigente/responsabile del servizio circa la partecipazione (o addirittura la presidenza) della commissione di gara.

La norma, altresì, segna il definitivo abbandono (e ciò è stato richiesto con la legge "quadro" n. 78/2022) del proposito di attingere i commissari dall'albo degli esperti a gestione ANAC.

La norma, pone infine, un'ultima questione: quella relativa alla nomina del RUP.

Come noto, l'articolo 15, per effetto delle modifiche intervenute in fase di approvazione definitiva del nuovo impianto normativo, ha rimesso la nomina del RUP – in modo impersonale –, alla stazione appaltante che è tenuta a scegliere preferibilmente tra i dipendenti assegnati al servizio/settore inciso dall'appalto.

Nello schema, invece, ed in modo sicuramente appropriato, la nomina veniva rimessa al dirigente/responsabile titolare del potere di spesa interessato dall'appalto.

E' chiaro che nella pratica operativa non cambia nulla, nonostante la modifica, visto che il RUP rimane di nomina gestionale (ovvero tale prerogativa deve ritenersi rimessa al dirigente/responsabile del servizio che potrebbe anche assumere direttamente l'incarico non assegnandolo ad altri).

Ma è proprio la norma sulle commissioni di gara che impone che il RUP sia un soggetto competente ed esperto in procedure di questo tipo, stante la possibilità di svolgere anche il ruolo di presidente (nel sottosoglia) che esige, appunto, la nomina di un soggetto in grado di presidiare uno dei momenti più delicati della gara.

Per il resto della disciplina, anche per il sottosoglia dovranno essere applicate le norme contenute nell'articolo 93 che ora si esamineranno (salvo voler pensare che nel sottosoglia non esistano norme e principi particolari da rispettare).

3. La commissione di gara nel sopra soglia comunitario

Come anticipato, una disciplina compiuta sul collegio giudicatore si trova nell'articolo 93 e quindi per la commissione di gara nel sopra soglia. La norma, nel suo primo comma, ricorda che il collegio

Il RUP rimane di nomina gestionale ovvero deve ritenersi rimesso al dirigente/responsabile del servizio che potrebbe anche assumere direttamente l'incarico non assegnandolo ad altri



è indispensabile nelle procedure in cui il contratto deve essere aggiudicato secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Come da tradizione, e questo vale anche per le commissioni del sottosoglia ovviamente, la nomina deve avvenire *"dopo la scadenza del termine per la presentazione delle offerte"*.

Il primo comma si chiude con la precisazione – che oggi si legge

anche nelle linee guida ANAC n. 3 (che cesseranno di avere efficacia al 1° luglio 2023) –, ovvero che la commissione, *"su richiesta del RUP, svolge anche attività di supporto per la verifica dell'anomalia"*.

In modo coerente, quindi, con quanto previsto nell'allegato I.2 (dedicato ai requisiti e ai compiti del RUP) si chiarisce al contempo che il

sub-procedimento di verifica dell'anomalia rimane di competenza del responsabile unico del progetto e che questo soggetto organizza lo sviluppo del procedimento correlato individuando anche soggetti che possano collaborare (come la commissione di gara).

Altra norma generale, anch'essa tradizionale è declinata nel secondo comma sul numero massimo di componenti (sempre in numero dispari non superiore a 5) e sul fatto che i commissari (ed anche il presidente) devono essere *"esperti nello specifico settore cui si riferisce l'oggetto del contratto"*.

Come da giurisprudenza costante, infatti, non si esige che

ciascun componente sia esperto nella materia degli appalti ben potendo desumersi, la competenza/esperienza, dal complesso di quelle espresse nel collegio. Questo significa che un componente potrà essere esperto, ad esempio, in diritto amministrativo ed un altro in appalti etc.

Con lo stesso atto di nomina di competenza del dirigente/responsabile del servizio potranno

anche essere individuati i membri supplenti che potranno subentrare in caso di defezione di uno dei commissari. La sostituzione del presidente, evidentemente, dovrà avvenire con un soggetto – se diverso dal RUP –, con funzioni dirigenziali/gestionali.

4. I componenti

Il terzo comma, anch'esso inedito soprattutto se rimesso a confronto con la previsione degli artt. 77/78 che imponevano una scelta tramite sorteggio dall'albo degli esperti ANAC. La nuova norma stabilisce, condizionando la scelta dei commissari, una precisa gerarchia che il dirigente/responsabile del servizio deve seguire privilegiando, in primo luogo i dipendenti della stazione appaltante, in secondo luogo, in caso di certificata carenza o incompatibilità tali da non consentire la nomina del collegio interno, scegliendo tra i dipendenti di altre pubbliche amministrazioni. Infine, come estrema ratio – ipotesi residuale –, rimane la scelta tra commissari esterni.

Nella relazione tecnica si evidenzia che la scelta è stata disposta in questo modo anche per motivazioni economiche.

In caso di commissari interni, evidentemente, non è previsto alcun compenso. Allo stesso modo si dovrebbe ragionare nel caso di commissari di altre pubbliche amministrazioni se l'orario in cui si svolgono i lavori della commissione, viene definito come orario d'ufficio.

Nel sopra soglia, altra novità meno intensa rispetto a quella stabilita nell'articolo 51, è che il RUP può far parte della commissione.

La previsione, in realtà, si limita a ripetere quella già prevista nel comma 4 dell'articolo 77.

In questo caso, quindi, deve ritenersi escluso che negli appalti sopra soglia, da aggiudicarsi con il multicriterio, il RUP possa presiedere la commissione di gara. Evidentemente potrà farlo solo se la figura in parola coincidesse con il

dirigente/responsabile del servizio.

In ogni caso, l'ultimo periodo del comma in commento puntualizza che, *"Le nomine di cui (...) sono compiute secondo criteri di trasparenza, competenza e rotazione"*.

Sulla trasparenza rimane l'obbligo di pubblicare i curricula dei commissari (fino al 31 dicembre 2023 continuerà ad applicarsi la disposizione contenuta nell'articolo 29 del Codice del 2016, la norma omologa del nuovo Codice (l'art. 28) troverà applicazione solo dal 1° gennaio 2024).

5. Le modalità di convocazione e le incompatibilità

Il quarto comma ammette la possibilità (e non l'obbligo) che la commissione operi in modalità telematiche - sempre nell'osservanza delle regole della riservatezza delle comunicazioni -.

Il secondo periodo del comma in commento richiama le piattaforme telematiche di approvvigionamento (art. 25) di cui le stazioni appaltanti a far data dal 1° gennaio 2024 dovranno dotarsi.

Il periodo specifica, evidentemente, che *"La commissione opera attraverso la piattaforma di approvvigionamento digitale per la valutazione della documentazione di gara e delle offerte dei partecipanti"*.

Il comma 5, come anticipato, elenca le ipotesi di incompatibilità. L'aspetto di maggior rilievo è che dal lotto delle cause di incompatibilità è stata espunta, come già detto, opportunamente, quella relativa al fatto di aver collaborato/predisposto la legge di gara e/o atti endoprocedimentali. Modifica che consente, come detto, la partecipazione del RUP nel collegio.

Più nel dettaglio, il comma 5 ricorda (come da tradizione) che

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

Il comma 5, come anticipato, elenca le ipotesi di incompatibilità. L'aspetto di maggior rilievo è che dal lotto delle cause di incompatibilità è stata espunta, opportunamente, quella relativa al fatto di aver collaborato/predisposto la legge di gara e/o atti endoprocedimentali.



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".

Uno degli aspetti su cui appare opportuno soffermarsi è dato dal richiamo alla rotazione. Con il Codice del 2016 la giurisprudenza ha ritenuto che la rotazione non potesse operare fino all'avvio della dinamica di scelta dall'albo dei commissari. Con il nuovo Codice invece, si deve ritenere che l'eventuale vizio di rotazione possa essere censurato innanzi al giudice amministrativo, pertanto è necessario che il RUP presti particolare attenzione a questa richiesta.

6. La riconvocazione della commissione di gara

Una novità di rilievo, rispetto al comma 11 dell'articolo 77 del Codice del 2016, si registra nel comma 6 dell'articolo in commento.

Infatti, a differenza del citato la stazione appaltante può decidere, in modo motivato, di non riconvocare la stessa commissione di gara nel caso di *"in caso di rinnovo del procedimento di gara per effetto dell'annullamento dell'aggiudicazione o dell'esclusione di taluno dei concorrenti, (...) tranne quando l'annullamento sia derivato da un vizio nella composizione della commissione"*.

Ai sensi della prescrizione dell'articolo 77, la stazione appaltante non ha alcun potere discrezionale dovendo procedere con la riconvocazione della stessa commissione di gara.

Con il nuovo Codice, invece, sarà possibile non riconvocare lo stesso collegio – salvo che l'illegittimità non dipenda da un difetto della stessa commissione –, ma il RUP dovrà attentamente motivare il caso.

7. Il seggio di gara

Ulteriore novità viene innestata nel comma 7 dell'articolo in commento che, per la prima volta, introduce una disciplina del seggio di gara. Il Codice, quindi, disciplina – senza particolari rigori –, la possibilità di nominare, negli appalti da aggiudicarsi al ribasso un organismo tecnico, anche monocratico, che si occupa della valutazione (operazione meramente aritmetica) delle offerte.

La norma, ovviamente, impone anche per evidenti ragioni economiche che i componenti vengano scelti all'interno della stazione appaltante sempre secondo criteri di *"di trasparenza e competenza, al quale si*

applicano le cause di incompatibilità di cui alle lettere b) e c) del comma 5".

Non si richiama, quindi, oltre alla causa di incompatibilità determinata dall'aver fatto parte di organi politici nel biennio precedente all'indizione della procedura, la rotazione.

I componenti quindi non devono ruotare anche perché le operazioni da compiere sono scevre da ogni discrezionalità.

Da notare che questo seggio di gara viene chiamato per valutare le offerte ma nulla esclude che possa essere utilizzato anche per la previa escussione documentale e/o verifica successiva dei requisiti dietro coordinamento del RUP (chiamato a far propri i verbali).

Ulteriore novità viene innestata nel comma 7 dell'articolo in commento che, per la prima volta, introduce una disciplina del seggio di gara



La grande sfida del nuovo Codice: la digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti.

di Alessandra Verde

IL
PUN
TO

Premessa

Una delle principali novità del nuovo Codice dei contratti, approvato con decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36, è la digitalizzazione dell'intero ciclo di vita dei contratti. Ad essa, per sottolinearne la rilevanza, è dedicata un'intera Parte (la Parte II del Libro I) del decreto.

Si tratta di una grande sfida: attraverso la completa digitalizzazione dei contratti pubblici si vuole semplificare e velocizzare tutte le fasi del ciclo di vita dei contratti, migliorare la qualità e la tempestività dei dati raccolti e garantire una maggiore trasparenza e condivisione delle informazioni. Attraverso la completa digitalizzazione del sistema si mira inoltre a realizzare un monitoraggio tempestivo e continuo del mercato prevenendo eventuali fenomeni distorsivi.

Lo scopo ultimo è quindi quello di favorire la realizzazione, in chiave moderna, della riforma del sistema economico-sociale del Paese. Non a caso, la digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti coincide con uno degli obiettivi principali del PNRR e persegue il duplice scopo di rilanciare economicamente l'Italia, tenuto conto della rilevante fetta di PIL che il settore delle commesse pubbliche costituisce, e di rappresentare <<una efficace misura di prevenzione della corruzione

in quanto consente trasparenza, tracciabilità, partecipazione, controllo di tutte le attività, in modo da assicurare il rispetto della legalità>> come si legge nella Relazione illustrativa al Codice. <<Il settore delle commesse pubbliche – prosegue la Relazione – rappresenta, infatti, un'attività fortemente esposta a condotte corruttive, in ragione del potenziale economico che esprime e, quindi, occorrono presidi efficaci e qualificati per fare in modo che le risorse stanziare non vengano distolte dal perseguimento degli interessi pubblici>>.

La digitalizzazione diventa, in altri termini, la via per assicurare l'efficacia e l'efficienza dell'azione amministrativa nonché per rafforzare il rispetto delle regole. L'obiettivo del legislatore è quello di creare un'unica piattaforma centralizzata dei contratti pubblici in cui confluiscono i principali dati e informazioni relative ai contratti pubblici e agli operatori economici coinvolti e alla quale devono collegarsi tutte le banche dati e i sistemi informativi che svolgono a qualunque titolo una funzione nell'ambito degli appalti pubblici.

Ci si riferisce alle varie piattaforme di *e-procurement* distribuite nel territorio nazionale, alle banche dati dei vari enti pubblici certificatori per quanto attiene alla verifica del possesso dei requisiti, ecc., ai siti istituzionali di tutte le stazioni appaltanti che ad

essa devono collegarsi per ragioni di pubblicità e trasparenza, e così via.

Più precisamente, è proprio prevista la nascita di un "ecosistema nazionale di approvvigionamento digitale (*e-procurement*)" (cfr. art. 22) costituito dalle piattaforme e dai servizi digitali infrastrutturali abilitanti la gestione del ciclo di vita dei contratti pubblici e dalle piattaforme di approvvigionamento digitale utilizzate dalle stazioni appaltanti, che, nel loro insieme, concorrono unitariamente al raggiungimento dell'obiettivo. Non solo: è espressamente previsto che la digitalizzazione non riguardi solo la fase dell'espletamento delle procedure di affidamento ma tutte le fasi che costituiscono il ciclo di vita dei contratti pubblici, ossia la **programmazione**, la **progettazione**, la **pubblicazione**, l'**affidamento** e l'**esecuzione** (cfr. art. 21).

Si tratta di un traguardo decisamente ambizioso e di non facile realizzazione. Non a caso, a differenza di quanto previsto per le altre norme del Codice, l'efficacia di tutte le disposizioni connesse alla digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti è posticipata al 1° gennaio 2024, al fine di dare il tempo a tutte le amministrazioni e agli altri soggetti coinvolti di adeguare i propri sistemi informatici e garantire l'effettiva interoperabilità tra gli stessi. Non può escludersi che tale data di avvio possa subire ulteriori slittamenti, a causa del fatto che le procedure di adattamento dei sistemi informatici potrebbero richiedere più tempo del previsto.

1. I principi alla base della digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti

Il tema della digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti è disciplinato in particolare agli articoli da 19 al 31 del nuovo Codice. La Parte II contiene invero anche le disposizioni afferenti i vari tipi di procedure di affidamento interamente

informatizzati, già note perché disciplinate in modo non dissimile dal vecchio Decreto legislativo n. 50 (sistemi dinamici di acquisizione, aste elettroniche, cataloghi elettronici) nonché le norme in materia di accesso agli atti, materia che, per la sua peculiarità e rilevanza, merita naturalmente una trattazione separata.

In primo luogo occorre comprendere che cosa il legislatore intenda per digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti pubblici. Nell'art. 19 si legge che <<le attività e i procedimenti amministrativi connessi al ciclo di vita dei contratti pubblici sono svolti digitalmente, (...), mediante le piattaforme e i servizi digitali infrastrutturali delle stazioni appaltanti e degli enti concedenti; i dati e le informazioni a essi relativi sono gestiti e resi fruibili in formato aperto>>.

Tutte le fasi di vita dei contratti devono quindi essere interamente digitalizzate. Per fare ciò i soggetti titolari di banche dati devono adottare <<le necessarie misure organizzative e di revisione dei processi e dei regolamenti interni per abilitare automaticamente l'accesso

digitale alle informazioni disponibili presso le banche dati di cui sono titolari, mediante le tecnologie di interoperabilità dei sistemi informativi secondo le previsioni e le modalità>> del Codice dell'amministrazione digitale (CAD).

Di particolare rilievo è la declaratoria dei principi su cui deve fondarsi questo processo di grande rinnovamento del settore dei contratti pubblici: coerentemente con l'assetto dell'intero Codice che parte dall'enunciazione dei principi fondamentali, anche la Parte in esame comincia con l'individuazione dei "principi e diritti digitali" che permeano di sé tutta la disciplina *de qua*.

I principi fondamentali sono: la neutralità tecnologica, la trasparenza, la protezione dei dati personali, la sicurezza informatica. Questi, nel

A decorrere dal 1° gennaio 2024, acquistano efficacia le disposizioni del Codice riguardanti la digitalizzazione dell'intero ciclo di vita dei contratti pubblici. Entro tale data, quindi, l'ANAC, le stazioni appaltanti, tutti gli enti certificatori e tutti gli altri soggetti coinvolti dovranno adeguare i propri sistemi informatici per dar vita all'Ecosistema nazionale di approvvigionamento digitale.



loro complesso, consentono di dare vita al c.d. **diritto di cittadinanza digitale**¹, inteso come quell'insieme di diritti e doveri che ha lo scopo di semplificare il rapporto tra cittadini, imprese e pubblica amministrazione tramite le tecnologie digitali e consentire a tutti l'accesso a dati, documenti e servizi di loro interesse in modalità digitale.

Oltre ai principi sopra enunciati, viene proclamato l'importante principio dell'unicità dell'invio (*once only*) (art. 19, comma 2) nonché il principio dell'unicità del luogo di pubblicazione e dell'invio delle informazioni ai fini della trasparenza (art. 20, comma 2).

Vediamo nel dettaglio il contenuto degli enunciati principi.

Se i concetti di trasparenza, protezione dei dati personali e sicurezza informatica sono ampiamente conosciuti in quanto disciplinati già da tempo dal legislatore nazionale ed europeo², il principio di neutralità tecnologica merita un approfondimento. Per neutralità tecnologica si intende il fatto che l'utilizzo della tecnologia debba assumere sempre un ruolo servente, per accrescere l'efficacia e l'efficienza dei processi decisionali, ma non può mai implicare un arretramento delle garanzie o dei diritti degli operatori economici né dei doveri gravanti sulle pubbliche amministrazioni. In altri termini, le piattaforme informatiche coinvolte nel ciclo di vita dei contratti devono garantire il pieno rispetto della normativa, senza alterare in

I principi fondamentali su cui si fonda la digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti sono la neutralità tecnologica, la trasparenza, la protezione dei dati personali, la sicurezza informatica, l'accessibilità, il principio dell'unicità dell'invio; tutti principi che, nel loro insieme, danno vita al c.d. diritto di cittadinanza digitale.



alcun modo la *par condicio* tra gli operatori economici ma rendendo più agevole e non aumentando o complicando le incombenze gravanti sugli addetti ai lavori.

Innovativo è poi il principio dell'unicità dell'invio, per cui nei rapporti tra amministrazioni e operatori economici, nell'ambito del settore degli appalti, i dati e le informazioni dovranno essere forniti una sola volta. Essi, se già in possesso di un'amministrazione, devono essere resi disponibili agli altri enti d'ufficio, mediante accesso alla banca dati dell'ente custode del dato o dell'informazione.

Tale principio presuppone la

piena interoperabilità tra i vari sistemi informatici, che renda effettivamente accessibili le banche dati gestite dalle diverse amministrazioni coinvolte.

2. Gli altri principi della digitalizzazione

Altrettanto rilevante per la sua utilità in concreto è l'unicità del luogo di pubblicazione e di invio delle informazioni ai fini della trasparenza.

Non vi è funzionario di stazione appaltante che non si dolga per l'enorme mole di adempimenti ai fini di trasparenza che ciascuna amministrazione è costretta quotidianamente a gestire; incombenza aggravata dal fatto che le medesime informazioni devono essere trasmesse o caricate in differenti portali, con conseguente rischio di errori, dimenticanze o, comunque, duplicazioni inutili.

1. La piena transizione digitale cui mira il Codice dei contratti è in linea con quanto sta accadendo in primis a livello europeo. Si pensi, tra le altre, alla proposta della Commissione del 26 gennaio 2022, rivolta al Parlamento europeo ed al Consiglio, di sottoscrizione di una "Dichiarazione sui diritti ed i principi digitali", che muove nella direzione di un rafforzamento di questi diritti, avvertito come necessario, tanto che la dichiarazione dovrebbe assumere una funzione integrativa della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione.

2. Si pensi alla complessa normativa in materia di anticorruzione e trasparenza, al GDPR in materia di protezione dei dati personali e al Codice dell'amministrazione digitale che disciplina anche la sicurezza informatica. Tali settori, tra l'altro, sono presidiati da importanti Autorità indipendenti – ANAC e Garante dei dati personali - ed Agenzie (AgID e ACN-Agenzia per la cybersicurezza nazionale) che monitorano e vigilano sul rispetto e sulla corretta applicazione di tali principi.

L'art. 28 stabilisce in merito che le informazioni e i dati relativi all'intero ciclo di vita dei contratti sono trasmessi tempestivamente alla Banca dati nazionale dei contratti pubblici attraverso le piattaforme digitali di *e-procurement*, e che le stazioni appaltanti devono assicurare il collegamento tra la sezione «Amministrazione trasparente» del sito istituzionale e la Banca dati nazionale dei contratti pubblici, così che l'invio dei dati alla BDNCP soddisfi contemporaneamente anche l'obbligo di legge di pubblicare i dati sui contratti nel profilo di committente di ciascuna stazione appaltante.

Altro importante principio enunciato nell'art. 19 è quello della tracciabilità e della trasparenza delle attività svolte, l'accessibilità ai dati e alle informazioni nonché la conoscibilità dei processi decisionali automatizzati. In merito a tale ultimo aspetto, in particolare, lo stesso art. 19 precisa che <<ove possibile e in relazione al tipo di procedura di affidamento, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti ricorrono a procedure automatizzate nella valutazione delle offerte>>.

Le modalità specifiche con cui questo accade è poi meglio descritto nel successivo art. 30, nel quale si stabilisce che <<le decisioni assunte mediante automazione rispettano i principi di:

a) **conoscibilità e comprensibilità**, per cui ogni operatore economico ha diritto a conoscere l'esistenza di processi decisionali automatizzati che lo riguardano e, in tal caso, a ricevere informazioni significative sulla logica utilizzata; b) **non esclusività della decisione algoritmica**, per cui comunque esiste nel processo decisionale un contributo umano capace di controllare, validare ovvero smentire la decisione automatizzata; c) **non discriminazione algoritmica**, per cui il titolare mette in atto misure tecniche e organizzative adeguate al fine di impedire effetti discriminatori nei confronti degli operatori economici>>.

Compito delle stazioni appaltanti è conseguentemente

quello di porre in essere ogni misura tecnica e organizzativa utile a garantire l'esattezza dei dati, la minimizzazione del rischio di errori e ad evitare qualunque tipo di discriminazione tra le persone fisiche.

Corollario all'effettiva attuazione dei summenzionati principi, con particolare riferimento alla sicurezza informatica e alla protezione dei dati personali, è la formazione e l'aggiornamento costanti del personale impiegato nelle stazioni appaltanti, addetto alla gestione dei sistemi informatici e delle procedure digitalizzate (*cf.* art. 19, comma 9). La qualificazione tecnica di chi deve gestire le procedure digitali e il suo costante aggiornamento, adeguato alla rapidità con cui il mondo del digitale si evolve, devono essere una priorità nelle scelte organizzative, programmatiche e contrattuali della pubblica amministrazione.

3. L'ecosistema nazionale di *e-procurement*

L'art. 22 del nuovo Codice descrive il c.d. ecosistema nazionale di *e-procurement*, ovvero tutto il sistema di piattaforme e servizi digitali infrastrutturali che, una volta istituiti se non ancora esistenti o, comunque, una volta resi pienamente interoperabili e integrati tra loro, consentiranno la gestione interamente digitale di tutte le fasi del ciclo di vita dei contratti.

Il nuovo Codice stabilisce che, per quanto possibile, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti debbano ricorrere a procedure automatizzate nella valutazione delle offerte, naturalmente, nel pieno rispetto dei principi di conoscibilità e comprensibilità, di non esclusività della decisione algoritmica e di non discriminazione algoritmica.



Tra tutte assume un'importanza centrale la Banca Dati Nazionale dei contratti Pubblici, di cui ANAC è la titolare esclusiva. Attorno ad essa ruotano le varie piattaforme e banche dati gestite da altre amministrazioni o enti, quali ad esempio l'Anagrafe delle persone fisiche e giuridiche gestita dall'Agenzia delle Entrate, l'Indice delle pubbliche amministrazioni (IPA) gestito da AgID, il Registro delle imprese di Unioncamere, la Banca dati delle amministrazioni pubbliche della Ragioneria generale dello Stato – MEF, il sistema TED-EU per la pubblicazione a livello europeo dei bandi e degli avvisi, e così via.

I dati e le informazioni custoditi e gestiti da tali sistemi devono potersi interfacciare con la BDNCP per l'espletamento delle diverse fasi del ciclo di vita dei contratti. Si pensi, solo per fare un esempio, alla fase di pubblicazione o alla fase di verifica del possesso dei requisiti per la partecipazione, integrativa dell'efficacia della fase di affidamento. La BDNCP è a sua volta suddivisa in varie sezioni, alcuna delle quali già esistenti, altre da implementare: l'Anagrafe unica delle stazioni appaltanti (AUSA), il Casellario informatico, l'Anagrafe degli operatori economici (cfr. art. 31), la Piattaforma degli appalti, il Fascicolo Virtuale dell'operatore economico (FVOE).

Il FVOE, già operante, è a sua volta alimentato grazie all'interoperabilità con una serie di banche dati gestite da numerosi enti certificatori, quali l'Agenzia delle Entrate, il Ministero di Giustizia, il Ministero dell'Interno, l'INPS, l'INAIL, ecc., che già forniscono - e forniranno ancora di più in futuro - le attestazioni in merito all'assenza di cause di esclusione dalle gare in capo agli operatori economici e al possesso dei requisiti speciali, consentendo in tempo reale detta verifica.

Fanno infine parte dell'ecosistema l'insieme delle piattaforme di *e-procurement* certificate, quali CONSIP e le altre piattaforme dei soggetti aggregatori, delle Centrali di committenza e così via.

Al quadro delle piattaforme e dei sistemi digitali sopra elencati altri se ne potranno naturalmente aggiungere in futuro.

Le piattaforme e i servizi digitali in questione consentiranno quindi, una volta pienamente integrati tra loro, le seguenti funzionalità, afferenti a **tutte** le fasi del ciclo di vita dei contratti:

- a) la redazione o l'acquisizione degli atti in formato nativo digitale;
- b) la pubblicazione e la trasmissione dei dati e documenti alla Banca dati nazionale dei contratti pubblici;
- c) l'accesso elettronico alla documentazione di

- gara;
- d) la presentazione del documento di gara unico europeo in formato digitale e l'interoperabilità con il fascicolo virtuale dell'operatore economico;
- e) la presentazione delle offerte;
- f) l'apertura, la gestione e la conservazione del fascicolo di gara in modalità digitale;
- g) il controllo tecnico, contabile e amministrativo dei contratti anche in fase di esecuzione e la gestione delle garanzie.

Fondamentale per l'effettivo funzionamento dell'ecosistema è che l'integrazione, l'interconnessione o l'interoperabilità tra i vari sistemi e banche dati si realizzi davvero. Per tale ragione, appare essenziale la previsione di una sanzione in caso di omissioni o inerzie in tal senso. All'art. 23 è infatti stabilito che <<nei casi in cui si omettano informazioni o attività necessarie a garantire l'interoperabilità dei dati, l'ANAC effettua

una segnalazione all'AgID per l'esercizio dei poteri sanzionatori di cui all'articolo 18-bis>> del CAD, ossia l'irrogazione di pesanti sanzioni amministrative pecuniarie, rilevanti anche ai fini della misurazione e della valutazione della *performance* individuale dei dirigenti responsabili e comportanti responsabilità dirigenziale e disciplinare.

Alle stesse sanzioni è soggetto chi ponga in essere la condotta di <<omissione di informazioni richieste, il rifiuto o l'omissione di attività necessarie a garantire l'interoperabilità delle banche dati coinvolte nel ciclo di vita dei contratti pubblici>>, anche questa qualificata come violazione di obblighi di transizione digitale, di cui al citato articolo 18-bis del CAD.

Perché l'ecosistema nazionale di e-procurement funzioni davvero è essenziale che l'integrazione o comunque il collegamento per interoperabilità tra i vari sistemi e banche dati si realizzi pienamente. Il Codice perciò configura le eventuali inerzie o omissioni in tal senso come una violazione degli obblighi di transizione digitale, fattispecie punibile con pesanti sanzioni pecuniarie.



4. Le regole per l'interoperabilità tra i sistemi

L'art. 26 detta le regole tecniche per l'interoperabilità e l'interconnessione tra i sistemi e, a tal fine, stabilisce che i requisiti tecnici delle piattaforme di approvvigionamento digitale, che devono garantire

tutte le sopra elencate funzionalità previste dall'art. 22, siano stabilite dall'AgID di intesa con l'ANAC e la Presidenza del Consiglio dei ministri entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore del Codice. Allo stesso modo devono essere stabilite le modalità per la certificazione delle piattaforme di *e-procurement*.

Queste devono essere progettate in modo da non alterare la parità di accesso degli operatori, né impedire o limitare la partecipazione alla procedura di gara degli stessi ovvero distorcere la concorrenza, e neppure modificare l'oggetto dell'appalto, come definito dai documenti di gara.

Soltanto le piattaforme certificate da AgID potranno essere integrate con i servizi della Banca dati nazionale dei contratti pubblici.

Le stazioni appaltanti non dotate di una propria piattaforma di *e-procurement* dovranno avvalersi di quelle messe a disposizione da altre stazioni appaltanti, da centrali di committenza o da soggetti aggregatori, da regioni o province autonome, che a loro volta potranno ricorrere a un gestore del sistema che garantisca il funzionamento e la sicurezza della piattaforma.

E' utile rammentare che la disponibilità permanente di una piattaforma di *e-procurement* certificata sarà – a regime - requisito fondamentale per la qualificazione delle stazioni appaltanti.

Nella fase transitoria che va dal 1° luglio al 31 dicembre 2023, tale requisito ha natura solo premiante ma in futuro, una volta che le norme sulla digitalizzazione acquisiranno piena efficacia, diverrà requisito necessario per la qualificazione.

In assenza di qualificazione, le stazioni appaltanti non potranno più acquisire CIG per procedure di affidamento di importo superiore alla soglia degli affidamenti diretti.

5. La pubblicità legale degli atti

Grandi novità si riscontrano nella disciplina della pubblicità legale degli atti.

L'art. 27 sancisce infatti che essa è garantita dalla Banca dati nazionale dei contratti pubblici, mediante la trasmissione dei dati all'Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea e la loro pubblicazione sul sistema SIMAP/TED dell'Unione europea. Gli effetti giuridici degli atti oggetto di pubblicazione **decorrono dalla data di pubblicazione nella BDNCN**. Tale previsione è fortemente semplificatoria.

Ciò significa che, in ossequio al principio dell'unicità dell'invio, a fronte della sola trasmissione degli atti alla Banca Dati Nazionale gestita dall'ANAC, viene garantita da un lato la decorrenza degli effetti giuridici correlati alla pubblicazione e, dall'altro, la disponibilità tempestiva e costante di tutti i dati acquisiti, attraverso l'interoperabilità della BDNCN con le altre banche dati della pubblica amministrazione.

E' infatti previsto che la documentazione di gara sia resa costantemente disponibile ed accessibile attraverso le piattaforme digitali di *e-procurement* e i siti istituzionali delle stazioni appaltanti attraverso un collegamento tra questi e la Banca dati nazionale dei contratti pubblici.

L'invio dei dati ai fini di pubblicità alla GURI, al SIMOG e la pubblicazione degli stessi nel profilo del committente saranno quindi tutti assolti automaticamente con l'unico invio alla BDNCN.

Se ne deduce inoltre che non dovrebbe più essere obbligatoria la pubblicazione sui quotidiani a rilevanza nazionale e regionale, i cui costi, peraltro, come è noto, sono a carico degli operatori economici.

E' evidente la positiva ricaduta in termini di semplificazione di adempimenti amministrativi e risparmio di tempo e denaro, sia per le stazioni

Il nuovo Codice ha introdotto importanti semplificazioni sia per la pubblicità legale degli atti concernenti i contratti pubblici che per gli adempimenti connessi agli obblighi di trasparenza in applicazione del principio dell'unicità dell'invio. La trasmissione delle informazioni alla BDNCN assolve agli obblighi esistenti e fa decorrere gli effetti giuridici della pubblicazione.

appaltanti che per i concorrenti. Occorrerà tuttavia attendere fino alla data di entrata in vigore del provvedimento che stabilirà i tempi e le modalità di attuazione di tale previsione, il quale dovrà essere adottato dall'ANAC d'intesa con il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti.

6. La trasparenza degli atti

Similmente a quanto previsto per la pubblicità legale, anche per gli adempimenti connessi agli obblighi di trasparenza sono state introdotte importanti semplificazioni in applicazione del principio dell'unicità dell'invio.

L'art. 28 del Codice stabilisce infatti che <<le informazioni e i dati relativi alla programmazione di lavori, servizi e forniture, nonché alle procedure del ciclo di vita dei contratti pubblici, (...), sono trasmessi tempestivamente alla Banca dati nazionale dei contratti pubblici attraverso le piattaforme digitali>> di *e-procurement* certificate di cui ciascuna stazione appaltante dovrà obbligatoriamente fare uso.

Le stazioni appaltanti adempiono quindi ai loro obblighi di pubblicazione ai fini di trasparenza dei dati e delle informazioni richiesti dalla normativa vigente mediante l'unico invio alla BDNCP dell'ANAC tramite la piattaforma in uso. Lo stesso art. 28 precisa infatti che <<per la trasparenza dei contratti pubblici fanno fede i dati trasmessi alla Banca dati nazionale dei contratti pubblici presso l'ANAC, la quale assicura la tempestiva pubblicazione sul proprio portale dei dati ricevuti, anche attraverso la **piattaforma unica della trasparenza**, e la periodica pubblicazione degli stessi in formato aperto>>.

All'esito dell'invio dei dati, ciascuna stazione appaltante potrà procedere alla pubblicazione di un collegamento ipertestuale con la Banca dati ANAC nella sezione Amministrazione trasparente del proprio sito istituzionale. La norma chiarisce che in detta sezione devono essere pubblicati: la composizione della commissione giudicatrice, i *curricula* dei suoi componenti e i resoconti della gestione finanziaria dei contratti al termine della loro esecuzione.

Opportunamente, il comma 3 dell'art. 28 riassume i dati da trasmettere ad ANAC per popolare la Banca

dati, per cui sussiste l'obbligo di pubblicazione. Tali dati sono quelli già individuati dall'art. 1, comma 32, della L. n. 190/2012, il quale, tuttavia, viene meno in ragione della trasposizione nell'art. 28 degli obblighi di pubblicazione in materia di contratti pubblici.

I dati oggetto di obbligo di pubblicazione sono: la struttura proponente; l'oggetto del bando; l'elenco degli operatori invitati a presentare offerte; l'aggiudicatario; l'importo di aggiudicazione; i tempi di completamento dei lavori, servizi o forniture e l'importo delle somme liquidate.

Pareri & Sentenze



Consiglio di Stato, Sez. V, 26/5/2023, n. 5208

Il requisito dell'esperienza "nello specifico settore cui afferisce l'oggetto del contratto" richiesto per le commissioni giudicatrici

"... va ricordato (ex multis Cons. Stato V, 11 dicembre 2017, n. 5830) che il requisito dell'esperienza "nello specifico settore cui afferisce l'oggetto del contratto" deve essere inteso in modo coerente con la poliedricità delle competenze spesso richieste in relazione alla complessiva prestazione da affidare, non solo tenendo conto, secondo un approccio formale e atomistico, delle strette professionalità tecnico-settoriali implicate dagli specifici criteri di valutazione, la cui applicazione sia prevista dalla lex specialis."

TAR Calabria Catanzaro, Sez. I, 8/5/2023, n. 722

L'omissione o un refuso presente nel bando o nel disciplinare, ascrivibile quindi alla stazione appaltante, necessitano di un'apposita rettifica del bando o del disciplinare con le stesse forme di redazione, al fine di garantire la conformità dell'azione amministrativa al regime di gara e la trasparenza nei confronti di tutti gli operatori economici

"... la giurisprudenza richiamata dalle controparti in tema di errore materiale rilevabile ictu oculi involge le ipotesi in cui tale errore riguardi l'offerta avanzata da un operatore economico (T.A.R. Emilia-Romagna, Bologna, Sez. II, 3 novembre 2020, n. 800) e non la diversa evenienza di un'omissione o di un refuso presente nel bando o nel disciplinare, ascrivibile quindi alla stazione appaltante (Consiglio di Stato, Sez. V, 8 novembre 2017 n. 5162).

Mentre nel primo caso, infatti, l'amministrazione procedente può comunque evincere la volontà espressa dal partecipante alla selezione pubblica senza alcuna attività correttiva del giudizio, nella seconda evenienza l'amministrazione aggiudicatrice, autovincolata alle disposizioni di gara, è onerata invece ad operare un'apposita rettifica del bando o del disciplinare con le stesse forme di redazione, al fine di garantire la conformità dell'azione amministrativa al regime di gara e la trasparenza nei confronti di tutti gli operatori economici."

Consiglio di Stato, Sez. III, 08/05/2023, n. 4589

Gli elaborati tecnici, anche contenenti proposte migliorative, necessitano della sottoscrizione da parte di un tecnico abilitato

“... deve ritenersi che anche elaborati non aventi natura strettamente progettuale né, quindi, finalità o valenza modificativa del progetto posto a base di gara richiedano adeguate garanzie circa la conformità delle soluzioni proposte alle pertinenti norme tecniche e la loro funzionalità all’obiettivo migliorativo complessivamente perseguito, in linea con i criteri di valutazione qualitativa prefissati dalla stazione appaltante: garanzia che appunto rinviene il suo momento fondante, secondo le non irragionevoli valutazioni della stazione appaltante tradotte nelle corrispondenti previsioni della lex specialis, nella sottoscrizione dei medesimi elaborati da parte di soggetto abilitato.... Né del resto può ritenersi che quello di cui si discute integri un onere sproporzionato e come tale incompatibile con l’esigenza di favorire la partecipazione alla gara, non essendo meritevole di tale qualificazione, a fronte della obiettiva finalità che l’adempimento in discorso è inteso a realizzare come innanzi evidenziata, la mera sottoscrizione del documento rappresentativo delle migliorie offerte da parte di un tecnico abilitato (tanto più in quanto la stessa appellante ne dichiara la presenza all’interno del suo staff, ciò che rende a fortiori inescusabile la relativa omissione).”

Consiglio di Stato, Sez. IV, 08/05/2023, n. 4599

Accesso agli atti e “punto di equilibrio” fra diritto e esigenze di riservatezza

“La ricerca del “punto di equilibrio” (Cons. Stato, III, 26 ottobre 2018, n. 6083; 17 marzo 2017, n.1213) fra interesse (o “diritto”) all’accesso, da un lato, e esigenze di riservatezza nell’ambito delle procedure di evidenza pubblica, dall’altro, implica, dunque, che l’istanza di accesso sia in sé meritevole di accoglimento, perché adeguatamente “giustificata” sul piano del procedimento (arg. da 25, comma 2, legge n. 241 del 1990, che richiede una “richiesta...motivata” e da Cons. Stato, Ad. plen., n. 10 del 2020, §. 11.9.), così da consentire all’amministrazione di apprezzare, nel procedimento, “le finalità dell’accesso... dedotte e rappresentate dalla parte in modo puntuale e specifico nell’istanza di ostensione” (Cons. Stato, Ad. plen., n. 19 del 2020, §. 9.2.).”

Consiglio di Stato, Sez. IV, 02/05/2023, n. 4422

Sull’accesso agli atti

“... può dunque desumersi il tendenziale consolidarsi di un principio di portata generale secondo cui nel bilanciamento tra esigenze di garanzia e quelle del buon andamento del processo, inteso come forma necessaria del giudizio e quindi dell’accertamento giudiziale, le esigenze di celerità e quelle proprie dell’amministrazione c.d. di risultato, giustificano l’ammissibilità di tecniche motivazionali finalizzate a semplificare la fase di stesura della motivazione – spesso connotata da particolare complessità e quindi suscettibile di dilatare in modo significativo i tempi di deposito della sentenza e quindi di definizione del processo, in tal modo vanificando la stessa utilità della decisione – anche mediante il solo il rinvio alle argomentazioni delle parti che il giudice, condividendole, ritenga di far proprie, assumendole al fine di dare evidenza all’iter logico giuridico che ha condotto alla decisione.”

Consiglio di Stato, Sez. V, 02/05/2023, n. 4374*Regolarità fiscale e gli effetti dell'istanza di rateizzazione*

“L’Adunanza Plenaria, con sentenza n. 15 del 2013, ha precisato che “la rateizzazione si traduce in un beneficio che, una volta accordato, comporta la sostituzione del debito originario con uno diverso, secondo un meccanismo di stampo estintivo – costitutivo che dà luogo a una novazione dell’obbligazione originaria. L’ammissione alla rateizzazione, rimodulando la scadenza dei debiti tributari e differendone l’esigibilità, implica quindi la sostituzione dell’originaria obbligazione a seguito dell’insorgenza di un nuovo rapporto obbligatorio secondo i canoni della novazione oggettiva di cui agli artt. 1230 e seguenti del codice civile. Il risultato è la nascita di una nuova obbligazione tributaria, caratterizzata da un preciso piano di ammortamento e soggetta a una specifica disciplina per il caso di mancato pagamento delle rate”. La rateizzazione, rimodulando la scadenza dei debiti tributari e differendone l’esigibilità, cancella l’originario inadempimento dei destinatari degli atti impositivi e consente a questi ultimi di presentarsi alle procedure di evidenza pubblica gravati di un nuovo debito tributario non ancora scaduto ed esigibile, sfuggendo alla causa di esclusione di cui all’art. 80, comma 4, del d.lgs. n. 50 del 2016.”

Consiglio di Stato, Sez. V, 26/04/2023, n. 4194

Non costituisce violazione del principio di segretezza delle offerte tecniche perché le buste telematiche sono state “aperte” prima dell’avvio delle operazioni di valutazione da parte dei commissari, in quanto si è trattato di una <<apertura>> consistita, come detto, tutt’al più nel download dei file, senza che risulti che il contenuto di questi ultimi sia stato reso noto a soggetti diversi dai medesimi commissari

“Della prima si è detto affrontando l’esame del primo motivo di appello, laddove si è chiarito che nessuna valutazione delle offerte tecniche è stata effettuata in occasione dell’apertura delle buste nella seduta pubblica. Né, contrariamente a quanto si assume col terzo motivo di appello, si sarebbe avuta una violazione del principio di segretezza delle offerte tecniche perché le buste telematiche sono state “aperte” prima dell’avvio delle operazioni di valutazione da parte dei commissari, in quanto si è trattato di una <<apertura>> consistita, come detto, tutt’al più nel download dei file, senza che risulti che il contenuto di questi ultimi sia stato reso noto a soggetti diversi dai medesimi commissari. La giurisprudenza richiamata dall’appellante, per un verso, conferma tale conclusione (Cons. Stato, Ad. Plen. 28 luglio 2011, n. 13, laddove, affermando l’esigenza della seduta pubblica per i controlli preliminari dell’offerta tecnica, peraltro in riferimento alle gare all’epoca non gestite con modalità telematica, chiarisce che la sede pubblica è destinata al “mero riscontro degli atti prodotti dall’impresa concorrente, restando esclusa ogni facoltà degli interessati presenti di prendere visione del contenuto”, ma con riguardo ai soggetti presenti alla seduta pubblica, diversi dai componenti della commissione giudicatrice), per altro verso, non è pertinente (Cons. Stato, III, 24 febbraio 2020, n. 1350, laddove si chiarisce che nemmeno la preventiva irregolare conoscenza da parte degli operatori economici dell’esito della valutazione delle offerte tecniche è di per sé idonea a compromettere la regolarità della gara, posto che, quanto allo scrutinio delle offerte tecniche, rileva che questo si sia svolto in seduta riservata e nel rispetto del principio di segretezza, inteso come riservatezza delle relative operazioni, nonché, quanto allo scrutinio delle offerte economiche, rileva che la procedura sia stata caratterizzata dalla netta separazione delle due fasi, nel rispetto del principio di segretezza, inteso nel senso che, fino a quando non si sia conclusa la valutazione degli elementi tecnici, resta interdotta al seggio di gara la conoscenza di quelli economici).”

Autorità Nazionale Anticorruzione**DELIBERA N. 156 del 19 aprile 2023
UPREC/PRE/477/2023/S/PREC**

"La previsione di criteri di valutazione delle offerte legati alle caratteristiche del centro di cottura, quali le superfici interne ed esterne, le condizioni strutturali del centro di cottura, le attrezzature che saranno utilizzate attraverso la legenda del layout, contrasta con la natura di requisito di esecuzione del centro di cottura, finendo con il premiare coloro che ne siano già in possesso, ed alterando, in tal modo, il massimo dispiegarsi della concorrenza"

"... sulla questione del centro di cottura, che il condivisibile orientamento giurisprudenziale e dell'Autorità formatosi sul punto (cfr., per tutte, Cons. Stato, sez. V, n. 5734/2020; Consiglio di Stato, Sez. V, 15 dicembre 2017, n. 5929, T.A.R. Campania, Sez. II, 3 aprile 2018, n. 2083; idem, Sez. VIII, 19 dicembre 2017, n. 5945; Delibere Anac n. 1132 del 04/12/2019; n. 265 del 26/03/2019; n. 36 del 13/01/2016) ha chiarito che trattasi di un elemento materialmente necessario per l'esecuzione delle prestazioni oggetto del servizio, come tale legittimamente esigibile verso il concorrente aggiudicatario definitivo come "condizione" per la stipulazione del contratto, perché è in quel momento che si attualizza per l'Amministrazione l'interesse a che il contraente abbia a disposizione una struttura per assicurare il servizio; in caso contrario si avallerebbe un'impostazione ingiustificatamente restrittiva della concorrenza e irragionevole, perché si imporrebbe a tutti i concorrenti di procurarsi anticipatamente, e comunque prima dell'aggiudicazione definitiva, un centro di cottura, reperendo – con evidente onere economico e organizzativo che poi potrebbe risultare ultroneo per chi non risulta aggiudicatario – immobili idonei alla preparazione di pasti per servizi di ristorazione collettiva, sostenendo i connessi investimenti in vista di una sola possibile ma non certa acquisizione della commessa. Pertanto, prima dell'aggiudicazione, considerata l'alea della gara, è in realtà sufficiente, anche ai fini del rispetto della par condicio, che vi sia una formale dichiarazione di impegno del concorrente a procurarsi tempestivamente un centro di cottura, sulla cui base la Stazione Appaltante potrà poi pretendere a pieno diritto che sia acquisita la disponibilità effettiva della struttura, in caso di aggiudicazione, ai fini della stipula e della successiva esecuzione del contratto d'appalto (cfr., a tal proposito, il par. 2.2.1 della Comunicazione Interpretativa 2006/C 179/02 della Commissione UE sul diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti; cfr. anche la delibera 13.1.2016 n. 33 dell'ANAC... l'Autorità, in un caso analogo a quello di specie, ha giudicato non coerente con la natura di requisito di esecuzione del contratto la previsione di un criterio di valutazione dell'offerta tecnica relativo alla qualità del centro, basato sullo schema progettuale del centro cottura inclusivo di informazioni relative ad elementi specifici e strutturali dell'immobile quali superfici, planimetrie e percorsi progettati, in quanto volto a premiare sostanzialmente i concorrenti che, all'atto della partecipazione, ne abbiano già la disponibilità, con conseguente lesione dei principi di favor participationis, massima concorrenza e parità di trattamento, impedendo agli operatori economici che non siano nel possesso di un centro cottura di formulare una proposta tecnica con la quale possano aspirare ad ottenere il massimo del punteggio;"

Autorità Nazionale Anticorruzione**DELIBERA N. 143 del 4 aprile 2023
UPREC-PRE 466/2023/S/PREC**

"Non appare plausibile che la stazione appaltante, nella definizione dell'importo a base di gara, indichi relativamente ai costi della manodopera, degli importi inferiori rispetto alle tabelle ministeriali così inducendo i concorrenti a dover proporre le proprie offerte entro i suddetti parametri/importi"

"... la disciplina di riferimento per le questioni all'esame è contenuta: a) nell'art. 23, comma 16, del d.lgs.

50/2016, che impone alla stazione appaltante, in sede di progettazione degli appalti di lavori e servizi, di individuare nei documenti di gara i costi della manodopera, sulla base delle tabelle ministeriali che determinano annualmente il costo del lavoro; b) nel successivo art. 95, comma 10, come integrato dal d.lgs. 56/2017, il quale prevede che nell'offerta economica l'operatore deve indicare i propri costi della manodopera e gli oneri aziendali per la sicurezza...la norma di cui all'art. 95, comma 10, d.lgs. 50/2016 e s.m.i. si propone di assicurare, tramite l'esternazione della percentuale dei costi della manodopera, la vincolatività di essi per l'operatore economico e al contempo la possibilità di valutarne la congruità, prima dell'aggiudicazione dell'appalto. il quadro normativo di riferimento impone alle stazioni appaltanti, al fine di determinare l'importo a base d'asta, d'individuare nei documenti di gara il costo della manodopera, determinato in base alle tabelle ministeriali onde consentire ai concorrenti di poter formulare la propria offerta in maniera puntuale, congrua e coerente anche con la propria attività di impresa;...se da un lato è possibile che l'o.e. concorrente possa formulare la propria offerta anche discostandosi dalle tabelle ministeriali sulla base della propria organizzazione aziendale, viceversa non appare plausibile che la stazione appaltante, nella definizione dell'importo a base di gara, indichi relativamente ai costi della manodopera, degli importi inferiori rispetto alle tabelle ministeriali così inducendo i concorrenti a dover proporre le proprie offerte entro i suddetti parametri/importi;"

Autorità Nazionale Anticorruzione

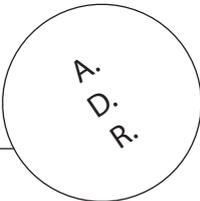
DELIBERA N. 142 del 4 aprile 2023

UPREC-PRE 140/2023/L/PREC

"L'impresa che sia qualificata nella categoria prevalente per l'importo totale dei lavori può eseguire tutte le lavorazioni oggetto di affidamento ove copra con la qualifica prevalente i requisiti non posseduti nelle categorie scorporabili, con l'eccezione delle categorie c.d. a qualificazione obbligatoria che non potendo essere direttamente eseguite dall'affidatario, qualificato solo per la prevalente, possono essere subappaltabili a imprese munite di attestazioni specifiche e adeguate."

"... l'Autorità ha deliberato in ossequio al più recente orientamento giurisprudenziale che il requisito di iscrizione all'albo nazionale dei gestori ambientali richiesto nelle gare di affidamento dei contratti pubblici sia un requisito di partecipazione e non di esecuzione....con riferimento ai contratti pubblici di lavori vige la regola in generale che l'impresa singola che sia qualificata nella categoria prevalente per l'importo totale dei lavori possa eseguire tutte le lavorazioni oggetto di affidamento ove copra con la qualifica prevalente i requisiti non posseduti nelle categorie scorporabili, con l'eccezione delle categorie c.d. a qualificazione obbligatoria (ex art. 12, comma 2, d.l. 47/2014) che non potendo essere direttamente eseguite dall'affidatario, qualificato solo per la prevalente, possono essere subappaltabili a imprese munite di attestazioni specifiche e adeguate (cfr. TAR Calabria, sentenza n. 878 del 15.11.2021). ... il principio sopra esposto che afferisce al riconoscimento del c.d. subappalto necessario che consente al concorrente sprovvisto di idonea qualificazione nelle lavorazioni a qualificazione obbligatoria anche se in possesso di attestazione SOA nella categoria prevalente, di partecipare alla gara affidando in subappalto a impresa qualificata"

A Domanda Rispondiamo



A.
D.
R.

1

Il 1 luglio 2023 è la data in cui prende avvio il sistema di qualificazione previsto dal nuovo codice dei contratti pubblici, il D.Lgs n. 36/2023. I soggetti che non ricadono nell'ambito soggettivo della qualificazione ai sensi dell'art. 62, comma 17, d.lgs. 36/2023 sono tenuti a fare qualche comunicazione all'Autorità Nazionale Anticorruzione?

I soggetti che non ricadono nell'ambito soggettivo della qualificazione ai sensi dell'art. 62, comma 17, d.lgs. 36/2023 dovranno dichiararlo all'ANAC accedendo al servizio "on line" per la presentazione della domanda di qualificazione. Si tratta in particolare di: - imprese pubbliche e soggetti titolari di diritto esclusivi e/o speciali operanti nei settori di cui agli articoli 141 e ss. del d.lgs. 36/2023; - soggetti privati, titolari di permesso di costruire o di un altro titolo abilitativo, che assumono in via diretta l'esecuzione delle opere di urbanizzazione a scomputo totale o parziale del contributo previsto per il rilascio del permesso (cfr. art. 13, comma 7, e all. I.12 del d.lgs. 36/2023); - Commissari straordinari, per l'attuazione degli interventi cui sono preposti. A questi soggetti non sarà conseguentemente applicato il blocco del rilascio del Codice identificativo Gare (**Cfr. Comunicato del presidente del 17/05/2023**).

2

La validazione del progetto posto a base di gara in quanto atto formale che riporta gli esiti della verifica, deve essere approvata con apposito provvedimento amministrativo?

La validazione del progetto posto a base di gara è una attività di esclusiva competenza del Responsabile Unico del Procedimento e non necessita di ulteriori provvedimenti amministrativi salvo diversa indicazione in fonti regolamentari proprie di ogni Stazione Appaltante. Tale previsione si applica anche agli appalti finanziati con fondi PNRR.

3

In materia di regolarità fiscale, quali sono gli effetti dell'istanza di rateizzazione?

La Giurisprudenza ha chiarito che nelle gare pubbliche il requisito di regolarità fiscale può dirsi sussistente qualora, prima del decorso del termine per la presentazione della domanda di partecipazione alla gara di appalto, l'istanza di rateizzazione sia stata accolta con l'adozione del relativo provvedimento costitutivo, proprio in ragione del fatto che la rateizzazione del debito tributario del partecipante alla procedura selettiva si traduce in un beneficio che, una volta accordato, comporta la sostituzione del debito originario con uno diverso, con novazione dell'obbligazione originaria e nascita di una nuova obbligazione tributaria. Quindi, la rateizzazione, rimodulando la scadenza dei debiti tributari e differendone l'esigibilità, cancella l'originario inadempimento dei destinatari degli atti impositivi e consente a questi ultimi di presentarsi alle procedure di evidenza pubblica gravati di un nuovo debito tributario non ancora scaduto ed esigibile, sfuggendo alla causa di esclusione di cui all'art. 80, comma 4, del d.lgs. n. 50 del 2016.

4 Quali rimedi può porre in essere la stazione appaltante dinanzi a episodi di mancate retribuzioni dell'esecutore del servizio nei confronti della ditta subappaltatrice se i DURC richiesti continuano a risultare regolari?

In caso di ritardo nel pagamento delle retribuzioni dovute al personale di cui al comma 5 dell'art. 30 del codice degli appalti, il responsabile unico del procedimento invita per iscritto il soggetto inadempiente, ed in ogni caso l'affidatario, a provvedervi entro i successivi quindici giorni. Ove non sia stata contestata formalmente e motivatamente la fondatezza della richiesta entro il termine sopra assegnato, la stazione appaltante paga anche in corso d'opera direttamente ai lavoratori le retribuzioni arretrate, detraendo il relativo importo dalle somme dovute all'affidatario del contratto ovvero dalle somme dovute al subappaltatore inadempiente nel caso in cui sia previsto il pagamento diretto ai sensi dell'articolo 105."

Potrebbe essere infatti che il Durc continui ad essere regolare perchè l'insolvenza non riguarda la contribuzione ma la retribuzione dei dipendenti, pertanto, l'amministrazione potrebbe mettere in piedi la procedura succitata con o senza formale contestazione da parte della ditta subappaltatrice, anche se una formalizzazione da parte della società cooperativa darebbe sicuramente maggiore certezza all'accaduto.

La procedura prevede infatti un intervento sostitutivo da parte della stazione appaltante nei confronti dei dipendenti detraendo gli importi dalle somme dovute, ove la questione non venga contestata nè risolta dall'esecutore del servizio.

5 Il ricorso al lavoro supplementare da parte dell'impresa esecutrice può essere consentito anche per eseguire "prestazioni ordinarie" di servizio?

La giurisprudenza sul punto ha chiarito che: "il lavoro supplementare è una modalità di organizzazione del lavoro (volta a consentire un legittimo risparmio di spesa) perfettamente compatibile, ai sensi della vigente contrattazione collettiva di settore, con l'assolvimento delle esigenze aziendali sottese alla tipologia di appalto per cui è causa. L'eventuale rifiuto del lavoratore – che apparentemente sembra previsto solo dalla disciplina legislativa di default, ma che secondo una parte della dottrina non può essere limitato al caso in cui manchi la disciplina collettiva – riguarda un profilo attinente ai rapporti interni tra datore e lavoratore, senza intaccare la significatività dell'impegno giuridico assunto dall'impresa nei confronti del committente.

Compete alla sola stazione appaltante, il rilievo secondo cui – con riguardo al part-time – sussisterebbero "altre tipologie contrattuali (rectius di articolazione dell'orario di lavoro), peraltro, espressamente contemplate all'art. 30 del CCNL citato, sicuramente più adatte del part time a soddisfare l'esigenza dell'impresa di far fronte alle prestazioni proprie dell'appalto di servizi in questione in orari compatibili con quelli di normale funzionalità degli uffici che hanno sede presso gli immobili interessati dalle attività di pulizia". **(Consiglio di Stato, Sez. V, 24/04/2023, n. 4144).**

6

La validità dell'avvalimento viene compromessa nel caso in cui manchi il requisito formale della separazione delle dichiarazioni dell'ausiliaria ex art. 89 comma 1 dal contratto di avvalimento?

E' indispensabile per la validità dell'avvalimento, quindi rilevante a fini escludenti sia che l'impresa ausiliaria renda le dichiarazioni d'obbligo nei confronti della stazione appaltante ex art. 89, comma 1, sia che risultino sottoscritte in data antecedente a quella di scadenza del termine per la presentazione delle offerte.

La Giurisprudenza esclude che il dato formale possa prevalere sul dato sostanziale dell'esistenza agli atti della stazione appaltante di dichiarazioni dell'impresa ausiliaria aventi i contenuti prescritti dall'art. 89, comma 1, rivolte nei confronti della medesima stazione appaltante e sottoscritte dall'ausiliaria, anche se non contenute in documenti separati dal contratto di avvalimento, ma inserite all'interno del testo contrattuale **(Cfr. ex multis Consiglio di Stato, sez. V, 09.02.2023 n. 1449).**

7

Nel caso in cui un operatore economico risulti aggiudicatario di più lotti, di cui alcuni come operatore economico singolo ed altri come Mandante di un RTI come devono considerarsi ai fini del vincolo di aggiudicazione?

Si ritiene che spetti alla lex specialis di gara, dare indicazioni in tal senso e, qualora non abbia previsto che l'operatore economico che intenda partecipare a più lotti sia tenuto a presentarsi sempre nella medesima forma (individuale o associata) ed in caso di R.T.I. o Consorzi, sempre con la medesima composizione, la stazione appaltante sia tenuta a considerare l'RTI come aggiudicatario distinto e indipendente.

Pertanto, qualora un'impresa partecipi a più lotti in forma diversa, ciascuna di queste forme partecipative costituisce un soggetto giuridico distinto e, come tale, potenzialmente aggiudicatario del lotto di riferimento.

8

Alla ripetizione di servizi analoghi ex art. 63 comma 5 del codice si applica la modifica contrattuale disposta in fase di esecuzione sul contratto iniziale?

La ripetizione dei servizi analoghi non è un mero rinnovo del primo contratto. I servizi oggetto del secondo affidamento in ripetizione al primo possono tranquillamente essere aggiornati rispetto a quelli oggetto del primo contratto senza che ciò rientri nell'ambito della variante quanto piuttosto nell'ambito della nuova negoziazione. Quello che deve rispettarsi in fase di ripetizione di servizi analoghi è il limite economico individuato in fase di gara. L'articolo 63 comma 5 del codice prevede infatti che l'importo totale previsto per la prosecuzione dei lavori o della prestazione dei servizi venga computato per la determinazione del valore globale dell'appalto, ai fini dell'applicazione delle soglie **(Cfr. Parere MIT n. 1766 del 02/06/2023).**

9 Come si concilia la carica di consigliere comunale con quella di socio di società aggiudicataria di un appalto?

La problematica va risolta sulla base del disposto dell'art. 63 comma 1 n.2 D.Lgs. 267/2000, laddove definisce la nozione di 'incompatibilità di interessi', richiedendo ai fini della sua sussistenza, una duplice condizione: "la prima, di natura soggettiva, la seconda di natura oggettiva. E' necessario, innanzitutto (condizione soggettiva), che, il soggetto, in ipotesi incompatibile all'esercizio della carica elettiva, rivesta la qualità di titolare, o di amministratore, ovvero di dipendente con poteri di rappresentanza o di coordinamento. In secondo luogo, il legislatore prevede, come condizione 'oggettiva', che deve necessariamente concorrere con quella 'soggettiva' per la sussistenza della suddetta incompatibilità, che il soggetto, rivestito di una delle predette qualità, in tanto è incompatibile, in quanto 'ha parte ...in appalti, nell'interesse del comune'.la locuzione 'aver parte' allude alla contrapposizione tra 'interesse particolare' del soggetto, in ipotesi incompatibile, ed interesse del comune, istituzionalmente 'generale', in relazione alle funzioni attribuitegli e, quindi, allude alla situazione di potenziale conflitto di interessi, in cui si trova il predetto soggetto, rispetto all'esercizio imparziale della carica elettiva....

In conformità, infatti, al principio generale che ogni organo collegiale deliberi sulla regolarità dei titoli di appartenenza dei propri componenti, la verifica delle cause ostative all'espletamento del mandato è compiuta con la procedura consiliare prevista dall'art. 69 del decreto legislativo citato, che garantisce il contraddittorio tra organo e amministratore, assicurando a quest'ultimo l'esercizio del diritto alla difesa e la possibilità di rimuovere entro un congruo termine la causa di incompatibilità contestata" (**Cfr. Cass. Civile, sent. N. 11959 dell'8.8.2003, sez. I, ord. N. 550 del 16.1.2004**).

Adempimenti di rendicontazione del ciclo vita degli appalti secondo le previsioni del D. Lgs. 36/2023

IN
PIL
LOLE

Appare inevitabile iniziare un piccolo percorso informativo su quella che è la meccanica operativa di rendicontazione dei dati e delle informazioni inerenti il ciclo vita dei contratti pubblici da parte del RUP all'A.N.A.C., alla luce del d.lgs. 36/2023. Attività di rendicontazione che si sviluppa attraverso il sistema informatico strutturato dall'Autorità, per alimentare di contenuti le specifiche sezioni della Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici e che si fonda sull'esigenza di assicurare la digitalizzazione completa del ciclo di vita dei contratti nel rispetto dei principi e delle disposizioni del codice dell'amministrazione digitale, garantendo l'esercizio dei diritti di cittadinanza digitale e operando secondo i principi di neutralità tecnologica, di trasparenza, nonché di protezione dei dati personali e di sicurezza informatica (art. 19 c. 1 d.lgs. 36/2023).

Un obbligo informativo, per quanto in particolare si sta qui trattando, assolto attraverso l'inoltro di flussi continui di dati tecnico - contabili che dovrà garantire un completo monitoraggio dell'andamento contrattuale dei singoli appalti. Un'attività informativa che ad ogni modo, dovrà essere condotta e ispirata al concetto

di interrelazione tra banche dati diverse, scongiurando il rischio (o limitandolo al minimo) di imporre una reiterazione di inserimento da parte degli operatori, delle medesime informazioni, su molteplici banche dati (c.d. principio di unicità di invio ai sensi dell'art. 19 c.2).

Come noto l'intera parte II del Libro I del Codice, dedicata alla digitalizzazione del ciclo vita dei contratti, andrà a regime dal 01/01/2024, esigenze operative e di struttura ne hanno tra le altre cose richiesto un avvio differito rispetto all'efficacia del nuovo codice.

Tuttavia gli adempimenti informativi e di comunicazione non si fermano; proseguono come nel passato e sono pertinenza del RUP (sia inteso esso nell'accezione "antica" del d.lgs. 50/2016 quale responsabile unico del procedimento; sia inteso esso nell'accezione più corretta di responsabile unico di progetto o dell'eventuale responsabile di fase nominato). Graverebbe infatti su tali ultimi soggetti, l'onere dell'attività informativa periodica da espletarsi mediante l'invio dei dati all'Osservatorio Centrale di A.N.A.C., ovvero anche agli Osservatori Regionali in cui essa è talvolta per alcune regioni d'Italia articolata.

Attività informativa che passa attraverso le comunicazioni della fase di aggiudicazione (affidamento/adesione), della fase di inizio esecuzione del contratto, della fase eventuale di esecuzione e avanzamento, della fase di conclusione, della fase di collaudo; nonché di tutte le ulteriori eventuali fasi c.d. non obbligatorie, quali subappalto, accordo bonario, modifiche contrattuali, sospensioni, recessi e risoluzioni, che per qualche motivo (non necessariamente patologico), conducono il contratto di appalto a sviluppi particolari.

Parliamo ovviamente degli adempimenti di comunicazione già previsti all'art. 213 commi 9 e 13 del d.lgs. 50/2016 (che tra l'altro in maniera non molto ordinata non risultavano circoscritti all'interno del solo articolo 213, ma "disseminati" letteralmente all'interno di tutto il codice uscente); ancor prima presenti nell'art. 7 del d.lgs. 163/2006 e che nel nuovo codice abitano l'art. 222 comma 9 e 13.

Attualmente è previsto, all'art. 225 comma 2, che una buona parte delle disposizioni del neo nato codice, acquistano efficacia a decorrere dal 1° gennaio 2024, aggiungendosi che in tema di trasmissione dati, continuano ad applicarsi fino al 31 dicembre 2023 (perciò in via transitoria), le previsioni operative risalenti al d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 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); (*omissis*).

È poi l'art. 222 al comma 9 del nuovo codice, a ricordarci che: *"Al fine di consentire l'adempimento degli obblighi di trasmissione previsti dagli articoli 23, comma 5, e 28, comma 1, la stazione appaltante o l'ente concedente invia senza indugio i dati, secondo le indicazioni fornite dall'ANAC con proprio provvedimento"*.

Tra l'altro il corretto assolvimento informativo costituisce uno degli elementi di base per favorire la qualificazione delle stazioni appaltanti (si veda l'art. 63 d.lgs. 36/2023 nonché art. 8 del allegato

II.4), fatto questo, non di poco conto, che evidentemente stimola i soggetti a un controllo puntuale dell'attività di rendicontazione inerente i contratti in essere e lo sviluppo di protocolli operativi che favoriscano in modo sempre più efficace, l'assolvimento di tali obblighi entro le tempistiche di comunicazione delineate da A.N.A.C..

Tempistiche che vengono ormai da lontano e che nel tempo sono state determinate direttamente dall'Autorità Nazionale Anti Corruzione (prima Avcp) che sulla materia ha sempre mantenuto potestà regolativa. Si pensi ai Comunicati del Presidente dell'Autorità di Vigilanza del 04/04/2008, del 14/12/2010 e 29/04/2013; nonché a tutti i Comunicati e le disposizioni dell'ANAC post 19/04/2016 (data di operatività del d.lgs. 50/2016), dai quali si individuano tempistiche operative di comunicazione così schematizzabili: Comunicato dell'Autorità del 22 ottobre 2013 – I dati concernenti i contratti di lavori, servizi e forniture nei settori ordinari vanno trasmessi con riferimento alle seguenti fasi:

- I FASE: Aggiudicazione (entro 30 gg. dalla aggiudicazione definitiva efficace o di definizione della procedura negoziata);
- II FASE: Inizio ed esecuzione del contratto (entro 60 gg. dalla data del verbale di avvio dell'esecuzione del contratto);
- III FASE: Esecuzione ed avanzamento (entro 60 gg. dalla data di emissione del certificato di pagamento);
- IV FASE: Conclusione (entro 60 gg. dalla data del certificato di ultimazione dei lavori, servizi e forniture);
- V FASE: Collaudo (entro 60 gg. dalla data di emissione del certificato di collaudo o di regolare esecuzione).

Eventuali ulteriori fasi collegate a sviluppi esecutivi del contratto, quali: Ritardi o sospensioni, accordi bonari, modifiche dei contratti in corso di esecuzione, subappalti, variazioni aggiudicatario in corso d'opera, hanno una tempistica di trasmissione che si sviluppa entro 60 gg. dal verificarsi dell'evento.

Costituisco eccezione a questo tempo, le vicende riconducibili alle modifiche contrattuali (prima collocate all'art. 106 d.lgs. 50/2016, oggi all'art. 120 d.lgs. 36/2023) per le quali la trasmissione

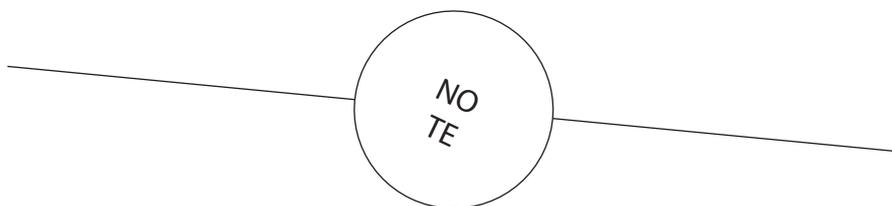
informativa (e addirittura per le varianti in corso d'opera anche il successivo invio dei documenti ad A.N.A.C.) deve avvenire entro 30 giorni dalla data di approvazione della modifica contrattuale da parte della stazione appaltante, per le valutazioni e gli eventuali provvedimenti di competenza (giusti Comunicati del Presidente del 17/03/2015, Comunicato del 28/10/2015 e Comunicato del 17/02/2016) in ottemperanza al disposto di cui all'art. 37 del d.l. 24 giugno 2014, n. 90, convertito in legge n.114/2014, trasposto nell'art. 106, c. 14 del D. Lgs. n. 50/2016).

L'inadempimento dell'obbligo è sanzionato distinguendo (ai sensi del comma 13 dello stesso art. 222), responsabilità da carente e/o omessa informazione ed esibizione dei documenti; dalla responsabilità da infedele, falsa trasmissione e documentazione. Nel primo caso la sanzione si muoverà entro il limite minimo di € 500,00 e massimo di € 5.000,00 mentre nel secondo caso il perimetro è più alto perché oscilla tra i € 500,00 e € 10.000,00. Ovviamente, come noto l'Autorità con propri atti definisce e disciplina i procedimenti sanzionatori che possono condurre alla sanzione. Tali profili sanzionatori non sono una novità rispetto al passato, poiché anche al comma 13 dell'art. 213 del d.lgs. 50/2016 erano previste le medesime fattispecie, soltanto che i valori delle sanzioni erano certamente differenti perché l'omessa comunicazione e l'inottemperanza era sanzionata nel perimetro € 250,00 / € 25.000,00, mentre l'infedele e falsa trasmissione e documentazione stava nel margine € 500,00 / € 50.000,00.

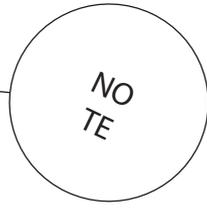
Va ricordato naturalmente che il comma 13 dell'art. 222 d.lgs. 36/2023 (identica la previsione presente anche nel comma 13 del d.lgs. 50/2016) rivolgendosi ai destinatari delle sanzioni, parla genericamente di "soggetti" perciò non soltanto di coloro i quali operano per conto della "pubblica amministrazione", ma anche nei confronti degli operatori economici che non ottemperano alla richiesta della stazione appaltante o dell'ente aggiudicatore di comprovare il possesso dei requisiti di partecipazione alla procedura di affidamento; nonché nei confronti dei soggetti che a fronte della richiesta di informazioni o di documenti da parte di A.N.A.C., ne forniscano di non veritieri o che ancora, forniscano alle stazioni appaltanti o agli enti aggiudicatori o agli organismi di attestazione dati o documenti non veritieri circa il possesso dei requisiti di qualificazione.

Tuttavia va aggiunto che per un periodo transitorio pari a un anno, decorrente dalla data in cui il codice acquista efficacia, il RUP non è soggetto alle sanzioni irrogabili per la violazione degli obblighi informativi previsti nei confronti della Banca nazionale dei contratti pubblici nell'ipotesi in cui, entro sessanta giorni dalla comunicazione all'amministrazione di appartenenza, adempia a tutti gli oneri informativi con contestuale autocertificazione, ai sensi degli articoli 46 e 47 del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, relativa all'adempimento degli stessi.

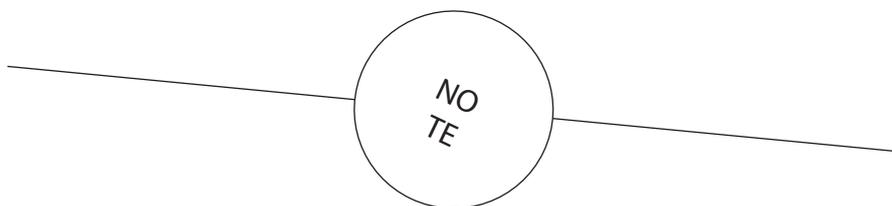
E' chiaro che oggi l'intera costruzione qui descritta è orientata tra le altre cose al rispetto del principio della fiducia espresso all'art. 2 del nuovo codice degli appalti, in base al quale: *"Nell'ambito delle attività svolte nelle fasi di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione 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."*



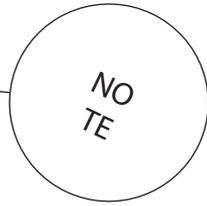
A series of 20 horizontal dotted lines for writing.



A series of 20 horizontal dotted lines for writing notes.



A series of 20 horizontal dotted lines for writing.



A series of 20 horizontal dotted lines for writing notes.



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
Ottobre

Il nuovo Codice dei Contratti Pubblici
11-12 Luglio
ROMA 15 Giugno, NAPOLI 20 Giugno, OLBIA 26 Giugno

Il nuovo MePA Consip
19-21 Giugno

ABC degli Appalti Pubblici alla luce del nuovo codice
29 Giugno

Le comunicazioni e la trasparenza nelle gare pubbliche
23 Giugno

I settori speciali nel nuovo Codice
28 Giugno

La gara con l'offerta economicamente più vantaggiosa
26 Giugno

La qualificazione delle stazioni appaltanti, le cause di esclusione e la qualificazione degli operatori economici
4 Luglio

Speciale sulle modifiche dei contratti
7 Luglio

Le concessioni in Italia
14 Luglio

PROJECT MANAGEMENT

Corso base di Project Management (ISIPM-Base®)
Giugno (6 incontri)

I principi del Project Management
30 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!