

Rivista mensile - Anno XIII, Numero 8

novembre
2023

MEDIA APPALTI

**I regolamenti interni e
l'auto-vincolo delle Stazioni
appaltanti nell'ambito
del nuovo Codice**

**La qualificazione delle
stazioni appaltanti**

**Conservazione
dell'equilibrio contrattuale:
l'innovativo principio
del D.Lgs. n. 36/2023**



**“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

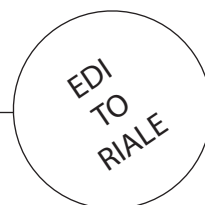


approfondimento aggiornamento giurisprudenza informazione consulenza normativa

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

**novembre
2023**

AI



Sul dispositivo in dotazione all'ingegnere che coordina l'ufficio tecnico compare un alert: tra venti giorni il cavalferrovia di via Rossi presenterà i primi segni di un deperimento strutturale. Sensori sempre più sofisticati, e in grado di simulare la realtà attraverso modelli scientifici, sono in grado di calcolare come le infrastrutture si usurano, sottoposte al quotidiano utilizzo, e alla costante esposizione agli agenti naturali (pioggia, vento, freddo e caldo estremi).

Il messaggio indica che è necessario intervenire in un modo che dettaglia minuziosamente, riportando cause e soluzioni, interventi da eseguire, tempistiche e materiali da adoperare.

La commissione lavori pubblici si riunisce e comincia a predisporre una gara d'appalto. Interroga un database che raccoglie le anagrafiche di tutte le imprese che potrebbero essere in grado

di eseguire i lavori secondo le indicazioni suggerite dal sistema, a una base d'asta che lo stesso sistema ha quantificato in tot euro. Si chiede immediata disponibilità all'esecuzione. Cinque imprese presentano la loro offerta.

La commissione ha la disponibilità, in formato digitale, di tutte le informazioni che riguardano i potenziali esecutori dei lavori. I dati vengono incrociati secondo algoritmi che fanno emergere tutti gli aspetti (costi e benefici) di ogni singola scelta.

Quello che stiamo descrivendo è un possibile scenario che potrebbe materializzarsi in breve tempo. In parte già previsto dal nuovo Codice degli Appalti che, nella Parte Seconda, è interamente dedicato alla trasformazione digitale delle procedure e dei documenti delle gare.

Le tecnologie digitali stanno vivendo un'accelerazione drastica che in pochi anni potrebbe sovvertire il nostro modo di vivere e di prendere decisioni. Sia chiaro quest'ultimo passaggio "prendere decisioni". La digitalizzazione dei dati, il cloud, l'intelligenza artificiale sono tecnologie che ci permetteranno di avere a disposizione quantità enormi di dati in tempi sempre più rapidi al fine di facilitare le scelte. L'ipotetica commissione lavori pubblici di cui stiamo narrando le vicende ha sul tavolo tutte le informazioni di cui abbisogna per poter decidere. Non sarà la macchina a farlo. Il più grande equivoco in cui possiamo incorrere è il timore che le macchine faranno scelte al posto nostro. Lo ribadisce il premio Nobel Giorgio Parisi quando afferma che "la scienza ha il compito di aiutare l'umanità a passare per una strada irta di pericoli e deve indicare le varie opzioni. Ma la decisione, poi, spetta alla politica".

Il ciclo dell'appalto procede. Si individua l'impresa, si affidano i lavori. Sullo smartphone di tutti i residenti compare un messaggio: il cavalcaferrovia di via Rossi sarà chiuso da questo a quel giorno, si consigliano i seguenti percorsi alternativi. Sugli schermi informativi posti lungo le strade, in entrata, verso la città, le stesse informazioni a favore dei non residenti. Un sistema interconnesso tra data base di vario genere programmato per ottimizzare la gestione della vita urbana permetterà di minimizzare i disagi ai cittadini.

Proprio la gestione dei dati sembra essere la sfida più importante da superare per le pubbliche amministrazioni. Digitalizzare non significa dotare gli uffici di terminali e di procedure informatizzate. La vera digitalizzazione del sistema si avrà quando la mole dei dati a cui le amministrazioni hanno accesso saranno rese disponibili in banche dati immesse in archivi elettronici.

L'intelligenza artificiale, infatti, funziona solo se ha a disposizione i dati sui quali basare le proprie risposte. Ma ci sono altri passaggi propedeutici alla realizzazione di una completa digitalizzazione: efficientare la rete internet che deve poter viaggiare a velocità sempre più performanti per gestire la quantità sempre più grande di dati; l'utilizzo di tali risorse in cloud capaci di contenere enormi archivi e dotati di livelli di sicurezza impeccabili contro gli attacchi informatici.

La politica si sta attivando. Il 10 ottobre scorso in Senato, si è riunita la Commissione Ambiente e Lavori pubblici per un'indagine conoscitiva sull'utilizzo delle tecnologie digitali e dell'intelligenza artificiale nella pianificazione, nella costruzione e nel monitoraggio delle infrastrutture stradali, autostradali, ferroviarie, portuali e aeroportuali e logistiche.

L'intelligenza artificiale è un acceleratore di decisioni. È in questo modo che dobbiamo imparare a utilizzarla. È la capacità di vagliare un numero enorme di opzioni, riducendole a poche possibilità utili al nostro scopo. Un'alleata con la quale gestire e programmare gli interventi delle pubbliche amministrazioni nel delicato e complesso ambito della progettazione e manutenzione delle infrastrutture e dei servizi.

È a nostra completa disposizione e dobbiamo prenderne dimestichezza. "Un giorno le macchine riusciranno a risolvere tutti i problemi, ma mai nessuna di esse potrà porne uno", affermò Albert Einstein. Spetta a noi il compito e la capacità di porre all'intelligenza artificiale le domande giuste per migliorare il nostro avvenire.

sommario

Editoriale

AI

4

In evidenza

I regolamenti interni e l'auto-vincolo delle Stazioni appaltanti nell'ambito del nuovo Codice.

7

Sotto la lente

Il nuovo soccorso istruttorio: le principali caratteristiche, la giurisprudenza più recente e il recepimento nel Bando tipo-1 di ANAC.

16

Hanno collaborato a questo numero:

Dott.ssa Alessandra Verde
Referendaria consiliare presso il Consiglio regionale

Avv. Ilenia Paziani
Esperta in materia di appalti pubblici

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

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

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

Avv. Giuseppe Totino
Esperto in appalti pubblici

Avv. Paola Cartolano
Esperta in materia di appalti pubblici

Avv. Giuseppe Croce
Esperto in appalti pubblici

Direttore Responsabile
dott. Enzo de Gennaro

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

Responsabile Web
Lorenzo Antonicelli

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

Il Punto

Project management e settore pubblico (parte 5[^]) - Il ciclo di vita del progetto nel codice appalti (2a)

23

Le modifiche nei contratti ad esecuzione continuativa. Possibilità e limiti in termini procedurali ed economici, ai sensi dell'art. 120 del d.lgs. 36/2023, anche con riferimento alla giurisprudenza precedentemente consolidata.

32

La qualificazione delle stazioni appaltanti

39

Sul Collegio Consultivo Tecnico. Alcune brevi riflessioni in tema di compensi spettanti ai componenti

46

Conservazione dell'equilibrio contrattuale: l'innovativo principio del D.Lgs. n. 36/2023

50

Pareri & Sentenze

57

A Domanda Rispondiamo

62

In pillole

65

I regolamenti interni e l'auto-vincolo delle Stazioni appaltanti nell'ambito del nuovo Codice.

di Alessandra Verde

IN
EVIDENZA

1. Inquadramento generale

La possibilità e, in taluni casi, la necessità per le Stazioni appaltanti di darsi un regolamento interno al fine di disciplinare nel dettaglio alcune fasi delle procedure di affidamento di contratti pubblici è un aspetto non nuovo nell'ordinamento, posto che sia il vecchio Codice che il nuovo contengono previsioni in tal senso.

Un esempio per tutti è la regolamentazione, nell'ambito degli affidamenti sotto soglia, delle fasce di importo e di settore merceologico all'interno delle quali applicare il principio di rotazione.

Sia il vecchio D. Lgs. n. 50/2016 e, più specificatamente le Linee guida ANAC n. 4, che il nuovo D. Lgs. n. 36/2023 e, in particolare l'Allegato II.1 in tema di "Elenchi degli operatori economici e indagini di mercato per gli affidamenti di contratti di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea" contengono infatti disposizioni in tal senso.

E' pertanto un principio consolidato del nostro ordinamento che, posti i principi e le disposizioni codicistiche che disciplinano le fasi delle procedure di affidamento nelle parti per cui deve essere garantita uniformità di comportamento tra tutte le Stazioni appaltanti e in tutto il territorio nazionale, vi siano poi alcuni ambiti in cui le diverse Amministrazioni si possono dare discipline

differenti, più o meno dettagliate e operare così in autonomia.

Oltre all'adozione di regolamenti, circolari o altri provvedimenti interni di natura generale comunque chiamati, sia il vecchio che il nuovo Codice prevedono poi la possibilità per le Stazioni appaltanti di auto-vincolarsi nei singoli casi concreti, attraverso la previsione, nella *lex specialis* della singola procedura di affidamento, di condizioni più stringenti o requisiti aggiuntivi rispetto alle previsioni di legge, perché utili al fine di perseguire un determinato interesse pubblico.

Una volta poste tali regole, esse vincolano la stazione appaltante al loro rispetto al pari delle norme codicistiche.

In tema di auto-vincolo, sia la giurisprudenza che l'ANAC si sono pronunciate più volte affermando l'ormai consolidato principio secondo cui è pacificamente riconosciuta la facoltà dell'Amministrazione, nell'esercizio del proprio potere discrezionale, di auto-vincolarsi, stabilendo le regole poste a presidio del futuro espletamento di una determinata potestà; quando ciò accade, tuttavia, essa è tenuta all'osservanza di quelle prescrizioni con la duplice conseguenza che, da un lato, le è impedita la successiva disapplicazione di tali regole e, dall'altro, la violazione dell'auto-vincolo determina l'illegittimità delle successive determinazioni¹.

1. In tal senso, Consiglio di Stato, V, n. 3502/2017; Consiglio di Stato, III, 6, n. 7595/2019; Consiglio di Stato, sez. III, n. 5746/2020.

Ne discende che le previsioni della *lex specialis* vincolano rigidamente l'operato dell'Amministrazione, obbligata quindi <<alla loro applicazione senza alcun margine di discrezionalità, in ragione dei principi dell'affidamento e della parità di trattamento tra i concorrenti, che sarebbero pregiudicati ove si consentisse la modifica delle regole di gara cristallizzate nella *lex specialis* medesima>>².

Va da sé che l'adozione di provvedimenti di natura generale, quali regolamenti interni, circolari, linee guida o similari, da parte delle Stazioni appaltanti è un modo per queste ultime di auto-vincolarsi in modo generale per tutti i futuri procedimenti che si intendano espletare e non solo per la singola procedura.

Le ragioni per farlo possono essere molteplici. A parte la necessità di regolamentare alcuni aspetti o fasi della procedura perché richiesto direttamente dal Codice, come vedremo nel prosieguo della trattazione, vi può essere la volontà di disciplinare in modo uniforme la condotta dei diversi Uffici, per esempio in caso di Amministrazioni complesse (si pensi ad esempio alle Università, suddivise in Dipartimenti e altre Unità organizzative sottostanti) o l'opportunità di standardizzare *best practices* o proceduralizzare alcune fasi così da garantire maggiormente la parità di trattamento e la più ampia partecipazione nelle procedure di affidamento.

“ **Il nuovo Codice prevede diverse ipotesi in cui le Stazioni appaltanti, attraverso propri regolamenti interni, dettano la disciplina di alcune fasi delle procedure di affidamento. E' il caso dei controlli a campione per gli affidamenti di importo fino a 40mila euro; un altro è la disciplina delle indagini di mercato e della costituzione degli elenchi degli operatori economici nell'ambito delle procedure negoziate.** ”

Un'altra rilevante ragione per cui ha senso regolamentare in modo generale e standardizzato la condotta delle Stazioni appaltanti va ricercato nei principi, di nuova codificazione ma ampiamente accolti in giurisprudenza, del risultato e della fiducia, ai quali è improntato il nuovo Codice.

Come è noto, l'art. 1 del D. Lgs. n. 36/2023 è dedicato al principio fondamentale del risultato, che permea di sé tutto il dettato del Codice e che esprime lo spirito "*goals oriented*", cioè "orientato all'obiettivo", che lo caratterizza.

Da un lato, esso richiama i principi fondamentali su cui deve fondarsi l'azione amministrativa, ovvero l'efficacia, l'efficienza e l'economicità, ben noti a tutti gli operatori del settore pubblico in quanto espressione del buon andamento della pubblica amministrazione sancito dall'art. 97 della Costituzione.

Dall'altro però, tale principio è declinato in modo da porre il raggiungimento del risultato come fine fondamentale al quale gli altri principi diventano funzionali. In particolare, poi, ed è forse l'aspetto che qui più interessa, il comma 4 dell'articolo in esame afferma che il principio del risultato è **il criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto**. Ciò significa che i funzionari devono applicare le norme avendo come punto di riferimento, sopra ogni altra cosa, l'esigenza di raggiungere il risultato prefissato.

La regola del caso concreto è, di fatto, il provvedimento amministrativo che viene adottato. Le scelte discrezionali o le valutazioni tecniche che gli operatori delle Stazioni appaltanti si troveranno a compiere dovranno essere guidate da tale principio e lette a posteriori alla luce di questo criterio.

Ciò posto, appare chiaro come la previsione di linee guida interne o altri provvedimenti a carattere generale adottati dalla singola Amministrazione, che dettino regole di condotta o criteri di valutazione uniformi per tutti i suoi funzionari, possono costituire un valido aiuto per gli stessi RUP e per i loro collaboratori, che disporranno così di una "cartina di tornasole", di un "libretto di istruzioni" da seguire, specialmente nei casi più

2. Cfr. Consiglio di Stato. St., IV, n. 1148/2019.

complicati, con la certezza di non violare le norme e di perseguire il miglior risultato.

Stesso discorso può farsi con riferimento al secondo principio fondamentale sancito dal nuovo Codice, il principio della fiducia. L'art. 2, ai commi 1 e 2, del Decreto n. 36 infatti così recita: <<1. L'attribuzione e l'esercizio del potere nel settore dei contratti pubblici si fonda sul principio della reciproca fiducia nell'azione legittima, trasparente e corretta dell'amministrazione, dei suoi funzionari e degli operatori economici. 2. Il principio della fiducia favorisce e valorizza l'iniziativa e l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici, con particolare riferimento alle valutazioni e alle scelte per l'acquisizione e l'esecuzione delle prestazioni secondo il principio del risultato (...)>>. Il comma 2 in particolare mira proprio a incentivare l'agire dei funzionari e la loro autonomia decisionale, quasi a volerli rassicurare nel compimento delle scelte discrezionali o delle valutazioni tecniche. E' come dire che il loro agire non sarà più interpretato con sospetto o con l'intento di trovare un colpevole ma sarà letto alla luce del risultato conseguito. In quest'ottica, una maggiore rassicurazione potrebbe venire proprio dall'esistenza di un regolamento o di una circolare interna a carattere generale che guidi i singoli funzionari nel loro agire e li supporti nell'espressione della loro autonomia decisionale.

In altri termini, l'ampliata autonomia decisionale e discrezionalità degli operatori delle Stazioni appaltanti scaturenti dai surrichiamati principi può trovare un sostegno, nel senso di un cammino tracciato da seguire, proprio nello strumento degli auto-vincoli generalizzati che le singole Stazioni appaltanti possono darsi attraverso la regolamentazione interna.

In merito agli auto-vincoli, va anche rammentato quanto stabilito dal comma 3 dell'art. 2 che prevede: <<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 (...)>>. La disposizione in esame definisce meglio l'ambito di applicazione della

responsabilità amministrativa dei funzionari. I RUP e gli altri funzionari che si occupano delle varie fasi della realizzazione delle commesse pubbliche (programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione), rispondono per colpa grave (oltre che, ovviamente, per dolo) laddove per colpa grave ora si intende la frontale violazione di norme di diritto **o di norme scaturenti dall'auto-vincolo che la stazione appaltante si è posta mediante la lex specialis di gara o regolamenti interni**, nonché i casi di palese sciatteria o evidente negligenza o imperizia. In quest'ottica, l'auto-vincolo derivante da regolamenti interni (o, nei singoli casi concreti, dalla documentazione di gara) "fanno legge" per la Stazione appaltante e per i suoi operatori.

“ **I regolamenti interni sono una forma – generalizzata – di auto-vincolo della stazione appaltante. L'art. 2 del nuovo Codice precisa che la violazione degli auto-vincoli amministrativi, al pari della violazione di norme di diritto, costituisce colpa grave del funzionario pubblico, da cui discende la responsabilità amministrativa del medesimo.** ”

2. I regolamenti interni per la disciplina dei controlli a campione negli affidamenti fino a 40mila euro

Passiamo ora ad esaminare, senza alcuna pretesa di completezza, le diverse ipotesi di regolamentazione interna previste espressamente dal nuovo Codice.

Un primo esempio di regolamentazione interna previsto *ex novo* dal D. Lgs. n. 36/2023 è rinvenibile nell'art. 52, che, in tema di affidamenti di lavori, forniture e servizi di importo inferiore ai 40mila euro, stabilisce che le Stazioni appaltanti debbano predeterminare le modalità di individuazione del campione di affidatari dei contratti da sottoporre a verifica dell'effettivo possesso dei requisiti di legge.

Come è noto, infatti, il nuovo Codice, con intento chiaramente semplificatorio, ha previsto che il controllo puntuale sul possesso dei requisiti di

ordine generale (e, se richiesti, anche speciali) per contrarre con la PA debba essere effettuato solo per le procedure di importo pari o superiore ai 40mila euro. Per quelle di importo inferiore, invece, le Stazioni appaltanti dovranno pianificare una serie di controlli a campione per verificare la veridicità delle autodichiarazioni rese in merito dagli operatori economici. Il comma 1 del citato art. 52 stabilisce infatti che, in dette procedure, <<gli operatori economici attestano con dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà il possesso dei requisiti di partecipazione e di qualificazione richiesti. La stazione appaltante verifica le dichiarazioni, anche previo sorteggio di un campione individuato **con modalità predeterminate ogni anno**>>.

Già in vigore del vecchio Codice erano previste alcune semplificazioni nel subprocedimento di verifica del possesso dei requisiti in capo agli operatori economici. Le Linee guida ANAC n. 4 infatti prevedevano un regime semplificato dei controlli per i contratti sotto i cinquemila e sotto i 20mila euro.

Ora la semplificazione è ancora più marcata, all'insegna della valorizzazione, in primo luogo, del principio della fiducia, in base al quale <<l'attribuzione e l'esercizio del potere nel settore dei contratti pubblici si fonda sul principio della reciproca fiducia nell'azione legittima, trasparente e corretta dell'amministrazione, dei suoi funzionari e degli operatori economici>>.

Pertanto non appare necessario controllare a tappeto tutti gli operatori economici, presumendone la correttezza e buona fede, soprattutto per contratti di valore molto modesto per i quali un lungo e complicato subprocedimento di verifica risulterebbe sproporzionato e inutilmente gravoso per la Stazione appaltante rispetto al valore del contratto.

In secondo luogo, la predetta semplificazione risponde al fondamentale principio del risultato, inteso come il raggiungimento tempestivo ed efficace dell'obiettivo di tutela dell'interesse pubblico che, con il contratto, la Stazione appaltante intende perseguire. Si sono così finalmente superate molte delle lungaggini e delle difficoltà operative che le Stazioni appaltanti incontravano nella vigenza del vecchio Codice nell'espletare i micro-affidamenti.

Il fatto che da adesso in poi le Stazioni appaltanti verificheranno le dichiarazioni previo sorteggio

di un campione individuato con modalità "predeterminate" ogni anno significa che, annualmente, ciascuna Stazione appaltante dovrà adottare un **provvedimento a carattere generale** - regolamento, delibera o circolare che dir si voglia - per individuare a priori le modalità da utilizzare per scegliere un campione significativo di operatori economici - tra coloro che nell'arco dell'anno stipuleranno contratti con la medesima - da sottoporre a verifica puntuale.

Nell'espressione della propria autonomia, ciascuna Stazione appaltante valuterà quali siano le modalità di scelta del campione ritenute preferibili. Ragionevolmente, queste dovranno in ogni caso fondarsi su criteri oggettivi e imparziali e favorire l'efficacia, l'efficienza e l'economicità dell'azione amministrativa nonché la tempestività dei procedimenti, che sono i principi cardine delle procedure di affidamento e, in particolare, di quelle sotto soglia.

Ad esempio, potrebbe essere un criterio ragionevole e in linea con le suddette finalità l'applicazione del principio di proporzionalità diretta tra l'importo del contratto e la consistenza del campione da sottoporre a verifica. In altri termini, se si stabilisce che al crescere dell'importo degli affidamenti cresce il numero degli operatori economici da sottoporre a controllo, ciò appare coerente con la maggiore rilevanza che gli affidamenti di più alto valore rivestono per la Stazione appaltante. Il regolamento interno potrebbe, in tal caso, procedere a suddividere gli affidamenti in differenti fasce di importo e stabilire che, per ogni fascia, sia sorteggiato un numero di operatori economici crescente al crescere dell'importo caratterizzante quella fascia.

“ **L'art. 52 del nuovo Codice prevede implicitamente la necessità di un regolamento interno per disciplinare, in tema di affidamenti di lavori, forniture e servizi di importo inferiore ai quarantamila euro, la predeterminazione delle modalità di individuazione del campione di affidatari dei contratti da sottoporre a verifica dell'effettivo possesso dei requisiti.** ”

Tale criterio avrebbe senso anche dal punto di vista della concreta applicabilità o meno delle eventuali conseguenze in caso di esito negativo dei controlli. Occorre rammentare infatti che il comma 2 dell'art. 52 in esame prevede che «quando in conseguenza della verifica non sia confermato il possesso dei requisiti generali o speciali dichiarati, la stazione appaltante procede alla risoluzione del contratto, all'escussione della eventuale garanzia definitiva, alla comunicazione all'ANAC e alla sospensione dell'operatore economico dalla partecipazione alle procedure di affidamento indette dalla medesima stazione appaltante per un periodo da uno a dodici mesi decorrenti dall'adozione del provvedimento».

A questo punto, considerato che alcune delle predette conseguenze, quali la risoluzione del contratto e l'escussione della eventuale garanzia definitiva, hanno più probabilità di essere concretamente applicate esclusivamente negli affidamenti di maggior valore, più spesso consistenti in contratti di durata, ha senso che il numero di operatori economici da sorteggiare, e sottoporre conseguentemente a verifica, sia più consistente proprio per gli affidamenti di maggior "peso".

Il problema si porrà per i contratti di modesto o modestissimo valore per cui non è stata stipulata la garanzia definitiva o per quelli ad esecuzione istantanea, per i quali non ha senso parlare di risoluzione anticipata del contratto. In questi casi, essendo stata la prestazione già completamente eseguita, la stazione appaltante non potrebbe esimersi dal pagarne il corrispettivo, pena il configurarsi di un indebito arricchimento.

In molte di queste ipotesi, gli unici rimedi da applicare resteranno la comunicazione all'ANAC e la sospensione dell'operatore economico dalla partecipazione alle procedure di affidamento indette dalla medesima Stazione appaltante per un periodo da uno a dodici mesi. L'effetto deterrente di tali sanzioni è, per la verità piuttosto modesto e potrebbe indurre alcuni operatori economici ad aggirare la normativa sui controlli e a dichiarare il falso, costringendo per giunta la Stazione appaltante a compiere adempimenti a posteriori ben più gravosi rispetto alle normali verifiche preventive. Ma tant'è. Sicuramente, la semplificazione e la celerità che tale previsione imprime alle procedure di affidamento sotto i 40mila euro sono talmente convenienti dal punto di vista degli addetti ai lavori che vale la pena correre qualche rischio in più in

termini di potenziale aumento delle dichiarazioni non veritiere da parte degli operatori economici.

Il regolamento interno dovrà inoltre preoccuparsi di prevedere quando effettuare il sorteggio del campione da sottoporre a verifica. Si potrebbe stabilire di compierlo a cadenza periodica, ad esempio ogni sei mesi, prendendo in considerazione gli operatori economici contrattualizzati nei sei mesi precedenti. In alternativa, si potrebbe individuare un metodo casuale fondato sul numero di affidamenti espletati: si potrebbe decidere di sottoporre a verifica gli operatori economici con cui verrà stipulato, ad esempio, il quinto, il decimo, il quindicesimo contratto di affidamento in ordine cronologico, in un dato arco temporale, effettuando quindi i controlli di volta in volta.

er inciso, se l'Amministrazione dovesse scegliere tale seconda opzione potrebbe anche valutare di prevedere che, per gli affidamenti da sottoporre al controllo, sia *ab origine* chiesto un CIG ordinario anziché il classico SmartCIG, richiedibile per i contratti di importo inferiore a 40mila euro.

In questo modo, la verifica del possesso dei requisiti potrebbe essere più agevolmente effettuata tramite il FVOE anziché attraverso il tradizionale metodo delle richieste via pec alle Amministrazioni competenti al rilascio delle attestazioni (Agenzia delle Entrate, Casellario giudiziale, ecc.). Un ulteriore aspetto da disciplinare nel provvedimento a carattere generale sarà l'individuazione della struttura competente a procedere al sorteggio.

Se nelle piccole Amministrazioni gli acquisti vengono fatti dall'unico Ufficio appalti, nelle Stazioni appaltanti di dimensioni un po' più complesse, nelle quali sono presenti molteplici sottopartizioni organizzative, magari ciascuna competente ad effettuare acquisti e quindi dotata di RUP, si potrà valutare di costituire un elenco unico di tutti gli affidamenti svolti in un dato arco temporale, ad esempio un anno, e, attingendo da questo in modo centralizzato, sorteggiare il numero di operatori predeterminato in base al regolamento.

Un'altra possibilità potrebbe essere quella per cui ciascuna Unità organizzativa autonoma costituisca un proprio elenco degli affidamenti dalla stessa effettuati e sorteggi da lì. Il vantaggio di questa seconda soluzione è che, considerando gli arrotondamenti nel calcolo delle percentuali del campione da sorteggiare, è più probabile che il numero dei soggetti sottoposti a controllo risulti nel secondo caso complessivamente superiore.

Infine, un ulteriore aspetto di rilievo che il regolamento interno in tema di controlli a campione dovrà disciplinare è la durata del periodo di sospensione dell'operatore economico dalla partecipazione alle procedure di affidamento indette dalla medesima Stazione appaltante (variabile da uno a dodici mesi) in caso di esito negativo delle verifiche svolte.

Anche in questo caso le Stazioni appaltanti potranno valutare di graduare il periodo sanzionatorio in proporzione all'importo dell'affidamento o in relazione ad altri parametri.

Certo è che, laddove si sia prevista una suddivisione in fasce di importo degli affidamenti ai fini del sorteggio o nell'ambito del regolamento interno che disciplina l'applicazione del principio di rotazione, si potrebbe predeterminare la durata del periodo di sospensione parametrandola alle crescenti fasce di importo, ad esempio: sospensione di un mese per i contratti fino a cinquemila euro, sospensione di due mesi per i contratti fino a ventimila euro e così via.

“ Il regolamento interno che disciplina le modalità di scelta del campione da sottoporre a verifica del possesso dei requisiti, negli affidamenti sotto i quarantamila euro, stabilirà anche la durata del periodo di sospensione dell'operatore economico dalla partecipazione alle procedure indette dalla medesima Amministrazione in caso di esito negativo delle verifiche svolte. ”

3. I regolamenti interni per la determinazione delle modalità di conduzione delle indagini di mercato e di costituzione e revisione degli elenchi degli operatori economici

Il nuovo Codice e, in particolare l'Allegato II.1, con riferimento alle procedure negoziate per l'affidamento di contratti di lavori di importo pari o superiore a 150mila euro e di contratti di servizi e forniture di importo pari o superiore a 140mila euro e inferiore alle soglie di rilevanza europea (ossia le procedure di cui alle lett. c), d) ed e) dell'art. 50), prevede espressamente che le Stazioni appaltanti si possano dotare di un regolamento interno mediante il quale disciplinare:

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

Anche le vecchie Linee guida ANAC n. 4 prevedevano, in vigore del D. Lgs. n. 50/2016, la possibilità per le Stazioni appaltanti di regolamentare, con propri provvedimenti di portata generale, vari aspetti delle procedure sottosoglia, tra i quali, in particolare, la suddivisione degli affidamenti in fasce di importo al fine di applicare correttamente il principio di rotazione³ oppure le modalità di conduzione delle indagini di mercato o di costituzione degli elenchi di operatori economici⁴.

3. Si legge, infatti, nelle Linee guida ANAC n. 4, al par. 3.6: <<La stazione appaltante, in apposito regolamento (di contabilità ovvero di specifica disciplina delle procedure di affidamento di appalti di forniture, servizi e lavori), può suddividere gli affidamenti in fasce di valore economico, in modo da applicare la rotazione solo in caso di affidamenti rientranti nella stessa fascia. Il provvedimento di articolazione in fasce deve prevedere una effettiva differenziazione tra forniture, servizi e lavori e deve essere adeguatamente motivato in ordine alla scelta dei valori di riferimento delle fasce; detti valori possono tenere conto, per i lavori, delle soglie previste dal sistema unico di qualificazione degli esecutori di lavori>>.

4. Si vedano le medesime Linee guida ANAC n. 4, par. 5.1.1.

Similmente a quanto già fatto in vigore del vecchio Codice, le Stazioni appaltanti potranno ora, in primo luogo, individuare mediante un proprio regolamento differenti fasce di importo tra le quali suddividere gli affidamenti nonché chiarire le linee di demarcazione tra i vari settori merceologici al fine di applicare, in modo uniforme e non contestabile in tutte le procedure espletate, il principio di rotazione.

L'art. 49 del D. Lgs. n. 36/2023 prevede infatti che <<in applicazione del principio di rotazione è vietato l'affidamento o l'aggiudicazione di un appalto al contraente uscente nei casi in cui due consecutivi affidamenti abbiano a oggetto una commessa rientrante nello stesso settore merceologico, oppure nella stessa categoria di opere, oppure nello stesso settore di servizi>> e ancora che <<la stazione appaltante può ripartire gli affidamenti in fasce in base al valore economico. In tale caso il divieto di affidamento o di aggiudicazione si applica con riferimento a ciascuna fascia (...)>>. Va da sé che tale ripartizione in fasce e distinzione tra settori merceologici o categorie di opera vada in qualche modo predeterminata con atto generale.

Oltre a ciò, e con specifico riferimento alle procedure negoziate, cui parrebbero riservati gli strumenti delle indagini di mercato e degli elenchi di operatori economici⁵, le Stazioni appaltanti potranno individuare in modo dettagliato e "personalizzato" le modalità per lo svolgimento delle indagini di mercato ritenute più convenienti, differenziate per importo e complessità di affidamento, secondo i principi di adeguatezza e proporzionalità, anche tramite la consultazione dei cataloghi del mercato elettronico propri o delle altre Stazioni appaltanti, nonché di altri fornitori esistenti. A seconda della fascia di importo, quindi le modalità potranno essere più o meno complesse; il numero degli operatori da invitare potrà crescere ad esempio al crescere dell'importo.

Il regolamento interno dovrà inoltre disciplinare in dettaglio le modalità con cui la Stazione appaltante dà opportuna pubblicità dell'attività di esplorazione del mercato, scegliendo gli strumenti più idonei in ragione della rilevanza del contratto e stabilendo una ragionevole durata della pubblicazione dell'avviso sul sito istituzionale, magari variabile in funzione della rilevanza e delle caratteristiche specifiche dell'appalto.

Un ulteriore aspetto che il regolamento interno potrebbe opportunamente trattare è l'individuazione dei casi in cui è ammesso il sorteggio tra i nominativi degli operatori da invitare, posto che l'Allegato II.1 precisa che <<il sorteggio o altri metodi di estrazione casuale dei nominativi sono consentiti solo in casi eccezionali in cui il ricorso ai criteri di cui al terzo periodo è impossibile o comporta per la stazione appaltante oneri assolutamente incompatibili con il celere svolgimento della procedura>>.

Il nuovo Codice, in linea con la normativa previgente, prevede la possibilità per le Stazioni appaltanti di darsi un regolamento per la suddivisione degli affidamenti in differenti fasce di importo, per soddisfare la necessità di applicare correttamente il principio di rotazione.

Una disciplina interna di portata generale assume grande importanza anche in tema di costituzione di elenchi di operatori economici dai quali attingere per scegliere i candidati da invitare.

5. E' ancora aperta la questione se possa considerarsi ammessa, come era pacificamente in vigore della disciplina emergenziale dettata dai Decreti Semplificazioni, la possibilità per le Stazioni appaltanti di auto-vincolarsi, sussistendo ragioni di opportunità in tal senso e di interesse pubblico, e applicare anche per gli affidamenti diretti una procedura più aperta alla concorrenza, tipica degli affidamenti di fascia superiore, nel rispetto, tuttavia, delle ristrette tempistiche imposte dai decreti emergenziali per gli affidamenti di importo inferiore. La dottrina è divisa sul punto in quanto l'interpretazione letterale di alcuni passaggi del Codice farebbero propendere per una risposta negativa, mentre, d'altro canto, sembrerebbero tuttora valide le considerazioni espresse in precedenza da dottrina e giurisprudenza sulla necessità di conservare un certo spazio di autonomia alla singola Stazione appaltante al fine di garantire al meglio la partecipazione, la concorrenza, l'economicità nella scelta del contraente e, in ultima analisi, il pieno conseguimento dell'interesse pubblico.

Con proprio regolamento infatti ciascuna Stazione appaltante può individuare i requisiti di carattere generale che gli operatori economici devono possedere, la modalità di selezione degli operatori economici da invitare, le categorie e fasce di importo in cui l'amministrazione intende suddividere gli elenchi e gli eventuali requisiti minimi richiesti per l'iscrizione, parametrati in ragione di ciascuna categoria o fascia di importo.

Tali aspetti poi potranno essere meglio dettagliati, caso per caso, nei singoli avvisi pubblici. Inoltre il regolamento interno stabilirà le modalità di revisione dell'elenco, con cadenza prefissata o al verificarsi di determinati eventi e le regole per la cancellazione degli operatori che abbiano perduto i requisiti richiesti o per la loro collocazione in diverse sezioni dell'elenco.

Potranno essere delineati in termini generali i criteri oggettivi, coerenti con l'oggetto e la finalità dell'affidamento e con i principi di concorrenza, non discriminazione, proporzionalità e trasparenza, in base ai quali operare la scelta degli operatori da invitare alla procedura negoziata e, infine, come per le indagini di mercato, i casi in cui è ammesso il sorteggio o altri metodi di estrazione casuale dei nominativi da invitare.

4. Gli altri ambiti di possibile regolamentazione interna

Pur se in assenza di espliciti riferimenti in tal senso da parte del Codice, vi sono molteplici ambiti in cui una regolamentazione di portata generale da parte della singola Stazione appaltante appare necessaria o, quantomeno, opportuna al fine di predeterminare alcuni criteri di condotta o parametri di valutazione e garantirne una uniforme applicazione a tutte le procedure espletate da quell'Amministrazione.

Tra questi, un caso è quello della nomina dei RUP. L'art. 13, invero, disciplina in modo abbastanza puntuale i criteri per la scelta del RUP, i requisiti di professionalità e competenza che il medesimo deve avere, nonché le modalità da seguire per procedere alla nomina. Tuttavia, soprattutto nelle Amministrazioni più complesse, in cui gli Uffici o i Settori che si occupano di acquisti sono molteplici o, comunque, vi è la possibilità di scegliere il RUP tra una folta rosa di dipendenti, potrebbe essere opportuno dettare una disciplina generale per uniformare i criteri di scelta dei medesimi e guidare

i dirigenti nell'individuazione dei RUP da nominare in base a parametri noti e condivisi.

Ciò è ancora più opportuno se si pensa al fatto che l'art. 15 del nuovo Codice prevede ora che <<ferma restando l'unicità del RUP, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti possono individuare modelli organizzativi, i quali prevedano la nomina di un responsabile di procedimento per le fasi di programmazione, progettazione ed esecuzione e un responsabile di procedimento per la fase di affidamento.

e relative responsabilità sono ripartite in base ai compiti svolti in ciascuna fase, ferme restando le funzioni di supervisione, indirizzo e coordinamento del RUP>>.

Nel proprio regolamento interno, ogni Stazione appaltante potrebbe stabilire a priori e in termini generali in presenza di quali condizioni e presupposti si possa o si debba nominare, in affiancamento al RUP anche uno o più responsabili di fase, al variare della complessità, dell'importo e delle specifiche competenze richieste dall'appalto.

Si consideri inoltre che, alla luce del nuovo Codice, la corresponsione degli incentivi per funzioni tecniche ai RUP e ai loro collaboratori è diventata un diritto soggettivo, da disporre obbligatoriamente e direttamente ad opera del dirigente senza necessità che siano preventivamente individuate le modalità e i criteri di riparto in sede di contrattazione decentrata integrativa del personale, sulla base di un apposito regolamento adottato dalle amministrazioni, come invece era previsto dal D. Lgs. n. 50/2016.

Da ciò potrebbe scaturire un maggiore interesse - per i funzionari che ne abbiano le competenze - di ricoprire il ruolo di RUP. Appare perciò quanto mai opportuno che l'assegnazione dell'incarico rispetti criteri oggettivi, tra cui anche quello della rotazione.

Un altro ambito in cui le Stazioni appaltanti possono opportunamente darsi una disciplina generale interna è quello della digitalizzazione, al fine di meglio tutelare la sfera dei diritti di cittadinanza digitale.

L'art. 19 del nuovo Codice infatti prevede che è compito delle Stazioni appaltanti assicurare la digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti nel rispetto dei principi e delle disposizioni del Codice dell'amministrazione digitale e garantire l'esercizio

dei diritti di cittadinanza digitale, applicando i principi di neutralità tecnologica, di trasparenza, di protezione dei dati personali e di sicurezza informatica.

In particolare, <<i soggetti titolari di banche dati adottano 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>> mentre le Stazioni appaltanti devono adottare <<misure tecniche e organizzative a presidio della sicurezza informatica e della protezione dei dati personali>>, assicurare la costante formazione e aggiornamento del personale addetto, assicurare <<la tracciabilità e la trasparenza delle attività svolte, l'accessibilità ai dati e alle informazioni, la conoscibilità dei processi decisionali automatizzati>> e rendere le piattaforme utilizzate accessibili.

Si tratta, in tutti i casi, di aspetti che necessitano di linee guida interne, di direttive tecniche di dettaglio che ciascuna Stazione appaltante può opportunamente darsi per procedere in modo più efficiente e rispettoso dell'ordinamento.

“ Pur se non previsto espressamente dal Codice, le Stazioni appaltanti, soprattutto se dotate di un'organizzazione complessa, potrebbero opportunamente prevedere una disciplina generale per uniformare i criteri di scelta dei RUP al fine di guidare i dirigenti nella nomina dei medesimi in base a parametri uniformi e condivisi. ”

Il nuovo soccorso istruttorio: le principali caratteristiche, la giurisprudenza più recente e il recepimento nel Bando tipo-1 di ANAC.

di Ilenia Paziani

SOTTO
LA
LENTE

Introduzione

Il soccorso istruttorio rappresenta il sub-procedimento che consente al concorrente di sanare le irregolarità della domanda di partecipazione alla gara d'appalto. Si tratta di un istituto volto a bilanciare il principio di *par condicio* con quello di massima partecipazione, in modo tale da garantire la prevalenza della "sostanza" sulla "forma".

Il soccorso istruttorio non può dunque prescindere dalla leale collaborazione tra la Stazione Appaltante e il concorrente ispirata, da un lato, dalla fiducia nell'attività dell'amministrazione; dall'altro lato, nel principio di autoresponsabilità dell'operatore economico.

Nel nostro ordinamento, un generale riconoscimento del soccorso istruttorio si è avuto già con la Legge n. 241/1990 (legge sul procedimento amministrativo), che all'articolo 6 prevede "1. *Il responsabile del procedimento: (...) b) accerta di ufficio i fatti, disponendo il compimento degli*

atti all'uopo necessari, e adotta ogni misura per l'adeguato e sollecito svolgimento dell'istruttoria. In particolare, può chiedere il rilascio di dichiarazioni e la rettifica di dichiarazioni o istanze erranee o incomplete e può esperire accertamenti tecnici ed ispezioni ed ordinare esibizioni documentali".

In materia di procedure di appalto, l'istituto si trovava già sancito nei Decreti Legislativi n. 406/1991, n. 358/1992 e n. 157/1995, rispettivamente in materia di lavori, forniture e servizi pubblici ed in seguito, anche all'art. 46 del D.Lgs. n. 163/2006, il quale prevedeva la possibilità di "*completare o fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati*". Tuttavia, su quest'ultima disposizione si erano consolidati orientamenti giurisprudenziali piuttosto ristrettivi, secondo i quali l'esercizio del soccorso istruttorio trovava un limite nel rispetto del principio della *par condicio* e, conseguentemente, poteva essere ammesso solo per regolarizzare la documentazione già presentata, ma mai per integrarla.

Il successivo Codice del 2016 aveva a sua volta esteso l'ambito applicativo del soccorso istruttorio, prevedendone l'utilizzo per tutte "le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda" e, in particolare, ai casi di "mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo" (articolo 83, comma 9).

Veniva quindi, finalmente e in modo espresso, ammessa sia la regolarizzazione, sia l'integrazione della documentazione, ferma l'immodificabilità dell'offerta.

Le successive modifiche normative e la giurisprudenza hanno via via sempre più ampliato l'operatività del soccorso istruttorio, eliminando del tutto il pagamento della sanzione pecuniaria per accedervi e ammettendo anche nuove tipologie, quali il c.d. soccorso procedimentale.

1. La nuova disciplina del soccorso istruttorio: art. 101 del D.Lgs. n. 36/2023

Il nuovo Codice dei Contratti Pubblici di cui al D.lgs. n. 36/2023, con l'articolo 101, ha semplificato e chiarito l'istituto del soccorso istruttorio nell'ottica della leale collaborazione tra le parti, recependo le indicazioni giurisprudenziali formatesi sulla precedente disciplina (art. 83, comma 9, D.lgs. n. 50/2016).

La relazione illustrativa al Codice indica che la nuova disciplina del soccorso istruttorio è volta a introdurre alcune novità dirette a semplificare e chiarire gli aspetti che, nella vigenza del D.lgs. n. 50/2016, avevano creato difficoltà applicative.

La nuova previsione è quindi finalizzata, da un lato, a semplificare le previsioni del nuovo Codice; dall'altro lato, ad evitare, nel rispetto del principio della par condicio, che lo svolgimento della procedura di gara sia condizionato da un eccessivo formalismo, che può pregiudicare la qualità dell'offerta e il pieno raggiungimento dell'obiettivo perseguito dalla stazione appaltante con la procedura di gara.

a) Comma 2: il termine per provvedere al soccorso istruttorio

Innanzitutto, l'articolo 101, prevede per la prima volta un termine minimo che la stazione appaltante

deve concedere all'operatore economico per rispondere alla richiesta di soccorso istruttorio, pari a 5 giorni, e un termine massimo di 10 giorni.

L'individuazione di tali termini ha l'evidente scopo di bilanciare la possibilità per il concorrente di ottemperare alle carenze della propria offerta in un termine congruo, ma, allo stesso tempo, idoneo a garantire la rapida conclusione del sub-procedimento.

Il secondo comma precisa, infatti, che "l'operatore economico che non adempie alle richieste di della stazione appaltante nel termine stabilito è escluso dalla procedura di gara".

Il nuovo Codice prevede un termine minimo di 5 giorni che la Stazione Appaltante deve assicurare al concorrente per adempiere alla richiesta di soccorso istruttorio

b) Comma 1: il riferimento al FVOE

Nel merito del funzionamento del "nuovo" soccorso istruttorio, l'articolo 101 prevede che, se al momento della scadenza del termine di prestazione delle offerte, il documento mancante è contenuto nel Fascicolo Virtuale dell'Operatore Economico (FVOE), **non è necessario procedere all'integrazione**, ma la Stazione appaltante lo acquisisce **d'ufficio**.

Tale previsione costituisce una vera e propria novità che si inserisce perfettamente in uno degli obiettivi del PNRR - pienamente sposato dai principi ispiratori del nuovo Codice - volto ad accelerare la piena interoperabilità tra enti pubblici e le loro basi informative.

Si tratta del cosiddetto principio del "once only", un concetto di e-government per cui cittadini e imprese devono poter fornire "una sola volta" le loro informazioni ad autorità ed amministrazioni, le quali cooperano in maniera sinergica.

Tale principio, applicato alle procedure ad evidenza pubblica, consente di snellire il procedimento e sgravare l'operatore economico di adempimenti non strettamente necessari.

Per completezza si rammenta che il "Fascicolo virtuale dell'operatore economico" è disciplinato dall'articolo 24 del nuovo Codice, il quale ne prevede l'istituzione presso la Banca dati nazionale dei contratti pubblici.

Il FVOE consente la verifica dell'assenza delle cause di esclusione di cui agli articoli 94 e 95 (requisiti di ordine generale), nonché l'attestazione dei requisiti di cui all'articolo 103 per i soggetti esecutori di lavori pubblici ed infine dei dati e dei documenti relativi ai criteri di selezione di cui all'articolo 100 (requisiti di ordine speciale).

“ Se al momento della scadenza del termine di prestazione delle offerte, il documento mancante è contenuto nel FVOE, la Stazione appaltante lo acquisisce d'ufficio; se non è presente viene assegnato un termine tra 5 e 10 giorni per integrare o sanare l'omissione o irregolarità. ”

L'articolo 101 prosegue specificando che, se il documento *non è presente nel FVOE*, la stazione appaltante assegna un termine minimo compreso tra i 5 e i 10 giorni per sanare ogni omissione, inesattezza o irregolarità:

- della domanda di partecipazione;
- del documento di gara unico europeo;
- di ogni altro documento richiesto dalla stazione appaltante per la partecipazione alla procedura di gara, con esclusione della documentazione che compone l'offerta tecnica e l'offerta economica.

Rimangono invece non sanabili le omissioni, inesattezze e irregolarità che rendono assolutamente incerta l'identità del concorrente.

Su questo ultimo profilo vale la pena precisare che la precedente disciplina dell'articolo 83, comma 9, del D.lgs. n. 50/2016 prevedeva l'impossibilità di procedere alla sanatoria anche delle irregolarità essenziali della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto e non solo dell'identità del concorrente. Ne consegue che il riferimento alla sola identità del concorrente sembra avere ulteriormente allargato le possibilità di accedere al soccorso istruttorio.

c) Comma 3: il soccorso procedimentale

L'articolo 101 al comma 3 codifica, inoltre, il «*soccorso procedimentale*». Tale particolare modalità di soccorso istruttorio non era prevista espressamente dal precedente Codice, ma era ormai pacificamente ammessa dalla giurisprudenza.

La nuova disciplina, dunque, positivizza quanto il costante orientamento giurisprudenziale degli ultimi anni aveva già anticipato.

Nel dettaglio, la norma ammette che la stazione appaltante può richiedere «*chiarimenti*» sui contenuti dell'offerta tecnica e dell'offerta economica e su ogni loro allegato.

Anche con riferimento al soccorso procedimentale il nuovo articolo prevede un termine minimo che la stazione appaltante deve concedere al concorrente per rispondere pari a 5 giorni e non più lungo di 10 giorni.

“ Fermo restando il principio di immodificabilità dell'offerta, la stazione appaltante può, per legge, richiedere chiarimenti sui contenuti dell'offerta tecnica e dell'offerta economica e su ogni loro allegato ”

Il limite alla possibilità di chiedere chiarimenti sull'offerta tecnica ed economica è costituito ovviamente all'impossibilità di modificarne il contenuto.

Tale limite all'operatività del soccorso istruttorio costituisce applicazione diretta del principio di tutela della *par condicio*, il cui corollario è individuabile nel principio di immodificabilità dell'offerta.

A questo proposito, è utile richiamare la giurisprudenza formatasi in vigenza del vecchio codice secondo cui risultano pacificamente ammessi quei chiarimenti «*finalizzati a consentire l'interpretazione delle offerte e ricercare l'effettiva volontà dell'impresa partecipante alla gara, superandone le eventuali ambiguità, e a condizione di giungere a esiti certi circa la portata dell'impegno negoziale con esse assunte* (Cons. Stato, V, 27 aprile 2015, n. 2082; 22 ottobre 2014, n. 5196; 27 marzo 2013, n. 1487)» (Cons. Stato, sez. V, 27 gennaio 2020 n. 680).

La giurisprudenza del Consiglio di Stato ha quindi ritenuto ammissibile:

- sia il chiarimento richiesto *“utile a dirimere il dubbio”* perché *“non avrebbe costituito una modifica dell’offerta tecnica presentata in gara”*,
- sia l’utilizzo di tale chiarimento e quindi la rettifica dell’offerta economica, in quanto non ha dato luogo all’introduzione di *“dati correttivi o manipolativi, ma si sarebbe limitato a confermare la portata di elementi già in essa contenuti, ovvero a fornire riscontro della “svista” occorsa nella compilazione dell’offerta economica”*.

In ordine all’esperibilità del cd. soccorso procedimentale, la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha dunque rilevato che tale rimedio - che resta limitato a casi in cui non si deve mai ravvisare una modifica o una integrazione dell’offerta tecnica o economica- viene riconosciuto come ammissibile nei casi in cui i chiarimenti e le integrazioni richieste si rivelino *“utili per risolvere dubbi riguardanti gli “elementi essenziali dell’offerta”, mediante l’acquisizione di chiarimenti da parte del concorrente che non assumano carattere integrativo, ma che servano a consentirne l’esatta interpretazione e a ricercare l’esatta volontà del partecipante alla gara, in modo tale da superare eventuali ambiguità”* (cfr. C.d.S, Sez. V, n. 680/2020; Sez. III, n. 1225/2021, nonché TAR Veneto, 6 ottobre 2021 n. 1175).

d) Comma 4: la rettifica dell’errore materiale

Quanto previsto dal comma 4 costituisce una ulteriore novità dell’istituto in commento, cioè la correzione dell’errore materiale ad opera dello stesso operatore economico.

La norma prevede infatti la possibilità per l’operatore economico di **correggere un proprio errore materiale in cui sia incorso nell’elaborazione dell’offerta** (ad es. una incongruenza tra importi unitari e importo complessivo dell’offerta economica).

Tale possibilità viene accordata al concorrente fino al giorno fissato per l’apertura delle buste contenenti l’offerta, ne consegue che la correzione dell’errore materiale può essere richiesta dal concorrente anche dopo il termine di scadenza della presentazione delle offerte.

È tuttavia necessario rispettare degli accorgimenti di forma affinché sia possibile procedere alla correzione dell’errore materiale, senza incorrere in una modifica postuma dell’offerta presentata (e quindi inammissibile, e comportante l’esclusione dalla gara).

In particolare, il comma 4 precisa che:

- la correzione non deve comportare una modifica sostanziale (non deve essere una «nuova offerta»);
- deve essere garantito l’anonimato;
- devono essere seguite le stesse modalità di presentazione dell’offerta.

“ L’operatore economico può correggere un proprio errore materiale in cui sia incorso nell’elaborazione dell’offerta fino all’apertura delle offerte, purché non si tratti di una modifica sostanziale dell’offerta e purché sia garantito l’anonimato ”

Trattandosi di una vera e propria novità, mai ammessa in questi termini prima d’ora, non sono ancora chiare le modalità attraverso cui tale rettifica potrà effettivamente operare. È auspicabile che le piattaforme telematiche di gestione delle gare d’appalto predispongano degli specifici percorsi attraverso cui procedere alla rettifica del rispetto dei criteri sopra descritti.

Vale la pena aggiungere che la giurisprudenza aveva già ammesso la possibilità di procedere alla correzione del mero errore materiale, sebbene in termini diversi rispetto alla disciplina appena esposta.

Nello specifico, si rammenta che la giurisprudenza ha ammesso la **rettifica d’ufficio** da parte del RUP dell’errore materiale commesso dal concorrente in relazione all’offerta.

Gli ultimi approdi giurisprudenziali (tra cui TAR Lazio, Roma, Sez. III Quater, 4 gennaio 2021, n. 62; TAR Veneto, sez. I, 2 marzo 2021 n. 291) hanno affermato che il RUP possa, non solo chiedere chiarimenti, ma anche procedere direttamente alla rettifica d’ufficio dell’errore materiale, così mantenendo il concorrente in gara.

In sintesi, la giurisprudenza formatasi sul Codice precedente (ma che può ritenersi tuttora applicabile) ritiene che - fermo restando il principio di immodificabilità dell'offerta - il RUP può procedere alla rettifica d'ufficio dell'offerta qualora:

- l'errore materiale sia riconoscibile e tale riconoscibilità sia valutabile ex ante;
- l'errore sia riconducibile a una mera svista "ictu oculi rilevabile" (errore materiale) emendabile attraverso semplici operazioni matematiche;
- risulti palese la volontà negoziale del concorrente in relazione al dato corretto;
- l'errore sia emendabile senza ricorrere ad ausili esterni (es. senza dichiarazioni integrative).

In altri termini non deve ritenersi necessaria alcuna "attività manipolativa", da parte della stazione appaltante, al fine di correggere il suddetto errore materiale.

Ne consegue che, laddove si verificano i presupposti sopra delineati, il RUP dovrà procedere alla rettifica dell'offerta (eventualmente anche previa richiesta di chiarimenti all'operatore economico) e mantenere in gara il concorrente.

2. Il soccorso istruttorio nel nuovo Bando tipo ANAC n. 1

Il Consiglio ANAC, nella seduta del 27 giugno 2023, ha approvato il Bando tipo avente ad oggetto "Procedura aperta per l'affidamento di contratti pubblici di servizi e forniture nei settori ordinari di importo superiore alle soglie europee, da aggiudicarsi mediante il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo".

Il paragrafo 14 del bando tipo -1 e dello schema di disciplinare pubblicati da ANAC recepiscono le novità introdotte dall'articolo 101.

In particolare, viene precisato che:

- **non può essere sanato** il mancato possesso dei prescritti requisiti di partecipazione;
- **sono sanabili** l'omessa o incompleta nonché irregolare presentazione delle dichiarazioni sul possesso dei requisiti di partecipazione e ogni altra mancanza, incompletezza o irregolarità della domanda, fatta ad eccezione delle false dichiarazioni;

- **sono sanabili**, solo se preesistenti e comprovabili con data certa anteriore al termine di presentazione dell'offerta, la mancata produzione del contratto di avvalimento, della garanzia provvisoria, del mandato collettivo speciale o dell'impegno a conferire mandato collettivo;
- **è sanabile** il difetto di sottoscrizione della domanda di partecipazione, delle dichiarazioni richieste e dell'offerta;
- **non è sanabile** l'omessa indicazione, delle modalità con le quali l'operatore intende assicurare, in caso di aggiudicazione del contratto, il rispetto delle condizioni di partecipazione e di esecuzione relativi all'applicazione dei contratti collettivi di lavoro nazionali.

Inoltre, con particolare riferimento alle **procedure afferenti agli investimenti PNRR e PNC**, viene precisato che **sono sanabili**:

- l'omessa dichiarazione sull'aver assolto agli obblighi di cui alla legge 68/1999
- e, per i concorrenti che occupano oltre cinquanta dipendenti, l'omessa presentazione di copia dell'ultimo rapporto periodico sulla situazione del personale maschile e femminile, redatto ai sensi dell'articolo 46 decreto legislativo n. 198 del 2006,
- e la trasmissione dello stesso alle rappresentanze sindacali e ai consiglieri regionali di parità, purché redatto e trasmesso in data anteriore al termine per la presentazione delle offerte.

Mentre **non è sanabile** mediante soccorso istruttorio l'omesso impegno ad assicurare, in caso di aggiudicazione del contratto, l'assunzione di una quota di occupazione giovanile e femminile di cui all'articolo 49 del DL 31 maggio 2021, n. 77, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 luglio 2021, n. 108.

Anche lo schema di disciplinare recepisce il nuovo articolo 101 prevedendo l'assegnazione al concorrente di un congruo termine - non inferiore a cinque e non superiore a dieci giorni - affinché renda, integri o regolarizzi le dichiarazioni necessarie, "indicando il contenuto e i soggetti che le devono rendere nonché la sezione della Piattaforma dove deve essere inserita la documentazione richiesta".

Il disciplinare precisa inoltre che, qualora il concorrente produca dichiarazioni o documenti non

perfettamente coerenti con la richiesta, la stazione appaltante può chiedere ulteriori precisazioni o chiarimenti, limitate alla documentazione presentata in fase di soccorso istruttorio, fissando un termine a pena di esclusione.

Infine, a differenza della precedente versione del bando tipo-1, a fronte della codificazione del soccorso procedimentale, viene previsto espressamente che *“la stazione appaltante può sempre chiedere chiarimenti sui contenuti dell’offerta tecnica e dell’offerta economica e su ogni loro allegato. L’operatore economico è tenuto a fornire risposta nel termine assegnato dalla stazione appaltante che non può essere inferiore a cinque giorni e superiore a dieci giorni. I chiarimenti resi dall’operatore economico non possono modificare il contenuto dell’offerta.”*.

3. La giurisprudenza più recente sul soccorso istruttorio tra vecchio e nuovo Codice

Quanto appena analizzato evidenzia che la disciplina del nuovo soccorso istruttorio si pone in continuità con quella contenuta nel previgente articolo 83 comma 9, così come arricchita dalla giurisprudenza formatasi negli ultimi anni.

Per tale ragione, nonostante non siano ancora rinvenibili specifiche pronunce sull’applicazione del nuovo articolo 101, la nuova disciplina è stata già oggetto di interessanti ragionamenti da parte della giurisprudenza che si è trovata a decidere su fattispecie di soccorso istruttorio relative a gare indette ai sensi del d.lgs. n. 50/2016.

Ed infatti, in una recente pronuncia del **Consiglio di Stato, sez. V, del 21 agosto 2023 n. 7870**, è rinvenibile una sintesi delle principali caratteristiche del “nuovo” soccorso istruttorio.

Seppure al caso di specie analizzato dal Consiglio di Stato non fosse applicabile il nuovo Codice, il Collegio ha analizzato la disciplina dell’articolo 101 sottolineandone le peculiarità.

In particolare, in tale pronuncia è stata riconosciuta la portata “più ariosa” della nuova disciplina del soccorso istruttorio.

Si tratta di una pronuncia particolarmente interessante, in quanto distingue tra le diverse tipologie di soccorso istruttorio facendo una comparazione tra vecchio e nuovo Codice,

evidenziandone la continuità, fatta eccezione per alcune novità volte ad ampliare ulteriormente la portata dell’istituto.

Per tale ragione si riporta di seguito il relativo estratto della sentenza citata.

Il Consiglio di Stato individua quattro tipologie di soccorso istruttorio:

*“a) **soccorso integrativo o completivo** (comma 1, lettera a) dell’art. 101 d. lgs. n. 36 cit., non difforme dall’art. 83, comma 9), che mira, in termini essenzialmente quantitativi, al recupero di carenze della c.d. documentazione amministrativa necessaria alla partecipazione alla gara (con esplicita esclusione, quindi, della documentazione inerente l’offerta, sia sotto il profilo tecnico che sotto il profilo economico), sempreché non si tratti di documenti bensì non allegati, ma acquisibili direttamente dalla stazione appaltante (in prospettiva, tramite accesso al fascicolo virtuale dell’operatore economico);*

*b) **soccorso sanante** (comma 1 lettera b), anche qui non difforme dall’art. 83, comma 9 del d. lgs. n. 50), che consente, in termini qualitativi, di rimediare ad omissioni, inesattezze od irregolarità della documentazione amministrativa (con il limite della irrecuperabilità di documentazione di incerta imputazione soggettiva, che varrebbe a rimettere in gioco domande inammissibili);*

*c) **soccorso istruttorio in senso stretto** (comma 3), che - recuperando gli spazi già progressivamente riconosciuti dalla giurisprudenza alle forme di soccorso c.d. procedimentale - abilita la stazione appaltante (o l’ente concedente) a sollecitare chiarimenti o spiegazioni sui contenuti dell’offerta tecnica e/o dell’offerta economica, finalizzati a consentirne l’esatta acquisizione e a ricercare l’effettiva volontà dell’impresa partecipante, superandone le eventuali ambiguità, a condizione di pervenire ad esiti certi circa la portata dell’impegno negoziale assunto, e fermo in ogni caso il divieto (strettamente correlato allo stringente vincolo della par condicio) di apportarvi qualunque modifica;*

*d) **soccorso correttivo** (comma 4): che, in realtà, a differenza delle altre ipotesi - rispetto alle quali si atteggia, peraltro, a fattispecie di*

nuovo conio, come tale insuscettibile, almeno in principio, di applicazione retroattiva - prescinde dall'iniziativa e dall'impulso della stazione appaltante o dell'ente concedente (sicché non si tratta, a rigore, di soccorso in senso stretto), abilitando direttamente il concorrente, fino al giorno di apertura delle offerte, alla rettifica di errori che ne inficino materialmente il contenuto, fermo il duplice limite formale del rispetto dell'anonimato e sostanziale della immutabilità contenutistica."

Un'altra interessante pronuncia è quella del **TAR Bolzano del 25 ottobre 2023 n. 316**.

La controversia riguardava, per quanto qui rileva, la mancata attivazione del soccorso istruttorio in favore di uno dei concorrenti.

Anche in questo caso, la gara era disciplinata dal precedente Codice del 2016; tuttavia il TAR ha ammesso una lettura più ampia del soccorso istruttorio sul presupposto che *"l'istituto del soccorso istruttorio e procedimentale deve essere interpretato conformemente al cd. **principio del risultato**, oggi codificato nell'art. 1 del d.lgs. 36/2023 ma costituente principio già immanente dell'ordinamento (Cons. Stato, sez. IV, 20 aprile 2023, n. 4014)"*.

Secondo il TAR, infatti, il perseguimento del risultato, e quindi di uno dei principi fondamentali elencati nei primi articoli del D.lgs. n.36/2023, deve assurgere a criterio-guida dell'azione amministrativa nella selezione del concorrente che risulti il più idoneo all'esecuzione delle prestazioni oggetto dell'affidamento avendo presentato la migliore offerta e quindi anche nell'applicazione del soccorso istruttorio.

Da ciò discende che il ricorso al soccorso istruttorio e/o procedimentale *"non costituisce una mera facoltà per la stazione appaltante, ma un vero e proprio **onere procedimentale ogniqualvolta esso sia strumentale a sanare irregolarità e/o omissioni afferenti alla documentazione presentata dagli operatori economici che potrebbero impedire di selezionare il miglior concorrente quale esecutore dell'appalto***.

Con l'ulteriore conseguenza che *"la possibilità della sanatoria di meri errori materiali attraverso detto istituto di soccorso istruttorio/procedimentale deve essere concessa **indistintamente a tutti gli operatori economici**"*.

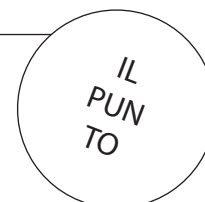
In conclusione, dall'analisi del dato normativo e della giurisprudenza emerge un sostanziale ampliamento dei confini applicativi del soccorso istruttorio in materia di appalti.

Occorre tuttavia tenere sempre ben presente che, accanto ai principi di massima partecipazione e di prevalenza della sostanza sulla forma resta, a presidio della par condicio e del buon andamento, il **principio di autoresponsabilità** in forza del quale ogni operatore economico è chiamato a redigere diligentemente la propria offerta, sopportando gli eventuali errori commessi in fase di formulazione dell'offerta e di predisposizione della documentazione.

Project management e settore pubblico (parte 5[^])

Il ciclo di vita del progetto nel codice appalti (2a)

di Pier Luigi Guida



1. Le altre fasi di progetto

Nel ciclo di vita del progetto, a seguito della fase di programmazione, trattata in precedente articolo, il codice degli appalti definisce i contenuti e le norme generali delle fasi successive di progettazione:

- progetto di fattibilità tecnico-economica (anche abbreviato come PFTE)
- progetto esecutivo.

Come facilmente s'intende anche la progettazione si svolge in attività successive, allo scopo di giungere progressivamente o con stadi di approfondimenti successivi alla soluzione finale da realizzare, così come in generale avviene anche in altri ambiti di carattere creativo dell'attività umana. Ma mentre anche uno scultore o designer artistico seguirà un proprio metodo nel modellare e avvicinarsi in modo progressivo al prodotto finale, per i contratti pubblici è stato definito un processo standard di progettazione, che sino a qualche tempo fa prevedeva tre fasi o livelli, e dalla nuova edizione, con la soppressione della fase intermedia di progetto "definito", a due soli livelli, come già sopra indicato (Art.41 del codice).

La questione ha dapprima certamente ingenerato incomprensioni e difficoltà fra gli esperti, come sempre avviene ad ogni tipo di cambiamento più o meno sensibile delle prassi di lavoro consolidate. La ragione di ciò può tuttavia ritenersi motivata dall'obiettivo del legislatore e della pubblica amministrazione di eliminare una fase quale stadio di carattere burocratico amministrativo, con l'ovvia finalità di ridurre i tempi totali del progetto,

i cui dati di durata, dalle diverse indagini svolte e dalla storica evidenza, risultano spesso motivo di frustrazione; in particolare per l'incidenza con cui l'attività di natura burocratica e i gap temporali tra una fase e la successiva pesano sulla durata complessiva¹.

In verità il processo creativo di progettazione non può esimersi dal metodo generale di miglioramento progressivo verso l'obiettivo, per cui il nuovo modello dovrebbe essere influenzato solo nell'aspetto formale e contrattuale, senza intaccarne la sostanza.

Si deve aggiungere che specie in determinati settori, come la costruzione di opere pubbliche, appare influire nel presente momento storico anche l'evoluzione tecnologica di progettazione, tesa nel contempo a favorire questa "contrazione burocratica", o comunque ottimizzare l'intero ciclo di vita, attraverso i cosiddetti metodi BIM (Building Information Modelling), che tramite nuovi strumenti tecnici e processi digitali di progettazione, effettivamente possono più facilmente gestire il passaggio dal progetto di fattibilità a quello esecutivo.

Nella sostanza infatti, come già detto, i diversi livelli di progettazione devono essere considerati quale strumento principale di gestione del rischio di progetto, e quindi è necessario operare secondo tale principio, anche nel nuovo modello a due livelli, evitando approcci puramente burocratici, ma facendo leva sulle competenze di tutti i soggetti interessati (RUP, progettisti, esperti di verifica e altri), segmentando e organizzando nel modo più opportuno ciascun livello.

1. In materia di analisi dei tempi di durata delle opere pubbliche si vedano ad esempio i rapporti del Ministero dello Sviluppo Economico (www.agenziacoesione.gov.it/dossier_tematici/i-tempi-delle-opere-pubbliche/), il rapporto della Banca D'Italia (2018) (www.bancaditalia.it/pubblicazioni/qef/2019-0538/index.html?dotcache=refresh) e il saggio di Michele Corradino ("È normale, lo fanno tutti...", ed. Chiarelettere, 2016).

L'abolizione stessa del progetto definitivo peraltro è stata per così dire anticipata dalle deroghe già introdotte fra le misure per accelerare l'attuazione del PNRR, dapprima per le grandi opere e in seguito anche per le altre, per cui il legislatore dava la possibilità di affidamento sulla base del progetto di fattibilità tecnico-economica²; pratica quindi consolidata nell'attuale edizione del codice. Si rinvia al codice (Art.41 e allegato I.7) per completare la lettura dell'ambito, dei contenuti e dei prodotti richiesti dai singoli livelli di progettazione, cui si dovrebbero aggiungere i cosiddetti deliverable gestionali³.

Inoltre mentre quanto fin qui esposto fa riferimento ai progetti cosiddetti di lavori, nel caso dei servizi il codice specifica, confermando la passata edizione, che qui la fase di progettazione dev'essere unica; verosimilmente ritendo che anche in tal caso ciò si traduca in una riduzione degli oneri burocratici e quindi della durata totale dell'intervento.

Si può non concordare pienamente con tale disposto, perché anche per i progetti di servizi vi possono essere casi di certa complessità, che meritano di avere pure due livelli di progettazione; si consideri ad esempio la realizzazione di un certo

sistema informatico o altri sistemi complessi di carattere innovativo e tecnologico. Anche in tal caso sarebbe buona prassi avere più di una fase di progettazione, specie quando il committente intenda riservarsi una prima fase di progettazione, di carattere interno e indipendente, ed assegnare la progettazione esecutiva e la costruzione del sistema all'appaltatore selezionato. Nulla tuttavia vieta che l'unica fase qui disposta dal codice possa strutturarsi in opportune sotto-fasi e milestone, per un opportuno controllo dell'intervento, essendo il project manager, ergo il RUP (responsabile unico di progetto) il primo attore dei necessari processi di adeguamento dell'intervento ai singoli casi e contesti (attività che si è già definita come *tailoring*).

Come si vede dal normale ciclo di vita progetto, suddiviso in fasi e qui per memoria ripetuto (Fig. 1), la progettazione esecutiva è seguita dalla fase di affidamento, che comprende tutto l'iter del bando, gara e selezione finale del concorrente cui verrà assegnato il contratto, secondo il processo generale del codice, ovvero secondo il modello di progetto integrato, che vede affidati a unico appaltatore sia il progetto esecutivo che i lavori di esecuzione.

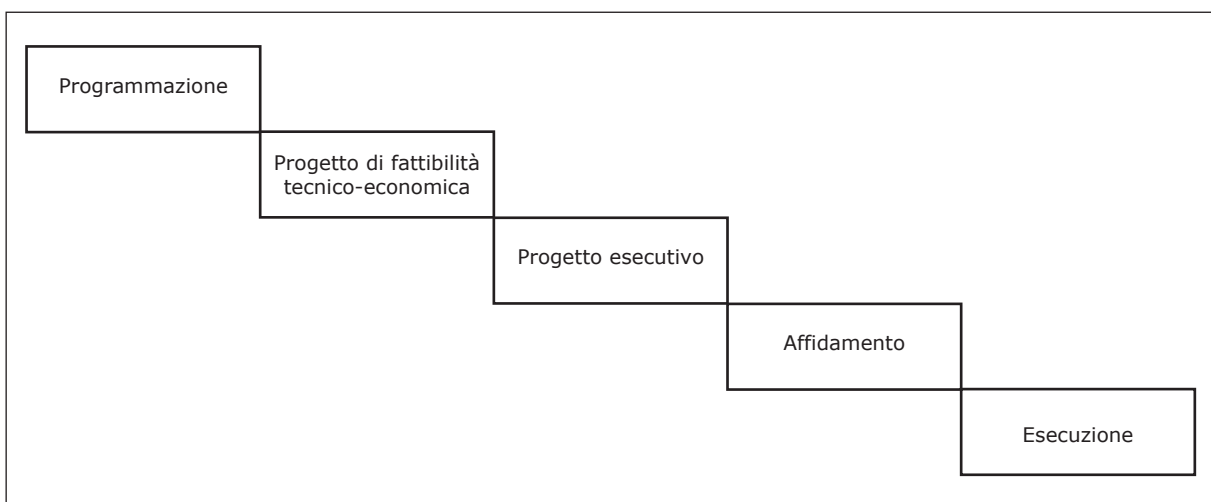


Fig.1 – Ciclo di vita del progetto e relative fasi

2. Riferimenti sono i vari decreti "semplificazione" PNRR, quindi in particolare L. n. 108 del 29/7/2021 e L. n.41 del 21/4/2023.

3. Si definiscono "deliverable gestionali" prodotti in generale di natura documentale, necessari a supportare le vere e proprie attività di project management, quali piani, report e simili, la cui definizione resta a cura del project manager.

Nondimeno lo stesso affidamento, quale attività negoziale il cui risultato è comunque la selezione del fornitore con cui si stipula un contratto, può esistere di fatto anche nelle fasi precedenti, quale in particolare PFTE e progetto esecutivo, quando si debba selezionare lo studio d'ingegneria o la società esterna cui affidare il rispettivo incarico.

Da un punto di vista formale, anche ciò potrebbe in principio essere individuata come distinta fase di progetto, salvo che avere minori oneri e durata rispetto al caso di affidamento di esecuzione di un progetto complesso. Per semplicità di metodo, qui si conviene di includere tale affidamento quale prima sotto-fase del relativo progetto di fattibilità e/o esecutivo; tenendo presente che durante questo periodo potranno continuare in parallelo altre attività della stazione appaltante.

Come si comprende, la distinzione tra una sotto-fase o attività di progetto, eventualmente parallela ad altre, può risultare del tutto convenzionale e strumentale agli obiettivi e al modello gestionale proprio dell'intervento e della stazione appaltante.

In modo analogo, nel corso di una fase di affidamento, potrebbe svolgersi l'attività negoziale per diversi e separati contratti.

Quindi il modello di ciclo di vita del progetto, ovvero quello lineare-sequenziale (cioè come si è anche detto "a cascata") e previsto dal codice, non dovrebbe rilevarsi come un vincolo del tutto assoluto, potendosi specializzare in relazione allo specifico progetto o fase del medesimo.

Si può concordare, nel caso di progetto o appalto integrato (Art. 44), circa la ratio del legislatore o della stazione appaltante che decida in favore della stessa l'opportunità di affidare ad un unico appaltatore sia il progetto esecutivo che la esecuzione, in base al criterio che ciò possa nel

complesso migliorare l'intero approccio gestionale, migliorando l'efficienza totale dell'intervento e accelerare i tempi. D'altra parte si deve tener conto dei casi specifici e di particolari requisiti e speciali competenze, non sempre assicurabili da un unico soggetto d'impresa.

Resterà quindi responsabile la stazione appaltante di confezionare il capitolato con le dovute garanzie. In tale formula è peraltro naturale la maggiore responsabilità assunta in capo all'appaltatore, raggruppamento di imprese e simili; ma anche quella della stazione appaltante in merito al controllo dell'intervento e ai requisiti di dovute prestazioni e qualità da assicurare; specie quando il mercato offra un numero limitato di imprese specialistiche idonee a certi scopi, o comunque richieda al committente di svolgere una funzione di "system integrator" e connesso project management, avendone le competenze.

Il tema, qui solo accennato, è di notevole peso ed interesse, richiedendo alla stessa stazione appaltante competenze di integratore di sistema, oltre che richiamare il codice per cui in tale decisione si deve tenere "sempre conto del rischio di eventuali scostamenti di costo nella fase esecutiva rispetto a quanto contrattualmente previsto" (art. 44).

Se nel caso di un progetto integrato l'appaltatore abbia più possibilità di assicurare maggiore efficienza, e la stazione appaltante debba gestire un unico soggetto avendo unica responsabilità, riducendo gli oneri di comunicazione e di possibili contenziosi fra le parti (committente-progettisti-esecutori), non meno responsabile resta il soggetto appaltante, dovendo comunque assicurare la conformità del progetto esecutivo ai requisiti del PFTE, e assoggettando l'avvio della fase di esecuzione al completamento delle attività di verifica dello stesso progetto esecutivo⁴.

4. "L'esecuzione dei lavori può iniziare solo dopo l'approvazione, da parte della stazione appaltante, del progetto esecutivo, il cui esame è condotto ai sensi dell'articolo 42 (Verifica)" (Art. 44, c.5). In termini accademici, si potrebbe sollevare la questione di certa rigidità di un tale modello strettamente sequenziale, mentre in altri contesti si possano ammettere forme di attività parallele di esecuzione, da avviare prima che la progettazione esecutiva risulti tutta completata e verificata. Nel caso di contratti dell'industria impiantistica e sul mercato internazionale è normale ad esempio avere cicli di vita lineari ma con fasi ampiamente sovrapposte, cosiddetti contratti EPC (Engineering Construction Procurement), tipici di general contract, oltre che la possibilità di avere "deroghe" per parti di fase anche parzialmente sovrapposte, non critiche o non vincolanti il prosieguo dei lavori, al fine di contenere i tempi complessivi dell'intervento (pratica anche definibile di "fast tracking", letteralmente mettere su corsia veloce o di sorpasso certe attività di progetto).

Nel caso poi del sistema di contraente generale, per l'affidamento di cosiddetti servizi globali e importo non inferiore a 100 milioni di euro (artt. 203, 204), in particolare:

- il contraente generale è tenuto fra l'altro a redigere il progetto esecutivo, in conformità del progetto di fattibilità tecnico-economica redatto dal soggetto aggiudicatore, e a compiere le attività strumentali alla sua approvazione;
- l'ente concedente redige il progetto di fattibilità tecnico-economica e approva il progetto esecutivo e le sue varianti.

In tale quadro non può che sottolinearsi l'essenzialità, e indisponibilità a scendere a facili compromessi da parte dello stesso PFTE, come caposaldo posto dal codice per realizzare ogni tipo d'intervento. Peraltro sul relativo termine - fattibilità -, non trattasi solo di evoluzione semantica dallo storico "progetto preliminare", quanto di una vera e propria evoluzione verso un tipo di progettazione più completa e matura.

Per cui il termine "fattibilità" non implicherebbe invero la risposta solo al problema se il progetto in questione sia fattibile o meno (cosa nella fattispecie più consona ad un più tradizionalmente inteso "studio" di fattibilità), quanto il fatto che il progetto rilasciato dimostri senza alcun dubbio né rischio significativo che lo stesso intervento sia davvero fattibile, cioè eseguibile e realizzabile. Ciò che risulta anche avvalorato dai prodotti che dal progetto definitivo si sono trasferiti allo stesso PFTE (all. I.7, sez.II).

Per alcune parti del progetto ciò potrebbe non essere esente da rischi, con evidente e accresciuta responsabilità di gestione del committente e di altre condizioni di ordine contrattuale⁵.

2. La fase di esecuzione

Ultima in ordine temporale del classico ciclo di vita di progetto, è la fase che il codice definisce di esecuzione, in cui si realizza e si costruisce cioè l'opera.

Nei riguardi del lessico di project management, anche in tal caso il codice si esprime bene, allineandosi con debita traduzione al linguaggio agli standard internazionali, ove pure si parla di "execution".

Infatti si deve qui distinguere fra esecuzione, quale vera e propria fase di project management del committente, e chiamare con altri termini l'attività propria dell'appaltatore, come ad esempio "costruzione" e simili. La distinzione non è da poco.

Secondo l'intendimento e il principio generale in argomento - per cui il project management *non fa, ma fa fare* -, per esecuzione dovrebbe infatti intendersi l'attività gestionale propria della stazione appaltante e della rispettiva struttura (RUP, ufficio di supporto ecc.), al cui interno, e di carattere più operativo, restano le attività specifiche dell'appaltatore o fornitore, che possono essere condotte anche da molteplici soggetti.

Anche nel lessico degli standard internazionali la stessa distinzione è piuttosto chiara, distinguendo le attività di vera e propria gestione (cioè management) del progetto, da quelle cosiddette di delivery, termine che si può tradurre con "realizzazione"⁶.

Infatti in lingua inglese il già richiamato termine delivery ha significato molto più estensivo di "consegna", come spesso si traduce, e comprende tutto il processo di realizzazione, ivi inclusa la consegna finale del relativo prodotto o servizio⁷.

5. Un caso è costituito ad esempio dalle attività relative a relazione geologica e indagini geognostiche, che l'ordine dei geologi si manifestava contrario allo stesso modello, che lasciava solo in tale fase le relative attività.

6. Evitando, come propongono alcuni, il termine "consegna", che potrebbe non avere senso compiuto ed essere riduttivo nella nostra lingua.

7. Nella stessa lingua si parla ad esempio di "health service delivery", intendendo il complesso del servizio della salute o sanità; mentre servizio di "consegna della salute" avrebbe poco senso.

Si richiama per completezza che le attività e i deliverable, ovvero i contenuti minimi, della fase di esecuzione sono declinati sempre nell'allegato I.7 (sez. III) del codice; mentre l'attività tecnico-gestionale propria di tale interfaccia, cioè fra gestione e costruzione di progetto, è per l'appunto la direzione lavori, o in altri termini esecuzione del contratto; per cui le stesse funzioni rivestono carattere sia gestionale sia per quanto occorre natura tecnico o più specialistica.

Un progetto si chiude infine di norma e in modo formale con le attività di collaudo. Anche queste potrebbero essere intese come una fase a sé (eventualmente come ultima) ovvero sotto-fase del progetto, avente il compito di chiudere anche le normali attività amministrative, certificazioni di regolare esecuzione ecc.

Tuttavia anche queste attività possono non essere fase temporale a sé nel modello qui esposto, ma essere definite meglio come un processo, attivabile quando occorre, potendosi avere ad esempio anche attività parziali di collaudo in corso d'opera, oltre che concorrere con l'attività di collaudo finale, altrimenti intesa come sotto-fase di esecuzione, a chiusura del progetto. Inoltre, in funzione dell'opera o del sistema realizzato, un'ultima fase di progetto potrebbe avere ad esempio ulteriori contenuti, come le attività di pre-esercizio o primo periodo di esercizio, il trasferimento agli utenti finali ecc.; compiti spesso altrettanto critici, si da dover essere puntualmente programmati per garantire la conclusione con successo del progetto, nonché l'inizio della vita operativa; quando cioè la responsabilità primaria torna al committente, cliente o promotore dell'intervento.

Anche in tale periodo possono essere necessari l'eventuale supporto e la partecipazione dei fornitori (servizi di manutenzione, e altri), prima di considerare concluso il vero e proprio contratto e il relativo ciclo di vita del progetto; quindi poterne decretare finalmente il termine e annunciare il primo giorno di esercizio o di vita corrente. In tale momento si perfeziona anche il passaggio di consegne, e si trasferisce di norma anche la responsabilità di gestione dalla stazione appaltante all'organizzazione cliente, o come si diceva, usuaria dell'opera.

3. Considerazioni ulteriori sul ciclo di vita

La chiusura del ciclo di vita di progetto appena trattata, richiama in particolare un concetto su cui talvolta si usa impropria terminologia. Infatti il "ciclo di vita di progetto" non va confuso con il ciclo "a vita intera" dell'opera, o più brevemente "ciclo di vita", pure spesso in tal modo riferito nel codice. Infatti il ciclo a vita dell'opera, oltre che comprendere il ciclo di vita del progetto, prosegue come vita corrente dell'opera in esercizio, lo svolgimento delle funzioni per cui era stata concepita, le attività di manutenzione, ecc., sino alla sua dismissione o alienazione. Trattasi come si intende di ben altro argomento, che non riguarda più il project, ma ad esempio il cosiddetto *service management*, il *facility management* o altre moderne espressioni entrate nel gergo degli ultimi anni. Ciò può essere anche il caso di una concessione, che prevede sia l'appalto di realizzazione che di gestione dell'opera. Ma come si comprende, anche in termini di responsabilità gestionali e nella fattispecie contrattuali. bisogna in generale attentamente distinguere la fine del progetto, dove formalmente termina il project management, dalle attività correnti che proseguono⁸.

Altre considerazioni merita l'inizio del progetto, perché se è vero che lo stesso comincia con una fase iniziale o di avvio, formalmente individuata (nel nostro caso come programmazione), si può invero osservare che la concezione o l'idea di un progetto possano nascere già dapprima, e maturare almeno fino a un certo punto, prima che si formalizzi l'inizio vero e proprio dell'intervento. Infatti possono esistere ed essere numerose le attività di predisposizione e preparatorie di un progetto, prima che questo ufficialmente sia nato. In analogia alla vita prenatale del nascituro e il fatto che si predisponga ad esempio la culla già qualche tempo prima; così da creare un terreno e un ambiente favorevole, nonché certe precondizioni perché il progetto nasca bene ed abbia successo sin dall'inizio.

Un progetto è infatti fenomeno analogo, e come si dice può interessare attività anche critiche di "pre-avvio", ancor prima cioè che sulla sua carta di identità si possa mettere la data di inizio di cui

8. Peraltro un intervento di concessione come detto dovrebbe meglio definirsi in gergo di project management come un "programma", includendovi sia il progetto che altre attività.

si diceva. Infatti diversi progetti, come si intuisce, possono nascere non bene, l'ambiente non è adeguatamente preparato, i tempi sono immaturi (se non al contrario superati) e così via.

In particolare lo standard di project management UNI ISO 21502, pure richiamato dal codice, pone particolare attenzione sulle attività di cosiddetta "mobilitazione", ovvero quelle attività in grado di assicurare la partenza più fluida o spedita possibile dei lavori di cantiere, in senso lato.

Si riporta ad esempio che nel mercato internazionale detta fase sia particolarmente "attenzionata" anche in termini contrattuali, imponendo all'appaltatore specifici requisiti e obiettivi di verifica dopo un limitato periodo dalla consegna dei lavori e l'apertura del cantiere, pena l'eventuale risoluzione del contratto.

Non si può dire in generale cosa debba intendersi come attività di pre-avvio di un progetto, dovendo tale compito riguardare il caso specifico, oltre che essere guidato dalle competenze e dall'esperienza in merito.

Anche in tal caso potrebbe trattarsi di diversi compiti, fra cui: chiarimento degli obiettivi e dell'ambito progettuale, abbattimento dei rischi, assicurazione delle fonti finanziarie, "vendita" e promozione dell'idea, convincimento e coinvolgimento degli stakeholder, definizione di un accordo di programma ecc. Inoltre si dovrà distinguere la data in cui il progetto formalmente nasce, come si è detto, all'interno della stazione appaltante, e la data del primo contratto con un fornitore o soggetto esterno. In altri casi ancora più complessi, le attività di pre-avvio potrebbero costituire essere stesse un vero e proprio progetto ed essere gestite come tali.

Per esempio, per progetti complessi, opere strategiche, interventi di finanza di progetto, concessioni con contraente generale, sviluppi di ricerca e sviluppo tecnologici e altri, può essere opportuno e necessario effettuare ricerche e studi di fattibilità, quale base del PFTE consolidato, che vanno pure gestiti in termini di project management.

Quindi il ciclo a vita intera di un'opera può avere in realtà un inizio, spesso informale. anche anteriore alla nascita vera e propria del progetto; e quindi, dopo il termine dello stesso ciclo di vita, proseguire come si è detto nel periodo di esercizio. In altri termini il ciclo di vita (intera) dell'opera comprende il ciclo di vita del progetto.

Si è anche detto che un modello di ciclo di vita può essere convenzionale o specifico di un dato settore o contesto, codice dei contratti a parte. Nel mondo delle costruzioni e nei settori industriali, esistono infatti diversi modelli di cicli di vita, più o meno simili fra loro. Per quanto qui interessa, potremmo ad esempio citare il ciclo di vita RIBA⁹, promosso dall'istituto degli architetti inglesi. Lo stesso modello negli anni ha avuto una certa evoluzione e l'ultima versione è quella che si presenta in figura (Fig. 2). Prevede in sostanza otto fasi, più una possibile fase iniziale di esercizio, il cui significato è abbastanza comprensibile¹⁰; inoltre lo stesso modello, come si evince nelle relative pubblicazioni, risulta già sensibilmente influenzato dai metodi di progettazione digitali del BIM (in particolare con la definizione di una fase detta di "coordinamento spaziale").

Per la verità potrebbe dirsi in generale che le attività professionali da svolgersi in un progetto, o progettazione, non dovrebbero essere tanto strettamente definite da un codice, quanto dettate dalle pratiche migliori e riconosciute nel comparto di interesse, tramite cosiddette "best practice" o buone tecniche riconosciute dello stato dell'arte.

Certamente un codice può rappresentare un riferimento quale standard contrattuale, per proteggere in qualche modo e garantire il mercato rispetto a requisiti minimi di buone pratiche.

Si è infatti detto che un ciclo di vita di progetto dovrebbe essere inteso come una linea guida, onde assicurare certi requisiti di qualità, nonché uno standard documentale e contrattuale di mercato, altrimenti difficilmente gestibile, anche in fase di gara di natura pubblicistica, ma d'altra parte oggetto di personalizzazione ("tailoring") quando e per quanto occorre.

9. Royal Institute British Architects. Tale modello è anche detto "Plan of Work" (PoW).

10. Le stesse fasi possono leggersi come: definizione strategica, documento iniziale, progetto concettuale, (progetto di) coordinamento spaziale, progetto tecnico (esecutivo), costruzione, chiusura e trasferimento al cliente.

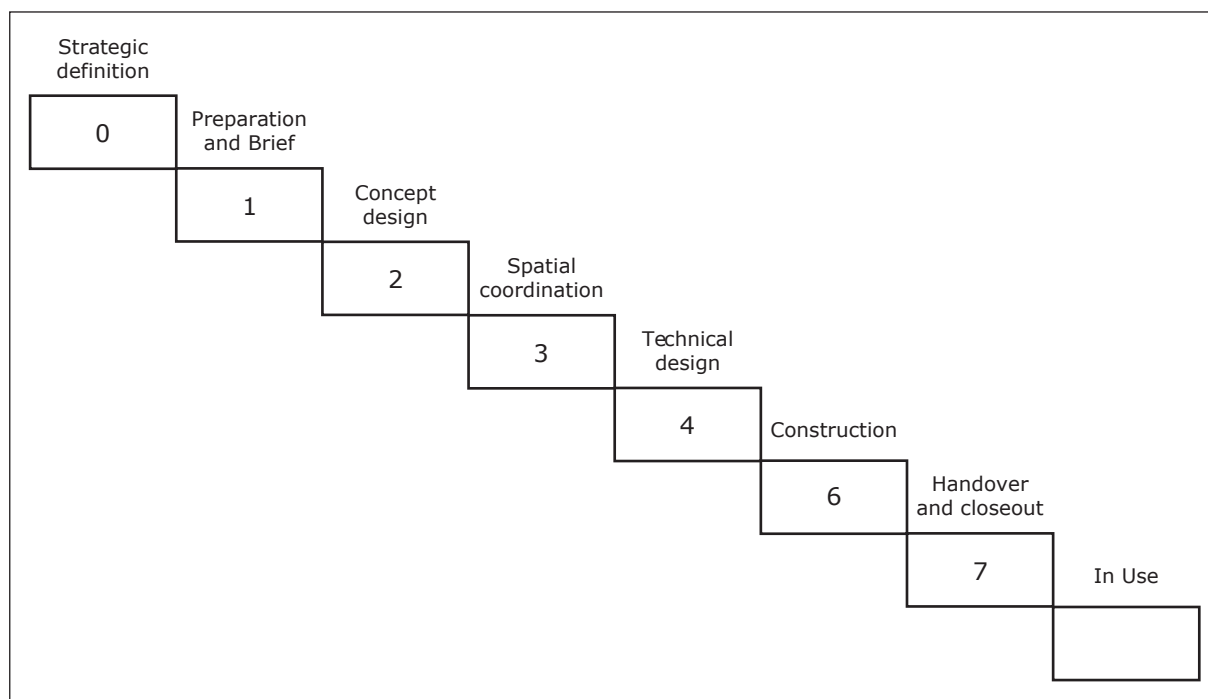


Figura 2 – Ciclo di vita di progetto secondo il modello RIBA

In merito alla prevista uscita del nuovo codice, si ricorda che l’abolizione del progetto definitivo coinvolgeva la stessa l’ANAC, che in particolare era chiamata ad esprimersi in merito¹¹.

Già con riferimento al precedente codice, l’ANAC ravvisava che “Nelle more del completamento del quadro normativo di riferimento (...omissis...) la norma consente, inoltre, l’omissione di uno o entrambi i primi due livelli di progettazione, purché il livello successivo contenga tutti gli elementi previsti per il livello omesso, salvaguardando la qualità della progettazione”. Quindi “È opportuno chiarire che, quando la stazione appaltante omette livelli di progettazione, non sopprime gli stessi, ma li unifica al livello successivo che, come espressamente prescritto dal comma 4 dell’articolo 23¹², deve contenere tutti gli elementi previsti per il livello omesso, al fine di salvaguardare la qualità della progettazione. La stazione appaltante, quindi, è onerata della determinazione

e della pubblicazione dell’elenco dettagliato delle prestazioni richieste, relative ai singoli livelli di progettazione, da cui potranno essere escluse, in caso di omissione di livelli progettuali, le sole prestazioni già eseguite, approvate e rese conoscibili a tutti i concorrenti”. Si riconosceva infine che “Nel calcolo dell’importo a base di gara, le stazioni appaltanti devono considerare, altresì, che alcune particolari prestazioni potrebbero ripetersi in maniera sostanzialmente identica nelle varie fasi progettuali, richiedendo soltanto modesti approfondimenti nelle fasi successive. In tali casi occorre, quindi, considerare che la remunerazione della prestazione professionale per ciascuna fase progettuale potrebbe comportare una sovrastima della parcella”.

Si poteva ritenere peraltro che un tale approccio, con semplice rinvio alla fase successive di attività ancora non svolte, ovvero la determinazione delle singole voci di parcella¹³, potesse non essere

11. Comunicato del presidente, 11 maggio 2022, in merito al calcolo dell’importo a base di gara per l’affidamento di servizi di architettura e ingegneria, nel caso di omissione dei livelli di progettazione ecc.

12. Versione del codice pro tempore.

13. Ministero della Giustizia, DM 17 giugno 2016

esaustivo, e infatti con l'entrata in vigore del nuovo codice si è voluta riprendere la questione, e meglio specificare le voci che debbano rientrare nel PFTE, a monte, e quelle invece di competenza del progetto esecutivo, a valle; dando ulteriori specificazioni nel caso trattasi di progetto integrato.

Ma forse nemmeno un tale approccio, oltre che comprensibilmente corretto, potrebbe essere ottimale dal punto di vista della gestione di qualsiasi tipo di progetto, dovendosi assicurare nel modo migliore e nelle diverse circostanze il rischio di questo, e dovendosi affidare alle stazioni appaltanti e al RUP-project manager la definizione più idonea dei singoli casi, nonché gestire nel modo appropriato, anche tramite le attività di verifica, le questioni di interfaccia tra una fase o livello progettuale, e il successivo.

Tutto ciò nel rispetto del principio, già ribadito dall'ANAC nella stessa nota in precedenza citata, dell'unitarietà del progetto e del relativo sviluppo senza soluzione di continuità.

La relativa flessibilità con cui si dovrebbe applicare il normale ciclo di vita progetto previsto dal codice, appare infine evidente allorché si debba impostare un progetto secondo le forme contrattuali più innovative, quali il dialogo competitivo e il partenariato per l'innovazione.

In tal caso infatti il ciclo di vita di progetto potrebbe non essere completamente definibile all'inizio del procedimento, e vi potrebbero essere una o più fasi PFTE seguite da più fasi di progettazione esecutiva, prima di dare il via alla realizzazione ad esempio di un sistema prototipo.

In tal caso il modello di ciclo di vita sequenziale potrebbe sostituirsi con altri modelli, di carattere più iterativo, più tipici dei contesti di sviluppo e innovazione.

4. Conclusioni

Nel presente contributo si è cercato di chiarire la chiave di lettura che si deve dare al concetto di ciclo di vita di progetto, così importante per dare una struttura efficiente a tutta la pianificazione e gestione del progetto secondo il codice dei contratti.

In merito in particolare all'abolizione del ex-livello intermedio di progettazione o progetto definito,

si può osservare che secondo il vigente modello, rispetto alla precedente edizione, sono previsti:

- un "appesantimento" (qui espresso in termini positivi) del progetto di fattibilità tecnico-economica;
- un incremento dell'impegno (in termini complementari) del previgente progetto esecutivo; anche favorendo, nel caso di progetto integrato, una strategia di maggiore responsabilizzazione dell'appaltatore, come gestore del complesso progettuale e dei lavori di esecuzione;
- la verosimile esigenza di un contemporaneo approfondimento delle attività di responsabilità proprie della stazione appaltante, circa i prodotti da realizzare in fase di programmazione (quadro esigenziale, eventuale documento di alternative progettuali e documento di indirizzo alla progettazione);
- una puntuale pianificazione e attività sartoriale o di *tailoring* dell'intervento.

Su questi aspetti si dovranno in particolare considerare i ritorni di esperienza di tale nuova impostazione.

Il modello del ciclo di vita con due livelli di progettazione non può che esaltare le responsabilità e la professionalità proprie degli operatori del settore delle costruzioni, in primis le stazioni appaltanti, in particolare nell'impostazione di pre-avvio e nella fase programmazione o attività prodromiche del progetto, sempre più essenziali per avviare e mettere le giuste fondamenta ai progetti di lavori di natura più complessa, nonché nella gestione tipica delle fasi di progettazione e più in generale nei progetti di servizi.

È nota ad esempio la critica del poco "tempo" assegnato alle attività di progettazione nel caso delle gare, quasi a volerne compensare in parte le durate di attività di natura amministrativa.

Nel contempo anche le attività note come *verifica e validazione* possono dover essere riorganizzate e allineate al medesimo ciclo di vita.

Dal punto di vita degli appaltatori, progettisti ed esecutori, il nuovo modello impone paralleli adeguamenti, in particolare verso una versione più unitaria, coordinata e integrata del progetto, specie con la congiunta introduzione di tecniche e strumenti della metodologia BIM, che possono

introdurre nel settore maggiori efficienze e produttività, quindi una riduzione dei tempi complessivi di intervento. La stessa metodologia può inoltre consentire di modulare diversi livelli di dettaglio della progettazione fra le diverse discipline, quindi facilitare la suddivisione dei compiti e dei rischi fra le due fasi (PFTE ed esecutiva).

Il tipo di modello di ciclo di vita su esposto non può che rappresentare quindi una linea guida generale per la gestione del progetto, che dovrà restare comunque soggetto a una specifica attività di cosiddetto "tailoring" e di specificazione nei singoli a casi d'intervento, a cura del RUP project manager, modulando gli approfondimenti delle attività in relazione alle singole criticità e facendo leva sul BIM, per cogliere le flessibilità dello strumento in relazione alle diverse parte e rischi specifici del progetto.

In questo quadro un approccio di project management, conforme ai livelli di complessità del progetto, non può che risultare positivo, sia nelle fasi di progettazione che in quelle di esecuzione, facendo leva sulla professionale competenza sia della stazione appaltante che dei fornitori, aumentando il livello di trasparenza e di mitigazione dei rischi di progetto nonché la qualità di comunicazione fra i soggetti interessati.

Allorché si abbia bisogno o si senta la necessità di evidenziare particolari aspetti del progetto, è opportuno usare il metodo della suddivisione in sotto-fasi e milestone, non così esplicitate nel codice, essendo pratiche più operative e di mestiere proprie del project manager. Ciò può valere anche quando si possano porre questioni di sovrapposizione di attività di natura tecnica e gestionale-amministrativa.

Con l'opportuna chiarezza anche in termini di responsabilità contrattuale, qualora si ravveda la necessità di specifici approfondimenti di certe attività più critiche e complesse, il buon senso vorrebbe di anticiparle in parte in fase precedente, e richiedere i necessari approfondimenti e verifiche in fase successiva, osservando che l'obiettivo non è tanto quello di chiudere una fase, quanto organizzare un progetto che dia l'assicurazione di poter essere fattibile, cantierabile e realizzato entro i tempi, il budget e la qualità previsti, unitamente a rischi opportunamente mitigati e resi accettabili, prima di inoltrarsi in attività e fase successive.

Il piano del ciclo di vita del progetto, ai dovuti livelli di dettaglio, non deve quindi rappresentare una forma di rispetto amministrativo e burocratico, quanto figurare tra le forme più idonee di comunicazione e collaborazione fra tutti i soggetti interessati.

Le modifiche nei contratti ad esecuzione continuativa. Possibilità e limiti in termini procedurali ed economici, ai sensi dell'art. 120 del d.lgs. 36/2023, anche con riferimento alla giurisprudenza precedentemente consolidata.

di Beatrice Corradi

IL
PUN
TO

1. Finalità e presupposti delle modifiche contrattuali ai sensi dell'art. 120 del 36/2023

L'art. 120 del Dlgs. 36/2023 costituisce un'importante disposizione, peraltro già presente con differenziazioni nei precedenti codici, volta a regolare i casi in cui è possibile intervenire nei contratti in esecuzione offrendo, infatti, gli strumenti giuridici necessari per modificare, introdurre varianti, integrare quanto previsto o per provvedere a modifiche soggettive implicanti la sostituzione del contraente originario, senza dover ricorrere ad una nuova procedura. Rappresenta quindi un articolo applicabile nel caso in cui si verificano situazioni, nei maggiori casi non previste in fase di gara, che conducono alla necessità di adeguare il contratto alle nuove valutazioni emerse.

Le amministrazioni aggiudicatrici si trovano, infatti, a volte ad affrontare eventi che non era possibile prevedere in fase preliminare soprattutto quanto il contratto è di lunga durata ed occorre, nell'interesse pubblico, provvedere con un rimedio amministrativo legittimo tempestivo.

Sono applicabili modifiche che presentano limiti di spesa (le varianti e le integrazioni supplementari, ad esempio), vi sono modifiche che non sono sottoposte a tali limiti a condizione che non si alterino gli elementi contrattuali originari anche nel rispetto della concorrenza e dell'economicità della scelta amministrativa adottata.

La Direttiva 2014/24/UE afferma che le modifiche del contratto, comportanti una modifica minore del valore del contratto sino a un determinato valore, dovrebbero essere sempre possibili senza richiedere una nuova procedura d'appalto.

“ L’art. 120 del D.lgs. 36/2023 costituisce un’importante disposizione, peraltro già presente con differenziazioni nei precedenti codici, volta a regolare i casi in cui è possibile intervenire nei contratti in esecuzione offrendo, infatti, gli strumenti giuridici necessari per modificare, introdurre varianti, integrare quanto previsto o per provvedere a modifiche soggettive, implicanti la sostituzione del contraente originario, senza dover ricorrere ad una nuova procedura. ”

L’articolo 120 del Dlgs. 36/2023 si presenta in 15 commi, nella prima parte definisce i diversi casi in cui si può ricorrere a modifiche contrattuali e nei successivi commi descrive i relativi presupposti e limiti (di natura economica e procedurale). Lo scopo è di garantire la certezza giuridica, definendo le condizioni per poter procedere ad una modifica contrattuale. In situazioni diverse è necessaria una nuova procedura di appalto. L’articolo in argomento regola, coordinandosi con l’art. 9, gli strumenti finalizzati al ripristino dell’originario equilibrio del contratto oggetto dell’affidamento, qualora fluttuazioni economiche e di mercato impreviste, necessitino di un intervento a tutela dell’operatore economico.

La *ratio* dell’istituto dello *jus variandi* in materia di appalti pubblici è quella di consentire la soddisfazione del preminente interesse pubblico di adattamento del contratto concluso con la pubblica amministrazione alle “necessità” sopravvenute.

Le condizioni, i presupposti e le finalità rappresentate dalla norma sono diverse, in relazioni alle esigenze che possono manifestarsi durante l’esecuzione contrattuale, offrendo così alla stazione appaltante la possibilità di risolvere, celermente, in corso d’opera le nuove circostanze senza dover esperire una nuova procedura garantendo la prosecuzione del contratto e la continuità della prestazione offerta. Le modifiche non devono essere, in ogni caso, di natura sostanziale.

Il principio di immodificabilità del contratto non ha quindi carattere assoluto, tuttavia, come

chiarito dalla Corte di Giustizia UE, sez. VIII, nella sentenza del 7 settembre 2016, in C. 549-14, il principio di parità di trattamento e l’obbligo di trasparenza, che informano la gara, ostano a che, dopo l’aggiudicazione di un appalto pubblico, l’Amministrazione aggiudicatrice e l’aggiudicatario apportino alle disposizioni di tale appalto modifiche tali che presentino caratteristiche sostanzialmente diverse da quelle dell’appalto iniziale.

Le modifiche possono essere previste o meno negli atti di gara, avere limiti di spesa pari al 50 per cento rispetto al valore del contratto originario (nei casi stabiliti dal comma 1 lettera b) e c)), avere limiti pari al 10 per cento per servizi e al 15 per cento per i lavori (nei casi stabiliti dal comma 3) o non essere sottoposte a limiti di spesa a condizione che si assicurino risparmi, rispetto alle previsioni iniziali, si realizzino soluzioni equivalenti o migliorative nel rispetto dei limiti derivanti dalle somme a disposizione del quadro economico.

Le modifiche in via generale devono garantire: la corrispondenza agli interessi della PA; l’esigenza di contenimento della spesa pubblica; la tutela della concorrenza.

Le varianti e le modifiche contrattuali consistono nelle modifiche sia qualitative che quantitative ai contratti di appalto pubblici stipulati ai sensi del Codice dei contratti. L’art. 120 afferma prima di tutto che “*Fermo quanto previsto dall’articolo 60 per le clausole di revisione dei prezzi, i contratti di appalto possono essere modificati senza una nuova procedura di affidamento nei casi seguenti ...:*”

Nei documenti di gara iniziali delle procedure di affidamento è obbligatorio l’inserimento delle clausole di revisione prezzi (cfr. art. 60).

“ Il principio di immodificabilità del contratto non ha carattere assoluto e la ratio dell’istituto dello jus variandi, in materia di appalti pubblici, è quella di consentire la soddisfazione del preminente interesse pubblico di adattamento del contratto concluso con la pubblica amministrazione alle “necessità” sopravvenute. ”

Tali clausole, che non possono apportare modifiche che alterino la natura generale del contratto o dell'accordo quadro, si attivano al verificarsi di particolari condizioni di natura oggettiva, che determinano una variazione dei costi, in aumento o in diminuzione, superiore al 5 per cento dell'importo complessivo e operano nella misura dell'80 per cento della variazione stessa, in relazione alle prestazioni da eseguire.

2. I contenuti delle modifiche. Le possibilità a disposizione delle Amministrazioni ai sensi dell'art. 120 del 36/2023 e gli obblighi del RUP

La disposizione al primo comma lettera a) prevede la possibilità di introdurre modifiche anche sotto forma di opzioni (è un esempio di opzione, la proroga). Nel caso in cui si rilevassero necessarie, le modifiche, a prescindere dal loro valore monetario, devono essere previste in clausole chiare, precise e inequivocabili nei documenti di gara iniziali ed il relativo valore concorre alla definizione della stima dell'appalto (art. 120 comma 1 lettera a)).

A differenza delle altre tipologie di modifiche quanto riportato al comma 1 lettera a), non è sottoposto a limiti economici in considerazione della presenza, negli atti di gara, di clausole che descrivano le modifiche, in termini chiari, che potrebbero intervenire in fase esecutiva. Il contratto, come tra l'altro dispone l'art. 9 del dlgs. 36/2023, può contenere clausole di rinegoziazione al fine di garantire la conservazione dell'equilibrio economico (principio tra l'altro individuato dal codice degli appalti).

Per completezza si richiama l'art. 14 del d.lgs. 36/2023 che fa riferimento alle opzioni: *"Il calcolo dell'importo stimato di un appalto pubblico di lavori, servizi e forniture è basato sull'importo totale pagabile, al netto dell'imposta sul valore aggiunto (IVA), valutato dalla stazione appaltante. Il calcolo tiene conto dell'importo massimo stimato, ivi compresa qualsiasi forma di eventuali opzioni o rinnovi del contratto esplicitamente stabiliti nei documenti di gara"*.

La disposizione prevede, proseguendo nell'esame, alla lettera b) il caso di modifiche verificatesi per la sopravvenuta necessità di lavori, servizi o forniture supplementari, non previsti nell'appalto iniziale. Il ricorso al medesimo operatore è motivato da ragioni economiche e tecniche e dal fatto che il

cambiamento dell'appaltante comporterebbe notevoli (dimostrati) disagi o un sostanziale incremento dei costi.

Quanto richiesto dalle nuove circostanze presuppone integrazioni di natura complementare rispetto a quanto originariamente previsto (art. 120 comma 1 lettera b).

Le varianti, invece, in corso d'opera, da intendersi come modifiche rese necessarie in corso di esecuzione dell'appalto, per effetto di circostanze imprevedibili, sopravvenute, da parte della stazione appaltante, sono conseguenti, ad esempio, all'introduzione *ex novo* di disposizioni legislative, di regolamentari o di provvedimenti sopravvenuti di autorità o enti preposti alla tutela di interessi rilevanti (art. 120 comma 1 lettera c).

Sopravvenienze normative possono comportare la necessità di introdurre una variante soltanto allorché la condizione abbia carattere oggettivo e la stazione appaltante non possa gestire la nuova esigenza facendo ricorso a strumenti diversi dalla variante contrattuale, tra cui la proroga tecnica.

In questo caso, è necessaria una certa flessibilità per adeguare il contratto a tali circostanze, senza ricorrere ad una nuova procedura di appalto. La variante è quindi lo strumento adeguato. È evidenziato dalle disposizioni europee: *"Il concetto di circostanze imprevedibili si riferisce a circostanze che non si potevano prevedere nonostante una ragionevole e diligente preparazione dell'aggiudicazione iniziale da parte dell'amministrazione aggiudicatrice"* (Considerando art. 109 della Direttiva 2014/24/UE).

“ Le varianti e le integrazioni supplementari possono essere autorizzate non oltre un limite di spesa. Il contratto può essere modificato, infatti, solo se l'eventuale aumento di prezzo non ecceda il 50 per cento del valore del contratto iniziale. In caso di più modifiche successive, la limitazione si applica al valore di ciascuna modifica, tenuto conto delle disposizioni (e dei principi) del codice degli appalti. ”

Le varianti e le integrazioni supplementari possono essere autorizzate non oltre un limite di spesa. Il contratto può essere modificato, dispone il comma 2 dell'art. 120, infatti, solo se l'eventuale aumento di prezzo non ecceda il 50 per cento del valore del contratto iniziale. In caso di più modifiche successive, la limitazione si applica al valore di ciascuna modifica.

Tali modifiche successive non eludono l'applicazione del codice, con riferimento alle soglie ed ai conseguenti obblighi di scelte procedurali. Qualora il contratto prevede una clausola di indicizzazione, il valore di riferimento è il prezzo aggiornato.

Inoltre il contratto è modificabile anche in relazione alla sostituzione dell'aggiudicatario con un nuovo contraente *"a causa di una delle seguenti circostanze: 1) le modifiche soggettive implicanti la sostituzione del contraente originario sono previste in clausole chiare, precise e inequivocabili dei documenti di gara; 2) all'aggiudicatario succede, per causa di morte o insolvenza o a seguito di ristrutturazioni societarie, che comportino successione nei rapporti pendenti, un altro operatore economico che soddisfi gli iniziali criteri di selezione, purché ciò non implichi ulteriori modifiche sostanziali al contratto e non sia finalizzato ad eludere l'applicazione del codice, fatto salvo quanto previsto dall'articolo 124; 3) nel caso in cui la stazione appaltante assume gli obblighi del contraente principale nei confronti dei suoi subappaltatori (art. 120 comma 1 lettera d).*

I contratti possono inoltre essere modificati, oltre a quanto previsto dal comma 1, senza necessità di una nuova procedura, come dispone il comma 3, sempre che nonostante le modifiche la struttura del contratto o dell'accordo quadro e l'operazione economica sottesa, si possano ritenere inalterate ed a condizione che la modifica sia al di sotto di entrambi i seguenti valori:

- a) delle soglie fissate all'articolo 14;
- b) il 10 per cento del valore iniziale del contratto per i contratti di servizi e forniture; il 15 per cento del valore iniziale del contratto per i contratti di lavori; in caso di più modifiche successive, il valore è accertato sulla base del valore complessivo del contratto al netto delle successive modifiche.

Come giurisprudenza ha confermato nel tempo (inizialmente come affermato con parere dalla Corte di giustizia del 13 aprile 2010 nella causa C-91/08) è importante che le modifiche non

presentino caratteristiche sostanzialmente diverse rispetto a quelle del contratto iniziale e che non siano, di conseguenza, espressione di rinegoziazione di termini essenziali. La modifica di un contratto in corso di validità è conforme alle disposizioni citate qualora introduca condizioni che, se fossero state previste nella procedura di aggiudicazione originaria, non avrebbero condotto a risultati diversi rispetto a quelle conseguite.

Il ricorso alle modifiche non altera, quindi, a vantaggio dell'operatore affidatario, con il quale si procede a contrattualizzare le condizioni delle varianti e delle integrazioni, il principio di parità di trattamento degli operatori economici in quanto ciò avviene dopo un procedimento autorizzativo trasparente e reso noto alle autorità competenti.

“ Le modifiche non devono presentare caratteristiche sostanzialmente diverse rispetto a quelle del contratto iniziale e non essere, di conseguenza, espressione di rinegoziazione di termini essenziali. Se garantite tali finalità, anche indipendentemente dal valore dell'integrazione, i contratti possono essere modificati. ”

Il comma 6, in coerenza con quanto esposto, evidenzia che la modifica è sostanziale se:

- a) introduce condizioni che, se fossero state contenute nella procedura d'appalto iniziale avrebbe consentito di ammettere candidati diversi da quelli inizialmente selezionati o di accettare un'offerta diversa da quella inizialmente accettata, oppure avrebbero attirato ulteriori partecipanti alla procedura di aggiudicazione;
- b) cambia l'equilibrio economico del contratto o dell'accordo quadro a favore dell'aggiudicatario in modo non previsto nel contratto iniziale con conseguente modifica dei termini economici.
- c) estende notevolmente l'ambito di applicazione del contratto.

Inoltre è precisato, al comma 7, che non sono considerate sostanziali le modifiche al progetto proposte dalla stazione appaltante ovvero dall'appaltatore con le quali, nel rispetto della

funzionalità dell'opera, fermi restando i limiti derivanti dalle somme a disposizione del quadro economico e dalle previsioni di cui alle lettere a) b) e c) del comma 6, come sopra riportate:

1. si assicurino risparmi, rispetto alle previsioni iniziali, da utilizzare in compensazione per far fronte alle variazioni in aumento dei costi delle lavorazioni;
2. si realizzino soluzioni equivalenti o migliorative in termini economici, tecnici o di tempi di ultimazione dell'opera.

Al RUP spettano gli obblighi autorizzativi, di comunicazione ed informazione. Infatti spettano al RUP:

- le autorizzazioni delle modifiche e delle varianti con le modalità previste dall'ordinamento della stazione appaltante. Le modifiche progettuali, consentite ai sensi del comma 7, devono essere approvate dalla stazione appaltante su proposta del RUP, secondo quanto previsto dall'allegato II.14. I.
- la cura dell'avviso pubblicato, riferito alle modifiche adottate, nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea, secondo le informazioni di cui all'allegato II.16 ed in conformità all'articolo 84 per quanto riguarda le modalità di pubblicazione. La modifica del contratto nelle situazioni di varianti ed integrazioni supplementari è resa nota mediante infatti avviso pubblicato a cura della stazione appaltante nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea.
- gli oneri di comunicazione e di trasmissione all'ANAC in relazione alle modifiche del contratto, nonché in relazione alle varianti in corso d'opera, secondo gli obblighi di cui all'art. 222, comma 13.

ANAC infatti vigila, compresa la relativa corretta esecuzione, sui contratti pubblici, anche di interesse regionale, di lavori, servizi e forniture nei settori ordinari e nei settori speciali ed in tutti gli altri casi previsti dal codice, può irrogare per le violazioni accertate, nel rispetto dei principi di cui alla legge 24 novembre 1981, n. 689 e secondo il proprio regolamento, sanzioni amministrative pecuniarie entro il limite minimo di euro 500 e il limite massimo di euro 5.000.

Nel caso in cui l'ANAC accerti l'illegittimità della variante in corso d'opera approvata, esercita

pertanto i poteri di cui all'articolo 222. In caso di inadempimento agli obblighi di comunicazione e trasmissione delle modifiche e delle varianti in corso d'opera previsti dall'allegato II.14, si applicano le sanzioni amministrative pecuniarie di cui all'articolo 222, comma 13.

“ ANAC vigila, anche in relazione alla relativa corretta esecuzione, sui contratti pubblici e nei casi, previsti dal codice, può irrogare per le violazioni accertate sanzioni amministrative pecuniarie. Nel caso in cui l'ANAC accerti l'illegittimità della variante in corso d'opera approvata, esercita pertanto i poteri di cui all'articolo 222. ”

3. Le clausole di rinegoziazione, ai sensi dell'art. 9 del 36/2023, al verificarsi di sopravvenute straordinarie ed imprevedibili circostanze. Gli orientamenti giurisprudenziali anche con riferimento alla fase di richiesta

L'art. 1664 del codice civile prevede che: *“Qualora per effetto di circostanze imprevedibili si siano verificati aumenti o diminuzioni nel costo dei materiali o della mano d'opera, tali da determinare un aumento o una diminuzione superiori al decimo del prezzo complessivo convenuto, l'appaltatore o il committente possono chiedere una revisione del prezzo medesimo. La revisione può essere accordata solo per quella differenza che eccede il decimo”*

L'art. 9 del Dlgs. 36/2023 (Principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale) recita: *“Se sopravvengono circostanze straordinarie e imprevedibili, estranee alla normale alea, all'ordinaria fluttuazione economica e al rischio di mercato e tali da alterare in maniera rilevante l'equilibrio originario del contratto, la parte svantaggiata, che non abbia volontariamente assunto il relativo rischio, ha diritto alla rinegoziazione secondo buona fede delle condizioni contrattuali. Gli oneri per la rinegoziazione sono riconosciuti all'esecutore a valere sulle somme a disposizione indicate nel quadro*

economico dell'intervento, alle voci imprevisti e accantonamenti e, se necessario, anche utilizzando le economie da ribasso d'asta".

Senza alterarne la sostanza economica la rinegoziazione si limita al ripristino dell'originario equilibrio del contratto oggetto dell'affidamento.

Al fine di garantire la conservazione dell'equilibrio economico, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti favoriscono l'inserimento nel contratto di clausole di rinegoziazione. Nel caso in cui queste non fossero previste, l'istanza di rinegoziazione "va avanzata senza ritardo e non giustifica, di per sé, la sospensione dell'esecuzione del contratto" (art. 120 comma 8).

Rientra tra le competenze del RUP provvedere alla formulazione della proposta di un nuovo accordo entro un termine non superiore a tre mesi e nel caso in cui non si pervenga al nuovo accordo entro un termine ragionevole; la parte svantaggiata può agire in giudizio per ottenere l'adeguamento del contratto all'equilibrio originario, salva la responsabilità per la violazione dell'obbligo di rinegoziazione.

Per una parte della giurisprudenza, preliminare all'adozione del nuovo codice, risultava apprezzabile il tempo intercorso tra la formulazione/presentazione dell'offerta e l'avvio delle prestazioni contrattuali (Consiglio di Stato, Sez. IV, 31/10/2022, n 9426 che richiama la sentenza della CGCE del 19 giugno 2008, pressetext Nachrichtenagentur, C-454/06, EU:C:2008:351, punti da 34 a 37).

Secondo tale indirizzo il principio di parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza che ne deriva ostano a che, dopo l'aggiudicazione di un appalto pubblico, l'amministrazione aggiudicatrice e l'aggiudicatario apportino alle disposizioni dell'appalto modifiche che lo rendano sostanzialmente diverso rispetto alla sua configurazione iniziale.

Accanto a tale orientamento se ne affiancava un altro che partiva dalla constatazione per cui la legislazione in materia di appalti pubblici si ispira al rispetto del principio di tutela della concorrenza e parità di trattamento, ma è anche volta a valorizzare i criteri di efficacia ed economicità che, in presenza di particolari circostanze, possono condurre alla rinegoziazione delle condizioni contrattuali sia in corso d'esecuzione che prima della stipula del

contratto (Cons. Stato, sez. V, 11.04.2022, sent. n. 2709).

Costituisce infatti consolidato principio quello secondo il quale l'immodificabilità del contratto non ha carattere assoluto e le variazioni contrattuali non violano sempre e comunque i principi fondamentali in materia di evidenza pubblica (cfr. Corte di Giustizia UE, sez. VIII, nella sentenza del 7 settembre 2016, in C. 549-14). È tuttavia "chiaro che la considerazione e le valutazioni in ordine alla incidenza del tempo trascorso debbano essere considerate caso per caso, in relazione al contesto economico in cui gli operatori si trovano ad operare e possono variare anche sensibilmente da un momento all'altro". (cfr TAR Torino, 20.02.2023 n. 180).

Una richiesta di rinegoziazione deve essere presa in considerazione, al ricorrere di particolari circostanze di fatto che ne evidenzino la ragionevolezza e la plausibilità, risultando irragionevole accettare l'azzeramento degli esiti di una procedura di affidamento, in assenza di specifiche e sostanziali illegittimità, tenendo conto anche della incidenza del tempo e del contesto economico in cui gli operatori si trovano.

Rimane in capo all'Amministrazione valutare se e come ricondurre il contratto ad utilità. Una richiesta di rinegoziazione deve essere, pertanto, presa in considerazione al ricorrere di particolari circostanze di fatto che ne evidenzino la ragionevolezza e la plausibilità, risultando irragionevole accettare l'azzeramento degli esiti di una procedura di affidamento in assenza di specifiche e sostanziali illegittimità.

Costituisce onere dell'amministrazione assicurarsi di giungere alla stipula di un contratto in condizioni di equilibrio, valutando ogni sopravvenienza segnalata dagli operatori economici partecipanti alla gara che, alla luce del quadro normativo vigente e del contesto socio economico, appaia in grado di alterare

tali condizioni, adottando le misure necessarie a ristabilire l'originario equilibrio contrattuale.

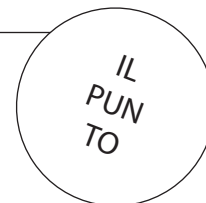
Resta fermo che debba trattarsi di sopravvenienze imprevedibili rispetto al normale ciclo economico.

Resta quindi fermo che la rinegoziazione di modifiche che non mirino al recupero dell'equilibrio iniziale del contratto, ma che si presentino in grado di estendere in modo considerevole l'oggetto

dell'appalto ad elementi non previsti, di alterare l'equilibrio economico contrattuale originario in favore dell'aggiudicatario rimettendo in discussione l'aggiudicazione dell'appalto - nel senso che, se esse fossero state previste nei documenti disciplinanti la procedura di aggiudicazione originaria, avrebbe potuto verosimilmente risultare aggiudicatario un altro offerente oppure avrebbero potuto essere ammessi offerenti diversi - non sono certamente accoglibili (cfr TAR Torino, 20.02.2023 n. 180).

La qualificazione delle stazioni appaltanti

di Stefano Usai



Premesse

L'aspetto di maggior rilievo, probabilmente, del decreto legislativo 36/2023 (nel prosieguo solo nuovo codice) è sicuramente quello relativo alle qualificazioni delle stazioni appaltanti.

A tal proposito si rammenta nell'articolo art. 1, comma 2, lett. c) della Legge Delega n.78/2022 invitava gli estensori a procedere con una "ridefinizione e rafforzamento della disciplina in materia di qualificazione delle stazioni appaltanti (...) al fine di conseguire la loro riduzione numerica, nonché l'accorpamento e la riorganizzazione delle stesse; (...) potenziamento della qualificazione e della specializzazione del personale operante nelle stazioni appaltanti".

L'obiettivo, semplificando, è quello di specializzare le stazioni appaltanti ed il personale impegnato in materia di attività contrattuale che è autenticamente attività complessa come emerge dalla riconfigurazione e professionalizzazione del RUP in termini non più di responsabile di procedimento ma di responsabile unico dell'attuazione del progetto/intervento.

Non a caso si evidenzia ora, più che in passato, che il RUP ha un autentico obbligo di risultato nel senso che non è tenuto (come nella classica situazione di obbligazione di mezzi) a approfondire il suo impegno e le sue conoscenze per tendere al risultato ma ad assicurarlo. Risultato che si sostanzia nella realizzazione, appunto, dell'intervento.

La qualificazione, in attuazione del principio del risultato (art. 1), tende quindi ad una specializzazione complessiva calibrando la competenza in materia di appalti/concessioni e di esecuzione dei correlati contratti in base a dei livelli di qualificazione. La stazione appaltante che non ha la qualificazione non potrà svolgere le competizioni (o eseguire i contratti) ma dovrà ricorrere alle stazioni in possesso della necessaria qualificazione.

A tal proposito, nell'allegato II. 4, relativo proprio all'argomento in parola, ed in specie nell'art. 1 comma 2 si spiega che la qualificazione delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza risulta finalizzato ad attestare la capacità di gestire "secondo criteri di qualità, efficienza e professionalizzazione, e nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza", il complesso di "attività che caratterizzano il processo di acquisizione di un bene, di un servizio o di un lavoro". Una maggiore professionalizzazione dovrebbe consentire, quindi, lo svolgimento di attività in modo efficace con riduzione anche dell'eccessivo contenzioso.

Questa specializzazione può riguardare sia la fase iniziale dell'attività complessa quale la progettazione tecnico/amministrativa, sia la fase pubblicistica compresa, come già evidenziato, la fase civilistica dell'esecuzione del contratto.

L'aspetto di maggior rilievo, probabilmente, del decreto legislativo 36/2023 (nel prosieguo solo nuovo codice) è sicuramente quello relativo alle qualificazioni delle stazioni appaltanti

1. Aggregazione e centralizzazione delle attività

Disposizione cardine della nuova disciplina (che supera quella definita dall'ANAC con propri atti) è rappresentato, in particolare, dall'articolo 62 (e 63) del nuovo Codice.

Il primo degli articoli citati – al primo comma –, precisa che ogni stazione appaltante può procedere direttamente (autonomamente) con una qualificazione di base (o se si preferisce senza qualificazione) solamente nell'ambito degli importi per cui è consentito l'affidamento diretto per beni/servizi (infra 140mila euro ai sensi dell'articolo 50) e, per lavori fino all'importo, ma con la procedura negoziata con almeno 5 operatori, di 500mila euro.

In realtà, e questo emerge solo dal successivo comma 6, la stazione appaltante anche non qualificata può procedere in modo del tutto autonomo (e quindi direttamente senza necessità di rivolgersi ad una stazione/centrale qualificata) a condizione che utilizzi gli strumenti telematici di acquisizione (le piattaforme del MEPA, o dei soggetti aggregatori), fino all'intero sottosoglia per beni e servizi e quindi fino a 215mila euro e fino ai 750mila euro per i servizi sociali e fino al milione di euro per lavori di manutenzione ordinaria.

Al di fuori di queste ipotesi – comprese le concessioni di servizi nel sottosoglia (per cui si richiede addirittura una qualificazione di secondo livello) –, la stazione appaltante priva di qualificazione deve rivolgersi alla stazione/centrale qualificata a pena di impossibilità di acquisire il CIG.

Questa sottolineatura ritorna, sempre nell'allegato II.4 nell'articolo 2 in cui si spiega come non sia necessaria la qualificazione "per l'effettuazione di ordini a valere su strumenti di acquisto messi a disposizione dalle centrali di committenza e dai soggetti aggregatori".

In relazione alla questione del CIG si deve rammentare che l'art. 62 comma 2 precisa, come anticipato, che nel caso di assenza della necessaria qualificazione l'ANAC – anche se il RUP della stazione appaltante non qualificata tentasse di procedere –, "non rilascia il codice identificativo di gara (CIG) alle stazioni appaltanti non qualificate".

Sotto si riporta un prospetto che ricorda quali siano gli strumenti telematici che il RUP della stazione appaltante deve utilizzare.

Strumenti di acquisto – definizioni già del pregresso codice	Strumenti di negoziazione – definizioni già del pregresso codice
<p>cc) «strumenti di acquisto», strumenti di acquisizione che non richiedono apertura del confronto competitivo. Rientrano tra gli strumenti di acquisto:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1) le convenzioni quadro di cui all'articolo 26 della legge 23 dicembre 1999, n. 488, stipulate, ai sensi della normativa vigente, da CONSIP S.p.A. e dai soggetti aggregatori; 2) gli accordi quadro stipulati da centrali di committenza quando gli appalti specifici vengono sono aggiudicati senza riapertura del confronto competitivo; 3) il mercato elettronico realizzato da centrale di committenza nel caso di acquisti effettuati a catalogo (nb Il catalogo è composto dagli articoli dei fornitori aggiudicatari di Convenzioni e Accordi Quadro o abilitati al Mercato Elettronico della P.A.); 	<p>dd) «strumenti di negoziazione», strumenti di acquisizione che richiedono apertura del confronto competitivo. Rientrano tra gli strumenti di negoziazione:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1) gli accordi quadro stipulati da centrali di committenza nel caso in cui gli appalti specifici vengono aggiudicati con riapertura del confronto competitivo; 2) il sistema dinamico di acquisizione realizzato da centrali di committenza; 3) il mercato elettronico realizzato da centrali di committenza nel caso di acquisti effettuati attraverso confronto concorrenziale; 4) i sistemi realizzati da centrali di committenza che comunque consentono lo svolgimento delle procedure ai sensi del presente codice;

I vari riferimenti normativi, in certi casi invero ripetitivi, creano inevitabilmente quale dubbio visto che nell'articolo 62 si richiamano gli strumenti telematici di acquisizione mentre nel secondo caso (nell'allegato) si parla di strumenti di acquisto.

2. La qualificazione con riserva

Per consentire al "sistema" di funzionare, il legislatore ha predisposto uno specifico meccanismo transitorio con una qualificazione con riserva. La decisione in parola viene disciplinata nell'allegato più volte richiamato, nell'articolo 2, comma 3.

La disposizione puntualizza che "In sede di prima applicazione, sono qualificate con riserva, ai sensi dell'articolo 63, comma 4, secondo periodo, del codice, le stazioni appaltanti delle unioni di comuni costituite nelle forme previste dall'ordinamento, delle province e delle città metropolitane, dei comuni capoluogo di provincia e delle regioni".

Si tratta di una qualificazione che consente l'espletamento e l'esecuzione di ogni tipo di contratto e concessione senza limite.

Ciò viene ribadito, in un effettivamente ricorrersi di disposizioni, nell'articolo 9, comma 1 dell'allegato in parola.

Il comma precisato che la qualificazione con riserva garantisce il conseguimento dei livelli L1 e SF1 (quindi senza limiti di importo) sottolinea però che detta situazione "ha una durata non superiore al 30 giugno 2024". Ciò significa che nel mese di gennaio 2024 le stazioni appaltanti qualificate con riserva devono riproporre domanda per ottenere la qualificazione "definitiva".

Da notare che la qualificazione con riserva delle unioni di comuni (ai sensi della disposizione appena richiamata) è relativa solo alle stazioni appaltanti delle unioni costituite ai sensi del decreto legislativo 267/2000 (art. 30) e non anche sottoforma di consorzi o similari.

3. Qualificazione e appalti del PNRR/PNC

E' bene annotare che per effetto del comma 8 dell'articolo 225 e successivi interventi del MIT e della recentissima giurisprudenza, il nuovo sistema di qualificazione così come il nuovo codice non si applica agli appalti finanziati anche solo in parte dal PNRR/PNC. Per questi appalti rimangono in vigore le pregresse disposizioni ed anche l'obbligo dei comuni non capoluogo di procedere – per appalti di importo pari o superiori ai 139mila euro (beni/servizi) e lavori di importo pari o superiori ai 150mila euro – attraverso un ente sovracomunale che non necessariamente deve essere qualificato.

Ad esempio in comuni in argomento potrebbero continuare ad utilizzare le unioni dei comuni a prescindere dalla modalità di costituzione.

4. La nomina del RUP

Secondo il comma 13 dell'articolo 62 lo svolgimento di attività di committenza (anche ausiliarie non necessariamente per lo svolgimento delle competizioni) implica, evidentemente, una diretta responsabilità delle stazioni/centrali che sono tenute a nominare un proprio RUP. Figura che, oggettivamente, assume un nuovo obbligo/compito ovvero quello di raccordarsi con la stazione appaltante (delegante) che ha richiesto l'intervento.

La particolarità, forse non oggetto ancora di attenta considerazione, è che queste ultime stazioni appaltanti deleganti, considerato che si occuperanno di fasi, sono tenute a nominare non un RUP ma un responsabile di procedimento "per le attività di propria pertinenza".

“ L'attività di committenza determina una diretta responsabilità delle stazioni/centrali che sono tenute a nominare un RUP che, oggettivamente, assume un nuovo/obbligo compito ovvero quello di raccordarsi con la stazione appaltante (delegante) che ha richiesto l'intervento ”

Si tratta di una sottolineatura importante visto che si conferma che in relazione ad ogni intervento la legge prevede, appunto, la unicità della responsabilità e, pertanto, un unico RUP tutte le altre fasi sono gestite da responsabili di "fase" o se si preferisce da autentici responsabili di procedimento ai sensi della legge 241/90.

Non si possono escludere, evidentemente, problemi di coordinamento ed una necessità di chiarire meglio gli ambiti della responsabilità.

5. Le prerogative delle stazioni appaltanti qualificate

Sempre nell'ambito dell'articolo 62 con due diversi commi, il 5 e il 6, il legislatore chiarisce le prerogative delle stazioni appaltanti qualificate e di quelle non qualificate. Fermo restando, ricorda il comma 8, che "Con modifiche e integrazioni all'allegato II.4. possono essere disciplinati dall'ANAC specifici requisiti di qualificazione per i contratti di partenariato pubblico-privato".

La sottolineatura, effettivamente è di rilievo visto che per le concessioni, la forma probabilmente più importante di partenariato, anche per gli affidamenti nel sottosoglia (e quindi anche per micro importi) la stazione appaltante deve avere la qualificazione, addirittura, di secondo livello.

Come si evidenziava, il comma 5 dell'articolo 62 evidenzia le prerogative della stazione appaltante qualificata, in particolare la qualificazione consente di:

- a) effettuare, in funzione dei livelli di qualificazione posseduti, gare di importo superiore alle soglie per cui è consentito l'affidamento diretto per beni/servizi e di importo superiore, per lavori, ai 500 mila euro;
- b) acquisire lavori, servizi e forniture avvalendosi di una centrale di committenza qualificata;
- c) svolgere attività di committenza ausiliaria;
- d) procedere mediante appalto congiunto previo accordo tra stazioni appaltanti;

A tal proposito, il successivo comma 14 spiega che due o più stazioni appaltanti, purché una sia qualificata, "possono decidere di svolgere congiuntamente, ai sensi dell'articolo 15 della legge 7 agosto 1990, n. 241, una o più fasi della procedura di affidamento o di esecuzione di un appalto o di un accordo quadro di lavori, servizi e forniture".

L'aspetto che, in generale, non deve essere sottovaluto è la necessità di una specifica convenzione/accordo che disciplini la delega a svolgere attività di committenza.

Occorre, per intendersi, disciplinare chiaramente "chi fa che cosa".

Si tratta di una precisazione di estrema importanza anche per meglio presidiare/gestire i profili di responsabilità connessa/correlata.

“ Fermi restando gli obblighi per le amministrazioni tenute all'utilizzo degli strumenti di acquisto e negoziazione messi a disposizione dai soggetti aggregatori, le stazioni appaltanti qualificate e le centrali di committenza qualificate possono attivare convenzioni aperte all'adesione di altre stazioni ”

Non a caso, sempre il comma appena citato precisa che "le stazioni appaltanti sono responsabili in solido dell'adempimento degli obblighi derivanti dal codice. Esse nominano un unico RUP in comune tra le stesse in capo alla stazione appaltante delegata".

Più nel dettaglio, il comma 9 dell'articolo 62 precisa che "Il ricorso alla stazione appaltante qualificata o alla centrale di committenza qualificata è formalizzato mediante un accordo ai sensi dell'articolo 30 del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, o ai sensi dell'articolo 15 della legge 7 agosto 1990, n. 241, o mediante altra modalità disciplinante i rapporti in funzione della natura giuridica della centrale di committenza".

Fermi restando gli obblighi per le amministrazioni tenute all'utilizzo degli strumenti di acquisto e negoziazione messi a disposizione dai soggetti aggregatori, le stazioni appaltanti qualificate e le centrali di committenza qualificate possono attivare convenzioni cui possono aderire le restanti amministrazioni di cui all'articolo 1 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, indipendentemente dall'ambito territoriale di collocazione della stazione appaltante o centrale di committenza qualificata".

Tra le altre prerogative consentite alle stazioni appaltante qualificate (proseguendo secondo le lettere della disposizione), si prevede la possibilità di:

- e) procedere mediante utilizzo autonomo degli strumenti telematici di negoziazione messi a disposizione secondo la normativa vigente dalle centrali di committenza qualificate;
- f) procedere all'effettuazione di ordini su strumenti di acquisto messi a disposizione dalle centrali di committenza anche per importi superiori ai livelli di qualificazione posseduti, con preliminarmente preferenza per il territorio regionale di riferimento. Se il bene o il servizio non è disponibile o idoneo al soddisfacimento dello specifico fabbisogno della stazione appaltante, oppure per ragioni di convenienza economica, la stazione appaltante può agire, previa motivazione, senza limiti territoriali.
- g) eseguono i contratti per conto delle stazioni appaltanti non qualificate nelle ipotesi di cui al comma 6, lettera g).
- h) qualora non siano qualificate per l'esecuzione, ricorrono a una stazione appaltante qualificata, a una centrale di committenza qualificata o a soggetti aggregatori;

In pratica la qualificazione abilita ad ogni attività correlata all'attività contrattuale.

“ La stazione appaltante non qualificata – che ha necessità evidentemente delle attività di committenza -, è tenuta a rivolgersi all'ANAC che attiva un meccanismo di assegnazione d'ufficio (che non può essere rifiutato). ”

6. Le prerogative delle stazioni appaltanti non qualificate

Più limitate, ovviamente, sono le funzioni delle stazioni appaltanti non qualificate che vengono chirurgicamente descritte nel successivo comma 6 dell'articolo 62.

Secondo la disposizione in parola, le stazioni appaltanti non qualificate:

- a) procedono all'acquisizione di forniture, servizi e lavori ricorrendo a una centrale di committenza qualificata;

- b) ricorrono per attività di committenza ausiliaria a centrali di committenza qualificate e a stazioni appaltanti qualificate;

Per attività di committenza ausiliaria si intendono prestazioni svolte nelle forme che seguono:

- 1) messa a disposizione di infrastrutture tecniche che consentano alle stazioni appaltanti di aggiudicare appalti pubblici o di concludere accordi quadro per lavori, forniture o servizi;
- 2) prestazioni di consulenza sullo svolgimento o sulla progettazione delle procedure di appalto;
- 3) attività di preparazione delle procedure di appalto in nome e per conto della stazione appaltante interessata;
- 4) gestione delle procedure di appalto in nome e per conto della stazione appaltante interessata;

Inoltre, le stazioni appaltanti non qualificate procedono ad affidamenti per servizi e forniture di importo inferiore alla soglia europea di cui ai commi 1 e 2 dell'articolo 14 e pertanto infra 215 per beni/servizi generali, infra 750mila euro per i servizi sociali. Come evidenziato, non è prevista alcuna deroga per le concessioni di servizi pur se sottosoglia (occorre la qualificazione di secondo livello).

In questo senso dispone chiaramente il comma 19 dell'articolo 62 in cui si legge che "la progettazione, l'affidamento e l'esecuzione di contratti di partenariato pubblico-privato possono essere svolti da soggetti qualificati per i livelli di cui all'articolo 63, comma 2, lettere b) e c)".

Da notare, pertanto, che a differenza di beni e servizi e lavori infra 500mila euro o alle deroghe in caso di utilizzo degli strumenti telematici di acquisto e di negoziazione, per le concessioni non è ammessa alcuna deroga neppure per importi nel sottosoglia comunitario (per i livelli si veda l'allegato II.4 art. 3).

Nel riferimento ultimo citato (in relazione alle concessioni) si legge (lettera b)) che la "qualificazione di secondo livello (L2)" è necessaria "per importi fino alle soglie di rilevanza europea" e per importi superiori (lett. c)) si impone la "qualificazione di terzo livello (L1)" che consente, in questo caso, concessioni "senza limiti di importo".

Le stazioni appaltanti non qualificate possono procedere, inoltre, come sopra anticipato, ad affidamenti di lavori di manutenzione ordinaria d'importo inferiore a 1 milione di euro mediante

utilizzo autonomo degli strumenti telematici di negoziazione messi a disposizione dalle centrali di committenza qualificate secondo la normativa vigente;

7. La richiesta dell'ausilio di una stazione appaltante qualificata

Sempre l'articolo 62, con il comma 10, disciplina la richiesta – attraverso la consultazione degli elenchi ANAC – dell'intervento/ausilio della stazione appaltante/centrale di committenza qualificata.

Come precisato nella disposizione, la richiesta di "svolgere la procedura di gara, rivolta dalla stazione appaltante non qualificata ad una stazione appaltante qualificata o ad una centrale di committenza qualificata" opera secondo una dinamica di silenzio assenso visto che in caso di mancata risposta – nel termine dei 10 giorni dal ricevimento della richiesta – la domanda di attività di "committenza" si intende accolta.

Più delicata è la questione della risposta negativa eventuale espressa dalla stazione appaltante/centrale di committenza qualificata.

In questo caso la stazione appaltante non qualificata – che ha necessità evidentemente delle attività di committenza –, è tenuta a rivolgersi all'ANAC che attiva un meccanismo di assegnazione d'ufficio (che non può essere rifiutato).

L'eventuale rifiuto, o un comportamento ostativo/non collaborativo può portare all'adozione di sanzioni e, nei casi più gravi finanche alla revoca della qualificazione.

Ovviamente occorrerà valutare nel merito la replica della stazione appaltante qualificata. Ben si potrà verificare, ad esempio, che la stazione appaltante interpellata abbia esigenza di una previa programmazione rispetto alla stazione appaltante richiedente.

Ipotesi differente si può verificare nel caso in cui la stazione appaltante, magari qualificata con riserva, non abbia organico sufficiente per lo svolgimento delle attività richieste.

Il nuovo codice, e non deve essere sottovalutato, impone obblighi di attivazione soprattutto alle stazioni appaltanti delle unioni di comuni, province, città metropolitane, comuni capoluogo e dei

comuni, evidentemente, di maggiore dimensione. L'ANAC ha già predisposto apposito modulo richiesta di assegnazione d'ufficio delle attività di committenza.

Da notare che le stazioni appaltanti non qualificate (art. 62, comma 16) potrebbero anche ricorrere ad una centrale di committenza ubicata in uno stato membro dell'Unione europea "per le attività di centralizzazione delle committenze svolte nella forma di acquisizione centralizzata di forniture o servizi a stazioni appaltanti oppure nella forma di aggiudicazione di appalti o conclusione di accordi quadro per lavori, forniture o servizi destinati a stazioni appaltanti".

L'attività svolta risulterà disciplinata dalla normativa dello Stato membro in cui è ubicata la centrale di committenza interpellata.

Sul Collegio Consultivo Tecnico. Alcune brevi riflessioni in tema di compensi spettanti ai componenti.

di Giuseppe Totino

IL
PUN
TO

Premesse

Proveniente da orditi normativi che ne conferivano efficacia solo limitata o transitoria, il D.Lgs. 36/2023, come ormai noto, ha consolidato l'istituto del Collegio Consultivo tecnico come organo deputato di risoluzione delle controversie che possono insorgere durante l'esecuzione dell'appalto, annoverandolo come strumento permanente e alternativo ai più conosciuti dell'accordo bonario e della transazione.

Il nuovo Codice dei Contratti posiziona, in effetti, la normativa relativa al CCT accanto a quegli strumenti più "usitati", conferendo rango di *alternative dispute resolution*, cui le parti contrattuali dell'appalto possano far ricorso in corso d'opera per dirimere insorgenti questioni che possano ledere i diritti soggettivi dei privati coinvolti ovvero l'interesse pubblico sotteso all'opera pubblica affidata, in luogo di altri consessi o strumenti, di regola, chiamati a risolvere le controversie ad appalto concluso.

Sebbene, il nuovo Codice rechi nuova e specifica disciplina, la stessa si discosta solo per alcuni

aspetti da quella che era stata conosciuta dall'articolo 6 della L. 120/2020, istitutiva dell'organo di che trattasi per come oggi lo conosciamo, completata dalle Linee Guida approvate dal Ministro delle Infrastrutture e della Mobilità Sostenibili 17 gennaio 2022, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana n. 55 del 7 marzo 2022.

L'articolo 1, comma 3, dell'allegato V.2, ha stabilito, poi, che le suddette Linee guida debbano continuare a trovare applicazione nelle more dell'adozione di nuove linee guida.

“ **Finalità istituzionale del CCT è quella di accompagnare l'intera fase di esecuzione, dall'avvio dei lavori e fino al collaudo degli stessi, per intervenire in tempo reale su tutte le circostanze che possano generare problematiche incidenti sull'esecuzione.** ”

“ **Per prevenire le controversie o consentire la rapida risoluzione delle stesse o delle dispute tecniche di ogni natura che possano insorgere nell'esecuzione dei contratti, ciascuna parte può chiedere la costituzione di un collegio consultivo tecnico (CCT), formato secondo le modalità di cui all'allegato V.2** ”

Tali Linee guida, d'altro canto, erano state adottate in forza della succitata precedente normativa a carattere emergenziale, dovendo necessitarsi oggi, per alcuni profili, una non semplice attività di coordinamento interpretativo, in ragione di evidenti aporie emergenti da disposizioni delle Linee guida il cui contenuto risulta distonico con quanto previsto oggi previsto dalla nuova normativa di riferimento. Il presente contributo vuole offrire un contributo che miri ad evidenziare alcune di tali aporie, con particolare riguardo al tema dei compensi spettanti ai membri del Collegio.

1. Il Quadro normativo: focus sui compensi spettanti ai membri del CCT

1.1 Il caso degli appalti di servizi

I compensi spettanti ai membri del CCT si articolano secondo una parte fissa ed una variabile, proporzionata al valore dell'opera e alla complessità delle decisioni assunte. Principio generale, quest'ultimo, già previsto dalla normativa precedente e poi confermato da quella prevista dal nuovo Codice.

La parte fissa, secondo quanto previsto dalle citate Linee guida, è stabilito essere calcolata, con riferimento alla prestazione di collaudo tecnico-amministrativo, ridotta del 60%. Per la parte eccedente il valore di euro 100.000.000 di lavori si applica la riduzione del 80%. La corresponsione di detta parte fissa è subordinata all'adozione di determinazioni o pareri e da una parte variabile, per ciascuna determinazione o parere assunto, in funzione della relativa qualità e del relativo carattere tecnico o giuridico determinato dallo stesso CCT.

Ciò rammentato, si sottolinea che tra le principali novità ritraibili dall'articolo 215 del nuovo Codice dei contratti è che il CCT deve essere obbligatoriamente costituito anche per gli appalti di servizi di importo superiore ad 1 milione di Euro. BOX: Per i lavori diretti alla realizzazione delle opere pubbliche di importo pari o superiore alle soglie di rilevanza europea e di forniture e servizi di importo pari o superiore a 1 milione di euro, la costituzione del collegio è obbligatoria.

Tale circostanza pone dubbi di non semplice soluzione a proposito della corretta stima dei compensi spettanti ai componenti dei CCT per tali categorie di appalti.

Infatti, l'articolo 7 della citata Linee guida, che trova applicazione anche ai CCT istituiti per appalti di servizi, in ragione del silenzio sul punto della legge neo emanata, stabilisce che la determinazione del compenso sia ancorata al valore dell'opera, commisurata rispetto ad una aliquota della parcella calcolata per le attività di collaudo tecnico-amministrativo.

Orbene, se per il caso degli appalti di lavori, il valore dell'opera risulta già essere cristallizzato nel

progetto esecutivo oggetto di appalto di lavori, nel caso di servizi tecnici, tale importo risulterà definito solo a valle della predisposizione e approvazione dei successivi livelli progettuali.

Per i servizi tecnici, si pone, pertanto, un primo dei nodi interpretativi da sciogliere di cui vuole trattare il presente contributo: onde determinare i compensi per i componenti dei CCT di appalti di servizi tecnici superiori ad 1 milione di Euro, è necessario far riferimento alla stima dell'importo dei lavori recata nel livello di progettazione posto a base di gara oppure all'importo di appalto per il quale è obbligatoria la costituzione del CCT?

Tale duplice strada porta con sé alcune conseguenze di cui è necessario tener conto, allorché la stazione appaltante dovrà quantificare il corretto appostamento nel quadro economico di appalto per conferire copertura alle spese di funzionamento del Collegio.

E' evidente che se si optasse per la prima ipotesi esclusivamente per i servizi tecnici (i.e. quella di far comunque riferimento all'importo dei lavori come stimanti nel livello di progettazione in possesso), si perpetrerebbe una evidente disparità di trattamento rispetto al caso dei servizi puri. In tal caso, infatti, per gli appalti puri, non essendoci alcuna "valore dell'opera" cui ancorare la commisurazione della parcella, l'unica strada da seguire sarebbe quella di riferirsi al valore dell'appalto.

Ove così si operasse, l'ammontare dei compensi per i membri dei CCT per gli appalti di servizi puri sarebbe considerevolmente più basso di quelli costituiti per servizi tecnici che beneficerebbero della possibilità di poter calcolare la parcella su un importo dei lavori che, sebbene solo stimato nel livello progettuale posto a base di gara, determinerebbe in ogni caso un incremento proporzionale del compenso spettante.

La suddetta disparità potrebbe ingenerare inevitabili difficoltà a reperire sul mercato soggetti effettivamente disponibili a ricoprire tali ruoli per corrispettivi assai simbolici ovvero mal commisurati rispetto alla mole di lavoro o relative responsabilità.

Qualora, invece, si optasse per una applicazione restrittivamente omogenea per tutte le categorie di appalti di servizi, ancorando cioè il calcolo del compenso al corrispettivo d'appalto, le difficoltà

di reperire professionalità disponibili a ricoprire l'incarico, da individuarsi secondo i criteri stabiliti dalle stesse Linee guida che richiedono requisiti assai stringenti al fine di poter essere nominato componente, si paleserebbero anche per gli appalti di servizi tecnici.

La difficoltà ermeneutica anzi rappresenta, a ben vedere, è frutto della circostanza che le Linee guida erano state confezionate in attuazione della normativa precedente che prevedeva la costituzione del CCT esclusivamente per gli appalti di lavori. Tale circostanza pone quindi le stazioni appaltante a dover lanciarsi in spinose decisioni che possono esporre i RUP anche a profili di responsabilità erariale nel caso in cui non si riesca a costituire il Collegio entro i termini stringenti stabiliti dalla norma per oggettiva irreperibilità di professionisti disponibili ad assumere l'incarico.

1.2 Sulla corretta individuazione del tetto ai compensi

Un secondo ed ulteriore aspetto innovativo che il nuovo assetto normativo ha stabilito è quello relativo al cosiddetto tetto massimo ai compensi da corrispondere.

La normativa previgente stabiliva, all'articolo 6, comma 7-bis della legge 120/2020, quanto segue: *"In ogni caso, i compensi dei componenti del collegio consultivo tecnico, determinati ai sensi del comma 7, non possono complessivamente superare con riferimento all'intero collegio (comma così sostituito dall'art. 35, comma 1-bis, della legge n. 79 del 2022):*

a) in caso di collegio consultivo tecnico composto da tre componenti:

- 1) *l'importo pari allo 0,5 per cento del valore dell'appalto, per gli appalti di valore non superiore a 50 milioni di euro;*
- 2) *l'importo pari allo 0,25 per cento per la parte del valore dell'appalto eccedente 50 milioni di euro e fino a 100 milioni di euro;*
- 3) *l'importo pari allo 0,15 per cento per la parte del valore dell'appalto eccedente 100 milioni di euro e fino a 200 milioni di euro;*
- 4) *l'importo pari allo 0,10 per cento per la parte del valore dell'appalto eccedente 200 milioni di euro e fino a 500 milioni di euro;*
- 5) *l'importo pari allo 0,07 per cento per la parte del valore dell'appalto eccedente 500 milioni di euro;*

b) in caso di collegio consultivo tecnico composto da cinque componenti:

- 1) *l'importo pari allo 0,8 per cento del valore dell'appalto, per gli appalti di valore non superiore a 50 milioni di euro;*
- 2) *l'importo pari allo 0,4 per cento per la parte del valore dell'appalto eccedente 50 milioni di euro e fino a 100 milioni di euro;*
- 3) *l'importo pari allo 0,25 per cento per la parte del valore dell'appalto eccedente 100 milioni di euro e fino a 200 milioni di euro;*
- 4) *l'importo pari allo 0,15 per cento per la parte del valore dell'appalto eccedente 200 milioni di euro e fino a 500 milioni di euro;*
- 5) *l'importo pari allo 0,10 per cento per la parte del valore dell'appalto eccedente 500 milioni di euro.*

In altri termini, gli importi scaturenti dai succitati scaglioni determinavano l'ammontare massimo da corrispondere all'intero Collegio, coerentemente con quanto prevede l'articolo 7.1.1. delle Linee guida che stabilisce che *"I compensi di tutti i membri del Collegio sono dovuti senza vincolo di solidarietà e, non possono complessivamente superare gli importi fissati dall'art. 6 -quater del decreto-legge 6 novembre 2021, n. 152, convertito, con modificazioni dalla legge di conversione 29 dicembre 2021, n. 233"*, norma che ha introdotto il succitato scaglionamento.

Tale importo doveva essere letto, in ogni caso, in combinato disposto con quanto previsto dall'articolo 7.2.2 delle Linee guida, secondo cui *"il compenso complessivamente riconosciuto a ciascun componente del CCT non può comunque superare il triplo della parte fissa"*.

Riassumendo: da un lato, ogni componente non poteva essere beneficiario di un compenso superiore a tre volte la parte fissa e, dall'altro, complessivamente, il Collegio non poteva essere destinatario di un importo superiore a quello stabilito dai tetti di cui al succitato comma 7-bis della Legge 120/2020.

Cosa è cambiato, secondo la normativa oggi vigente?

Il legislatore ha specificato all'articolo 1 comma 5 dell'Allegato V.2 al nuovo Codice che *"la parte fissa del compenso non può superare gli importi definiti dall'articolo 6, comma 7-bis, del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 settembre 2020, n. 120. Il compenso*

spettante ai componenti del Collegio non può superare il triplo della parte fissa.”

“ La parte fissa del compenso non può superare gli importi definiti dall’articolo 6, comma 7-bis, del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 settembre 2020, n. 120. Il compenso spettante ai componenti del Collegio non può superare il triplo della parte fissa.”

Quindi: sebbene abrogata espressamente, la suddetta norma, per via di un richiamo legislativo statico, risulta vigente come norma che impone un tetto ai compensi della parte fissa dei componenti del Collegio.

L’effetto, dal punto di vista economico è dirimpante: il tetto massimo originariamente stabilito per il complessivo compenso spettante a tutti i componenti del Collegio diventa il tetto della sola parte fissa, che, moltiplicato per tre, rappresenta il tetto massimo da corrispondere a tutto il Collegio.

Ciò premesso, residua un secondo nodo interpretativo da dover sciogliere, in ragione della sussistenza di una norma delle Linee guida che pare essere in contrasto con quanto sopra rammentato. Si pone, infatti, il dubbio della sorte della disposizione di cui al punto 7.2.2 delle Linee guida, secondo cui *“il compenso complessivamente riconosciuto a ciascun componente del CCT non può comunque superare il triplo della parte fissa”*. È evidente che si ritenesse ancora vigente questa norma, il compenso massimo complessivo da poter corrispondere si gonfierebbe ulteriormente.

La norma delle Linee guida, a differenza dell’ultimo periodo dell’articolo 1 comma 5 dell’Allegato V.2 al nuovo Codice, individua il limite corrispondibile a “ciascun componente” nella misura di tre volte la parte fissa che, nel suo tetto massimo, risulta essere già stato incrementato.

Parrebbe, quest’ultima, norma ormai superata, sia secondo buon senso, poiché incoerente col nuovo assetto normativo che indica nuovi parametri

per individuare i tetti ai compensi del Collegio complessivamente considerato, ma anche sotto un profilo strettamente giuridico ermeneutico, giacché sembrerebbe abrogata implicitamente da una norma di rango superiore intervenuta successivamente nel tempo.

2. Conclusioni

I temi sollevati, a parere di chi scrive, tutt’altro che configurare oziosi ragionamenti, toccano aspetti di particolare delicatezza traducendosi in concreta attualità per le singole amministrazioni.

Le pubbliche amministrazioni sono chiamate, allorquando debbano bandire un appalto che superi le soglie stabilite dalla norma, ad appostare uno specifico accantonamento nel quadro economico dell’appalto per far fronte ai compensi che potranno essere corrisposti al membro di parte pubblica e al Presidente nella misura del 50 per cento.

E’ di palmare evidenza come sia indispensabile dirimere le questioni sopra menzionate attraverso un idoneo intervento normativo che miri a chiarire i contorni entro cui le amministrazioni sono chiamate ad agire nel caso di appalti di servizi e di lavori.

La sede naturale dove assumere le necessarie decisioni sarebbe quella della stesura delle nuove linee guida da emanarsi ai sensi dell’articolo 1 comma 3 dell’allegato V2 al nuovo Codice.

In attesa che il legislatore provveda, potrebbe essere altrettanto auspicabile un intervento del MIT che, in via di interpretazione autentica, potrebbe già da subito offrire i chiarimenti necessari.

Conservazione dell'equilibrio contrattuale: l'innovativo principio del D.Lgs. n. 36/2023

di Paola Cartolano

IL
PUN
TO

Premesse

La riforma del codice dei contratti pubblici attuata con il **D.Lgs. n. 36/2023** si inserisce nel processo di esecuzione degli impegni assunti dal Governo con il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (**PNRR**) per l'accesso ai fondi del Next Generation EU: l'emanazione del nuovo codice dei contratti pubblici costituisce in particolare attuazione del traguardo M1C1-73 del PNRR.

La riforma della disciplina della contrattualistica pubblica nell'ambito del PNRR corrisponde soprattutto a un'esigenza di semplificazione, resasi ancora più necessaria a seguito della diffusione della pandemia da Covid-19 e anche dello scoppio del conflitto russo-ucraino, eventi che hanno determinato uno stravolgimento dei mercati con inevitabili ripercussioni anche sulla fase esecutiva dei contratti pubblici. Gli effetti derivanti da detti eventi hanno, infatti, alterato l'equilibrio contrattuale inizialmente individuato fra le parti, ponendo l'esigenza di trovare rimedi volti alla manutenzione e conservazione del rapporto obbligatorio anziché alla demolizione.

Come vedremo nel presente contributo, l'**art. 9 del D.Lgs. n. 36/2023** recante il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale trae origine proprio dal contesto appena descritto e dimostra il mutato orientamento del nostro legislatore nei confronti del principio di immutabilità del contratto pubblico, già in parte ridotto per effetto delle misure straordinarie messe in atto dalla normativa emergenziale per contrastare la congiuntura economica e l'aumento dei prezzi generati dalla pandemia e dal conflitto russo-ucraino.

“ **L'alterazione dell'equilibrio contrattuale a causa di eventi straordinari quali la pandemia e il conflitto russo-ucraino ha posto l'esigenza di trovare rimedi volti alla conservazione e non alla demolizione del contratto** ”

1. La codificazione dei principi nel D.Lgs. n. 36/2023

Uno dei tratti distintivi e più significativi del D.Lgs. n. 36/2023 rispetto alla struttura del precedente D.Lgs. n. 50/2016 (come anche del D.Lgs. n. 163/2006) è sicuramente la **Parte I del Libro I**, interamente dedicata ai **"Principi"**.

Facciamo in particolare riferimento al Titolo I relativo ai **"Principi generali"**, individuati dal legislatore come i principi del risultato, della fiducia, dell'accesso al mercato, di buona fede e di tutela dell'affidamento, di solidarietà e sussidiarietà orizzontale, di auto-organizzazione amministrativa, di autonomia contrattuale, di **conservazione dell'equilibrio contrattuale**, di tassatività delle cause di esclusione e di massima partecipazione, di applicazione dei contratti collettivi nazionali di settore.

Tra i citati principi generali del D. Lgs. n. 36/2023 ve ne sono alcuni particolarmente innovativi, sia nel nome che nel contenuto, i quali integrano quelli di derivazione comunitaria ovvero di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, pubblicità nonché quelli generali che guidano l'agire amministrativo ai sensi della Legge n. 241/1990 (già noti e disciplinati anche nel D.Lgs. n. 50/2016, da anni alla base della contrattualistica pubblica nel nostro ordinamento).

Con ambizione il legislatore del 2023 è andato anche oltre la legge delega, che chiedeva solo di recepire i più recenti approdi giurisprudenziali in tema di contratti pubblici. In tal senso, con la **legge 21 giugno 2022 n. 78** (recante «*Delega al Governo in materia di contratti pubblici*») il Governo è stato «*delegato ad adottare ... uno o più decreti legislativi recanti la disciplina dei contratti pubblici, anche al fine di adeguarla al diritto europeo e ai principi espressi dalla giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori, interne e sovranazionali...*».

Nella **Relazione Illustrativa al D.Lgs. n. 36/2023** elaborata dalla Commissione speciale istituita presso il Consiglio di Stato viene messo in luce che «*nella consapevolezza dei rischi che sono talvolta correlati a un uso inappropriato dei principi generali (e in particolare alla frequente commistione tra principi e regole)*» il legislatore «*ha inteso affidare alla Parte I del Libro I il compito di **codificare solo principi con funzione ordinante e nomofilattica***», dando «*un*

contenuto concreto e operativo a clausole generali altrimenti eccessivamente elastiche» oppure utilizzando «*la norma-principio per risolvere incertezze interpretative ... o per recepire indirizzi giurisprudenziali ormai divenuti "diritto vivente"*».

La Relazione Illustrativa indica ancora che attraverso la codificazione dei principi il nuovo D.Lgs. n. 36/2023 vuole «*favorire una più ampia libertà di iniziativa e di auto-responsabilità delle stazioni appaltanti, valorizzandone autonomia e discrezionalità (amministrativa e tecnica) in un settore in cui spesso la presenza di una disciplina rigida e dettagliata ha creato incertezze, ritardi, inefficienze*».

L'idea sarebbe «*quella non tanto di richiamare i principi "generalissimi" dell'azione amministrativa (già desumibili dalla Costituzione e dalla legge n. 241/1990), ma di fornire una più puntuale base normativa anche a una serie di principi "precettivi", dotati di immediata valenza operativa, che vanno in parte a soppiantare la struttura normativa rigida, dettagliata, a volte contraddittoria, attraverso la quale detti principi hanno finora trovato spazio angusto, nel tessuto normativo*»

“ **Tra i "principi generali" codificati nel D.Lgs. n. 36/2023 ve ne sono alcuni particolarmente innovativi** ”

A differenza del D.Lgs. n. 50/2016, il cui art. 30 elencava paritariamente i vari principi da osservare ai fini dell'affidamento dei contratti pubblici, il D.Lgs. n. 36/2023 opera un contemperamento tra gli stessi, fornendo criteri perché nessuno prevalga in modo assoluto, fermo restando la priorità esplicitamente riferita ai primi tre a cui il legislatore ha voluto attribuire particolare rilevanza.

Per la loro rilevanza emergono infatti i primi tre principi generali: il principio del risultato (art. 1), il principio della fiducia (art. 2) e il principio dell'accesso al mercato (art. 3).

Il successivo art. 4 dispone in particolare che le posizioni del codice «*si interpretano e si applicano in base principi di cui agli articoli 1, 2, 3*» i quali pertanto sono da ritenersi prioritari.

2. Dall'hardship clause al principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale

Come anticipato, fra i principi generali del Titolo I della Parte I del Libro I del D.Lgs. n. 36/2023 ve ne sono alcuni particolarmente "innovativi": fra questi rileva certamente l'**art. 9** che ha l'obiettivo di codificare una disciplina generale da applicare ai contratti pubblici nelle ipotesi in cui si presentino talune **sopravvenienze straordinarie e imprevedibili**, considerate dalla disposizione stessa come **tali da determinare una sostanziale alterazione dell'equilibrio contrattuale**.

L'esigenza di una tale innovazione è stata largamente sentita in ragione dalla congiuntura economica e sociale che ha di recente dispiegato i suoi effetti dopo la diffusione della pandemia da Covid-19 e lo scoppio del conflitto in Ucraina, con un aumento vertiginoso del costo delle materie prime tale da mettere in crisi l'intero settore dei contratti pubblici.

Per fronteggiare la crisi ingenerata nel settore il legislatore ha inizialmente introdotto delle misure emergenziali che potessero far fronte nel breve periodo allo stallo degli approvvigionamenti pubblici per poi passare a introdurre nel corpo del codice degli appalti una serie di disposizioni a carattere strutturale a cui ricorrere nel lungo periodo al fine di **garantire l'equilibrio economico delle prestazioni e prevenire eventi patologici quali la risoluzione dei contratti**.

Nella Relazione Illustrativa la Commissione speciale illustra che la previsione di detto principio prende le mosse dalla prassi internazionale in cui si parla di **clausole "hardship"** per la regolazione dei rapporti privati internazionali.

Queste clausole, insieme alle clausole di forza maggiore, sono state elaborate nel 2003 dalla Camera di Commercio Internazionale (ICC), successivamente aggiornate nel 2020¹.

I contratti commerciali, soprattutto quelli di durata, prevedono spesso l'inserimento delle clausole di forza maggiore o hardship per definire ex ante i

requisiti per accertare l'esistenza di una forza maggiore o di un evento inatteso che impediscono o rendono troppo oneroso l'adempimento degli obblighi contrattuali per la parte che ne subisce gli effetti, consentendole di sospendere l'esecuzione del contratto o addirittura risolverlo.

Mentre la clausola di forza maggiore disciplina i casi in cui si verificano tutte quelle circostanze non imputabili alle parti che comportano l'impossibilità di adempiere alle obbligazioni contrattuali (ad esempio scioperi, calamità naturali, guerre, etc..) in cui la parte che non può dare esecuzione al contratto per il verificarsi di una causa maggiore non è ritenuta responsabile, la hardship clause disciplina le ipotesi di **eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione**.

"Hardship" sta, infatti, per "difficoltà" e nel commercio internazionale indica una situazione sopravvenuta o sconosciuta al momento della conclusione di un contratto.

Al verificarsi di tali eventi le parti possono rinegoziare i termini del contratto così da adeguarlo al nuovo stato di fatto, tramite l'intervento di un terzo o mediante apposita negoziazione tra le stesse e solo in caso di mancato accordo è possibile richiedere la risoluzione del contratto.

La clausola standard dell'ICC indica innanzitutto l'eccezionalità della fattispecie rispetto al normale principio dell'adempimento. Viene inoltre precisato che per invocare la hardship clause la parte deve provare che la sua prestazione è diventata eccessivamente onerosa a causa di un evento fuori dalla sua sfera di controllo, che non poteva essere ragionevolmente previsto alla data di conclusione del contratto né evitato.

Nel nostro ordinamento in ambito privatistico si parla di **eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione**: ai sensi dell'**art. 1467 c.c.** la parte contrattuale colpita dall'eccessiva onerosità sopravvenuta a causa di eventi straordinari e imprevedibili - derogando al principio di vincolatività del contratto di cui all'art. 1372, comma 1 c.c. - può domandare la risoluzione del contratto. L'altra parte può evitare la risoluzione del contratto offrendo di modificare le condizioni

1. Le nuove clausole di forza maggiore e hardship sono disponibili al seguente link dell'ICC <https://iccwbo.org/news-publications/icc-rules-guidelines/icc-force-majeure-and-hardship-clauses/>

del contratto in modo da ripristinarne l'equilibrio: non è previsto, quindi, un diritto della parte svantaggiata alla rinegoziazione.

Giova segnalare che la **Corte di Cassazione** già **nella Relazione Tematica n. 56 dell'8 luglio 2020** recante "Novità normative sostanziali del diritto 'emergenziale' anti-Covid 19 in ambito contrattuale e concorsuale", muovendo dal presupposto che le norme del codice civile prevedono rimedi volti quasi esclusivamente alla scioglimento del rapporto contrattuale ovvero alla conclusione del rapporto stesso (art. 1467 c.c.), rileva che l'art. 1372 c.c., relativo alla vincolatività assoluta del contratto, deve essere però temperato con il principio del "rebus sic stantibus", specialmente nei casi in cui per effetto di accadimenti successivi l'equilibrio contrattuale si mostri sostanzialmente snaturato.

“ **L'introduzione nel D.Lgs. 36/2023 del principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale prende le mosse dalle clausole "hardship" operanti nella prassi internazionale** ”

La Corte di Cassazione osserva che nel nostro sistema codicistico gli artt. 1175 e 1375 c.c. impongono alle parti il rispetto dei principi di correttezza e di buona fede i quali, secondo il ragionamento della Corte, devono essere presi in considerazione per la soluzione delle problematiche correlate all'esecuzione del contratti in situazioni emergenziali, come quella legata alla pandemia. In particolare, è il principio della buona fede previsto nella fase esecutiva del contratto (art. 1375 c.c.) che deve emergere nei casi in cui sopravvivono situazioni imprevedibili che pregiudicano l'esecuzione contrattuale. Si tratta, secondo la Corte di Cassazione, di assumere una visione che sostituisca la logica del contratto "statico e blindato" con quella della leale collaborazione tra le parti, tesa a superare le sopravvenienze che incidono sull'equilibrio contrattuale.

Ne è così scaturito il principio generale secondo cui, per ipotesi straordinarie quali la pandemia (e oggi gli effetti del conflitto russo-ucraino) sussiste un dovere giuridico di cooperazione tra le parti finalizzato a salvaguardare il sinallagma del rapporto contrattuale nell'ambito della "rinegoziazione del contratto squilibrato".

3. La disciplina dell'art. 9 del D.Lgs. n. 36/2023

Il legislatore del D.Lgs. n. 36/2023, muovendosi nel contesto descritto al paragrafo che precede, con l'art. 9 ha introdotto anche nella contrattualistica pubblica il concetto di **rinegoziazione secondo buona fede** sulla scorta del principio civilistico dell'equilibrio contrattuale e riconduzione ad equità, prevedendo il diritto per la parte che risulta svantaggiata di rinegoziare il contratto al fine di ripristinare l'originario equilibrio contrattuale.

Si parla quindi di **diritto alla rinegoziazione per la parte svantaggiata**, al fine di scongiurare la risoluzione del contratto.

Viene, dunque, subito in rilievo la differenza tra l'art. 1467 c.c. e l'art. 9 del D.Lgs. 36/2023: il primo, facendo riferimento alla risoluzione del contratto, descrive una tutela demolitoria mentre il secondo prevede una tutela manutentiva sulla base dell'interesse dell'amministrazione e del contraente privato.

Come indicato nella Relazione Illustrativa, l'art. 9 del D.Lgs. n. 36/2023 «*mira a disciplinare le sopravvenienze che possono verificarsi nel corso dell'esecuzione del contratto, alterandone l'equilibrio originario o facendo venir meno, in parte o temporaneamente, interesse del creditore alla prestazione. Viene, in tal modo, introdotto un rimedio manutentivo del contratto, maggiormente conforme all'interesse dei contraenti – e dell'amministrazione in particolare – in considerazione dell'inadeguatezza della tutela meramente demolitoria apprestata dall'art. 1467 C.C.*».

La *ratio* di tale norma è, dunque, quella del ripristino e conservazione del sinallagma contrattuale andando oltre l'ordinaria fluttuazione economica e il normale rischio di mercato. Il legislatore pone però anche un limite al ripristino dell'equilibrio contrattuale specificando che **la rinegoziazione non deve alterare l'originario equilibrio economico** poichè lo squilibrio deve essere stato determinato da circostanze straordinarie ed imprevedibili estranee alla normale alea del contratto.

Testualmente il **comma 1 dell'art. 9** dispone che «*Se sopravvivono circostanze straordinarie e imprevedibili, estranee alla normale alea, all'ordinaria fluttuazione economica e al rischio*

di mercato e tali da alterare in maniera rilevante l'equilibrio originario del contratto, la parte svantaggiata, che non abbia volontariamente assunto il relativo rischio, ha diritto alla rinegoziazione secondo buona fede delle condizioni contrattuali. Gli oneri per la rinegoziazione sono riconosciuti all'esecutore a valere sulle somme a disposizione indicate nel quadro economico dell'intervento, alle voci imprevisti e accantonamenti e, se necessario, anche utilizzando le economie da ribasso d'asta».

“ **Con l'art. 9 del D.Lgs. 36/2023 viene introdotto nella contrattualistica pubblica il concetto di rinegoziazione secondo buona fede prevedendo il diritto per la parte svantaggiata di rinegoziare il contratto al fine di ripristinare l'originario equilibrio contrattuale** ”

Il comma 1 dell'art. 9 definisce, quindi, quali sono le **sopravvenienze** rilevanti ai fini dell'applicazione della norma stessa e sancisce il diritto alla rinegoziazione della parte svantaggiata al quale, dunque, corrisponde un obbligo della controparte.

Dette sopravvenienze devono integrare determinati requisiti su cui la Relazione Illustrativa chiarisce che «la disposizione reca riferimento ad eventi che integrano determinati requisiti:

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

Chiarisce ancora la Relazione Illustrativa che dette circostanze «oltre che sopravvenute e imprevedibili, devono essere **estranee anche al normale ciclo economico, integrando uno shock esogeno eccezionale e imprevedibile**. La disposizione deve, pertanto, essere interpretata

restrittivamente e richiede un rilevante squilibrio tra le prestazioni, da valutarsi alla luce delle concrete circostanze e dello specifico contenuto negoziale. È necessario, poi, che tali rischi non siano stati volontariamente assunti dalla parte, sebbene non sia necessaria una assunzione espressa».

Solo nel caso in cui risultino integrati tutti i predetti requisiti, il diritto alla rinegoziazione viene riconosciuto alla parte pregiudicata che deve conformarsi alla buona fede e sulla quale grava l'onere di fornire i relativi elementi a comprova.

Ai sensi del **comma 2 dell'art. 9** è previsto che «Nell'ambito delle risorse individuate al comma 1, **la rinegoziazione si limita al ripristino dell'originario equilibrio del contratto oggetto dell'affidamento**, quale risultante dal bando e dal provvedimento di aggiudicazione, senza alterarne la sostanza economica». Come anticipato, da disposizione precisa che la rinegoziazione ha come finalità unicamente quella di ripristinare l'originario equilibrio del contratto, avuto riguardo al complesso degli atti alla base della costituzione del rapporto. In sostanza, la rinegoziazione deve essere volta a ripristinare l'equilibrio contrattuale senza alterarne la "sostanza economica" così da non eludere la procedura ad evidenza pubblica a suo tempo esperita.

Sul punto si segnala **la recentissima sentenza del Consiglio di Stato n. 5989 del 19.06.2023** con cui i Giudici di Palazzo Spada hanno fornito una prima interpretazione del principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale e della rinegoziazione oggi disciplinati dall'art. 9 del D. Lgs. n. 36/2023.

Il Consiglio di Stato cita quale principale riferimento del nuovo principio il parere espresso dalla commissione speciale del Consiglio di Stato n. 1084/2000 assunto nell'adunanza del 12 ottobre 2001 indicando che «Nell'occasione, la commissione del Consiglio di Stato ebbe in particolare modo di affermare che anche la rinegoziazione successiva all'aggiudicazione potrebbe alterare la par condicio dei concorrenti, e ciò in quanto "il divieto di rinegoziare le offerte deve razionalmente intendersi in linea di principio (...) anche successivamente all'aggiudicazione, in quanto la possibilità di rinegoziazione tra la stazione appaltante e l'aggiudicatario, modificando la base d'asta, finirebbe (seppure indirettamente) coll'introdurre oggettivi elementi di distorsione della concorrenza, violando in tal modo i principi comunitari in materia"».

Nella recentissima sentenza il Consiglio di Stato, ritenendo ancora valido l'assunto della Commissione Speciale, ha tuttavia osservato che «*non a caso, anche il nuovo codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. del 31 marzo 2023 n. 36, che pure all'art. 9 introduce innovativamente il principio di conservazione dell'equilibrio negoziale e il dovere ex fide bona di rinegoziazione del contratto, fissa al comma due il relativo limite costituito dalla mancata alterazione della sostanza economica del contratto, nonché, ai commi 5 e 6 dell'art. 120, la **necessità che le modifiche al contratto non siano "sostanziali" ovvero non incidano ... sulla struttura dell'operazione economica sottesa al contratto di affidamento** ...*».

“ **Il legislatore ha posto un limite al ripristino dell'equilibrio contrattuale specificando che la rinegoziazione non deve alterare l'originario equilibrio economico** ”

Il successivo **comma 3 dell'art. 9** dispone che «*Se le circostanze sopravvenute di cui al comma 1 rendono la prestazione, in parte o temporaneamente, inutile o inutilizzabile per uno dei contraenti, questi ha diritto a una riduzione proporzionale del corrispettivo, secondo le regole dell'impossibilità parziale*». Come chiarisce la Relazione Illustrativa, la previsione in parola disciplina la specifica ipotesi in cui le sopravvenienze di cui al comma 1 incidano «*non sul generale equilibrio del contratto, ma **sull'utilità o utilizzabilità della prestazione per la parte creditrice**, come accaduto nella fase pandemica che ha determinato l'inutilizzabilità per un lungo periodo dei locali commerciali oggetto di locazione, rendendo sostanzialmente inutile la prestazione resa dal locatore. In tal caso la sopravvenienza rende la prestazione inadeguata a soddisfare l'interesse del creditore ex art. 1174 c.c. e legittima una proporzionale riduzione del prezzo secondo le regole dell'impossibilità sopravvenuta parziale del contratto ai sensi dell'art. 1464 c.c. Anche in tale ipotesi viene privilegiato il rimedio manutentivo su quello demolitorio*».

Prosegue la disposizione, inserendo al **comma 4** una previsione volta a incentivare l'inserimento nel contratto di clausole di rinegoziazione, soprattutto

laddove la durata del contratto o altre circostanze, quali il contesto economico, lo rendano opportuno.

Il **comma 5** prevede poi espressamente che in applicazione proprio del principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale di cui all'art. 9 (norma generale) si applicano le disposizioni di cui agli articoli 60 e 120 dello stesso D.Lgs. n. 36/2023 recanti rispettivamente la disciplina della revisione dei prezzi e quella della modifica dei **contratti di appalto** in corso di esecuzione.

In particolare, l'**art. 60** al comma 1 ha disposto che è obbligatorio l'inserimento nei documenti iniziali di gara di clausole di revisione prezzi le quali, per espressa previsione normativa, «*non apportano modifiche che alterino la natura generale del contratto o dell'accordo quadro; si attivano al verificarsi di particolari condizioni di natura oggettiva, che determinano una variazione del costo dell'opera, della fornitura o del servizio, in aumento o in diminuzione, superiore al 5 per cento dell'importo complessivo e operano nella misura dell'80 per cento della variazione stessa, in relazione alle prestazioni da eseguire*» (comma 2).

“ **Gli artt. 60 e 120 del D.Lgs. n. 36/2023 recanti la disciplina della revisione dei prezzi e quella della modifica dei contratti di appalto in corso di esecuzione sono applicazione del principio di cui all'art. 9** ”

L'**art. 120** disciplina invece le modifiche dei contratti in corso di esecuzione stabilendo al comma 8 che «***Il contratto è sempre modificabile ai sensi dell'articolo 9 e nel rispetto delle clausole di rinegoziazione contenute nel contratto. Nel caso in cui queste non siano previste, la richiesta di rinegoziazione va avanzata senza ritardo e non giustifica, di per sé, la sospensione dell'esecuzione del contratto. Il RUP provvede a formulare la proposta di un nuovo accordo entro un termine non superiore a tre mesi. Nel caso in cui non si pervenga al nuovo accordo entro un termine ragionevole, la parte svantaggiata può agire in giudizio per ottenere l'adeguamento del contratto all'equilibrio originario, salva la responsabilità per la violazione dell'obbligo di rinegoziazione***».

4. Conclusioni

Alla luce di quanto sin qui evidenziato risulta evidente che il legislatore, tenuto conto delle estreme difficoltà che hanno interessato il settore degli appalti pubblici in ragione della crisi economica ingenerata dalla pandemia e acuita dagli effetti derivanti dal conflitto russo-ucraino, ha deciso di riconoscere una posizione di tutela alla parte svantaggiata al verificarsi di circostanze impreviste e imprevedibili tali da alterare l'equilibrio contrattuale originario.

In tal senso con l'introduzione del principio della rinegoziazione di cui all'art. 9 del D.Lgs. n. 36/2023 il legislatore ha voluto introdurre, nell'ottica anche dell'interesse pubblico a conseguire il risultato atteso, uno strumento idoneo a preservare l'efficacia del contratto quale alternativa al rimedio di tipo demolitorio quale è la risoluzione del contratto.

Pareri & Sentenze



Consiglio di Stato, Sez. V, 31/10/2023, n. 9370

Lo schema (o modello) allegato al bando di gara non costituisce parte integrante della lex specialis

“La giurisprudenza di questo Consiglio di Stato, in più occasioni, ha precisato che lo schema (o modello) allegato al bando di gara non costituisce affatto parte integrante della lex specialis, costituendo piuttosto uno strumento predisposto unilateralmente dall’Amministrazione a scopo meramente esemplificativo, per facilitare la partecipazione alla gara (Cons. Stato, sez. V, n. 4395 del 2018). La modulistica messa a disposizione dalla stazione appaltante ‘non concorre a formare il coacervo di disposizioni costituenti la legge di gara’ (Cons. Stato, n. 1516 del 2015), pertanto non esiste nessuna norma di legge che impone alla stazione appaltante l’obbligo di proporre ai concorrenti una modulistica ai fini della redazione dell’offerta. Al contrario, appare ragionevole ritenere che, nella specie, proprio per la dedotta complessità dell’appalto, la libertà delle forme consentita dalla legge di gara ha agevolato gli operatori giuridici partecipanti nel predisporre l’offerta, non essendo obbligati a rispettare schemi prefissati, ed essendo circostanza pacifica che ai partecipanti sono stati resi noti i contenuti dell’offerta da predisporre in base alla lex specialis.”

TAR Reggio Calabria, 26/10/2023, n. 782

La disciplina del sistema di qualificazione prevista nel nuovo codice prevede che tutte le categorie di opere scorporabili, sia generali che specializzate devono considerarsi a qualificazione obbligatoria

“Con la nuova disciplina del sistema di qualificazione degli operatori economici introdotta dal D.lgs. n. 36/2023 e nell’attuale vigenza dell’art. 12 D.L. n. 47/2014, si può dunque affermare che tutte le categorie di opere scorporabili, sia generali che specializzate, dovranno, dal 1 luglio 2023, considerarsi a qualificazione obbligatoria, ovvero l’aggiudicatario, per eseguirle, dovrà essere in possesso della relativa qualificazione, oppure dovrà necessariamente ricorrere al subappalto. Tale interpretazione, oltre a configurare un esito rassicurante del quadro normativo in tema di qualificazione degli operatori economici, ha il pregio di armonizzarsi con l’art. 2 comma 2 del citato allegato II.12, laddove prescrive che “La qualificazione in una categoria abilita l’operatore economico a partecipare alle gare e a eseguire i lavori nei limiti della propria classifica incrementata di un quinto”, il che fa dedurre che per “eseguire i lavori” è necessario essere in possesso di adeguata qualificazione.”

TAR Reggio Calabria, 26/10/2023, n. 782

Proposta di aggiudicazione del responsabile di fase dell'affidamento e organo competente a disporre l'aggiudicazione

“L'art. 17 comma 5 D.lgs. n. 36/2023 “precisa che “l'organo preposto alla valutazione delle offerte” (nel caso del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa la commissione di gara o nel caso del criterio del maggior ribasso il RUP o il Responsabile di fase, come qui avvenuto, sui verbali predisposti dal seggio di gara) “predisporre la proposta di aggiudicazione alla migliore offerta non anomala”.

Il secondo periodo del comma in commento, laddove prevede che “L'organo competente a disporre l'aggiudicazione esamina la proposta, e, se la ritiene legittima e conforme all'interesse pubblico, dopo aver verificato il possesso dei requisiti in capo all'offerente, dispone l'aggiudicazione, che è immediatamente efficace”, si riferisce al RUP con poteri a valenza esterna, ma può anche ipotizzarsi – ed è ciò che si è verificato in concreto – un procedimento che si sviluppa fisiologicamente con una proposta di determinazione di aggiudicazione (o atto equivalente) predisposta dal Responsabile di fase per il proprio dirigente / responsabile del servizio, unico organo in questo caso abilitato a manifestare all'esterno la volontà dell'Ente (v. anche all.I.2 al D.lgs. n. 36/2023).

La “novità” rispetto alla precedente disciplina di cui all'art. 32 D.lgs. n. 50/2016 concerne la sequenza procedimentale afferente l'affidamento dell'appalto, essendo scomparso dall'ordito normativo il “doppio” passaggio dell'aggiudicazione non efficace e la successiva (post verifica positiva sul possesso dei requisiti) dell'aggiudicazione efficace.””

TAR Puglia, Sez. II, 23/10/2023, n. 1243

Sulla distinzione tra proroga “contrattuale”, proroga “tecnica” e rinnovo

“Come è infatti noto, l'art. 120 del D.Lgs. n. 36/2023 fa propria l'impostazione sopra riferita e disciplina le due fattispecie in due commi separati: il comma 10 si riferisce esclusivamente all'opzione di proroga preventivamente prevista nei documenti di gara; il successivo comma 11 disciplina invece la proroga del contratto funzionale al completamento della procedura di gara finalizzata alla scelta del nuovo appaltatore.

Ne consegue che la proroga “tecnica” trova nel nuovo Codice una collocazione autonoma e sganciata dalla proroga conseguente all'esercizio dell'opzione, purché concorrano una serie di condizioni “limitative” già emerse nell'interpretazione giurisprudenziale: essa viene essenzialmente circoscritta a ipotesi eccezionali, in cui sussistano oggettivi e insuperabili ritardi nella conclusione della procedura di gara; deve avere una durata commisurata al tempo strettamente necessario per giungere a tale conclusione; deve essere giustificata alla luce del fatto che l'interruzione delle prestazioni potrebbe determinare situazioni di pericolo per persone, animali o cose o per l'igiene pubblica o ancora un grave danno dell'interesse pubblico. In particolare, sempre in relazione ai due tipi di proroga sopra ricordati, deve essere distinta la proroga tecnica dal rinnovo del contratto pubblico.

Sul punto è ampiamente sufficiente richiamare i costanti e consolidati orientamenti giurisprudenziali, secondo i quali la distinzione tra proroga contrattuale e rinnovo deve essere fatta guardando agli effetti dell'atto: mentre la proroga del contratto, infatti, ha la mera funzione di spostare in avanti la scadenza conclusiva del rapporto, mantenendo inalterato il regolamento negoziale, il rinnovo, al contrario, realizza una nuova negoziazione tra i medesimi soggetti, con un rinnovato esercizio dell'autonomia negoziale (cfr., ex multis, Consiglio di Stato, sez. V, 8 agosto 2018, n. 4867).”

Consiglio di Stato, Sez. V, 9/10/2023, n. 8761

"La mancata dichiarazione della volontà di far ricorso al subappalto c.d. necessario non può essere oggetto di soccorso istruttorio"

" ... "l'operatore economico deve dichiarare sin dalla domanda di partecipazione la volontà di avvalersi del subappalto c.d. necessario (in tal senso, Cons. Stato, sez. V, 1° luglio 2022, n. 5491, ove è ben evidenziata la diversità di presupposti e di funzioni delle due dichiarazioni, di ricorrere al subappalto facoltativo oppure a quello necessario, in quanto "...nella dichiarazione di subappalto "necessario" viene in rilievo non una mera esternazione di volontà dell'operatore economico quale è la dichiarazione di subappalto "facoltativo", bensì una delle modalità di attestazione del possesso di un requisito di partecipazione, che non tollera di suo il ricorso a formule generiche o comunque predisposte ad altri fini, pena la violazione dei principi di par condicio e di trasparenza che permeano le gare pubbliche" (Cons. Stato, V, 29 dicembre 2022, n. 11596; cfr., fra le tante, anche Cons. Stato, V, 28 marzo 2023, n. 3180; 1 luglio 2022, n. 5491; 31 marzo 2022, n. 2365; 25 marzo 2022, n. 2217).

Ed invero, nella fattispecie in questione, così come in quelle esaminate dalla sezione con le decisioni succitate, l'appellante non ha dichiarato di volersi avvalere del subappalto necessario, ma solo del subappalto in generale, dopo aver specificato nella domanda di possedere sufficienti requisiti di qualificazione.

"La mancata dichiarazione della volontà di far ricorso al subappalto c.d. necessario non può essere oggetto di soccorso istruttorio una volta che la stazione appaltante abbia accertato la carenza dei requisiti di partecipazione coerenti con la percentuale di lavori che l'impresa s'è impegnata a realizzare (secondo Cons. Stato, n. 5491 del 2022, ... , ove fosse consentito il soccorso istruttorio la stazione appaltante darebbe la facoltà ad un operatore di formare atti in data successiva a quella di scadenza del termine di presentazione dell'offerta in contrasto con la par condicio competitorum; nello stesso senso cfr. Cons. Stato, sez. V, 18 gennaio 2019, n. 471)" (Cons. Stato, 29 dicembre 2022, n. 11596)."

Consiglio di Stato, Sez. III, 04/10/2023, n. 8666

In tema di grave illecito professionale non può ritenersi fondato l'assunto che lega il tema dell'affidabilità all'entità della gara

"In via generale, va ricordato che in materia di gare pubbliche, la nozione di grave illecito professionale di cui alla citata disposizione, ferma la necessaria valutazione discrezionale della stazione appaltante, ricomprende ogni condotta, collegata all'esercizio dell'attività professionale, contraria ad un dovere posto da una norma giuridica di natura civile, penale o amministrativa e non prevede un numero chiuso di gravi illeciti professionali (cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, 16 gennaio 2023, n. 503). Anche la revoca dell'aggiudicazione può quindi ritenersi idonea ad incidere sul rapporto di fiducia, tenuto conto che le condotte rilevanti ai fini dell'illecito professionale possono essere intervenute non solo nella fase di esecuzione del contratto, ma anche in fase di gara (cfr. Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione Siciliana, 30 aprile 2018, n. 252).

Nella vicenda in esame, la revoca è stata disposta in ragione della mancata sottoscrizione del contratto imputabile all'aggiudicatario (il provvedimento è stato poi confermato nella sua legittimità anche dalla sentenza di questa Sezione n. 5244 del 2017), cosicché la stazione appaltante, con adeguata motivazione, l'ha ritenuta una circostanza che integrasse il grave illecito professionale (cfr. in un caso analogo Consiglio di Stato, sez. V, 22 luglio 2019 n. 5171). In ordine poi all'irrilevanza della commessa oggetto di revoca, non può ritenersi fondato l'assunto che lega il tema dell'affidabilità all'entità della gara, tenuto conto che se ciò fosse vero si opererebbe una illegittima elusione della specifica disciplina che impone una valutazione congrua di qualunque elemento rilevante ai fini dell'affidabilità professionale."

Autorità Nazionale Anticorruzione**DELIBERA N. 445 del 26 Settembre 2023****UPREC - PRE 0694 -2023-S**

"Stante la perentorietà del termine assegnato non superiore a dieci giorni ai sensi dell'art. 83, comma 9, d.lgs. 50/2016 appare evidente come non possa applicarsi la proroga del termine di scadenza per l'adempimento richiesto dalla stazione appaltante, termine che cada in un giorno feriale, con la conseguente impossibilità per la concorrente interessata di poter provvedere al soccorso istruttorio oltre il suddetto termine."

" ... il comma 9 dell'art. 83, d.lgs. 50/2016 così recita: "Le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui al presente comma. In particolare, in caso di mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all'articolo 85, con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere. In caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione, il concorrente è escluso dalla gara.

Costituiscono irregolarità essenziali non sanabili le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa"; l'applicazione del principio dell'automatico slittamento al primo giorno lavorativo del termine viene riconosciuto dalla giurisprudenza e dall'Autorità nel caso in cui il termine scada in un giorno festivo (cfr. Delibera n. 429 del 26.05.2021); RILEVATO che, nel caso in esame risulta che il giorno di scadenza del termine assegnato fosse di sabato quale giornata ordinariamente feriale entro cui l'operatore economico avrebbe dovuto riscontrare, nel proprio interesse, alla richiesta avanzata mediante soccorso istruttorio ; RITENUTO che, stante la perentorietà del termine assegnato (non superiore a dieci giorni) così come indicato dal legislatore, appare evidente come non possa applicarsi la proroga del termine di scadenza per l'adempimento richiesto dalla stazione appaltante, con la conseguente impossibilità per la concorrente interessata di poter provvedere al soccorso istruttorio ..."

Autorità Nazionale Anticorruzione**DELIBERA N. 415 del 13 settembre 2023****UPREC-PRE 680/2023/S/PREC**

"Appalto pubblico – Servizi – Scelta del contraente – Requisiti – Servizio di refezione scolastica – Criteri Ambientali Minimi – Congruità dell'importo a base d'asta"

"In una procedura di affidamento del servizio di ristorazione collettiva, l'individuazione del prezzo a base di gara per singolo pasto rientra nell'esercizio della discrezionalità tecnica propria della Stazione appaltante. La determinazione del prezzo a base d'asta non implica una mera scelta di convenienza e opportunità, ma una valutazione alla stregua di cognizioni tecniche, sulla quale è possibile il solo sindacato estrinseco, ovvero limitato ai casi di complessiva inattendibilità delle operazioni e valutazioni tecniche operate dall'Amministrazione, alla illogicità manifesta, alla disparità di trattamento, non potendo il Giudice (o l'Autorità) giungere alla determinazione del prezzo congruo. Tuttavia, nel caso in cui la Stazione appaltante non abbia reso noto l'iter logico seguito per la sua determinazione o, in ogni caso, non abbia fornito elementi sufficienti per la verifica di quanto determinato, sussistono i presupposti per mettere in discussione la valutazione tecnica effettuata."

Autorità Nazionale Anticorruzione**DELIBERA N. 393 del 6 settembre 2023****UPREC-PRE 636/2023/S/PREC**

"In una procedura di affidamento del servizio di refezione scolastica, posto che l'individuazione del prezzo a base di gara per singolo pasto rientra nell'esercizio della discrezionalità tecnica propria della stazione appaltante, nel caso in cui tale importo risulti, di fatto, sensibilmente inferiore al costo medio stimato per pasto previsto dal D.M. 10 marzo 2020 sui nuovi Criteri Ambientali Minimi ma la stazione appaltante abbia reso comunque noto l'iter logico seguito per la sua determinazione o, in ogni caso, abbia fornito elementi sufficienti per la verifica di quanto determinato, non sussistono i presupposti per mettere in discussione la valutazione tecnica effettuata"

"... la misura del prezzo a base d'asta non implica una mera scelta di convenienza e opportunità, ma una valutazione alla stregua di cognizioni tecniche, sulla quale è possibile il solo sindacato estrinseco, ovvero limitato ai casi di complessiva inattendibilità delle operazioni e valutazioni tecniche operate dall'amministrazione, alla illogicità manifesta, alla disparità di trattamento, non potendo il Giudice (o l'Autorità) giungere alla determinazione del prezzo congruo (cfr. Delibere nn. 753 e 321 del 2021 e la n. 1017 del 2020); ... secondo il consolidato orientamento giurisprudenziale, la base d'asta non corrisponde necessariamente al prezzo di mercato, e tuttavia è necessario che la sua determinazione sia effettuata dalla stazione appaltante facendo riferimento a criteri verificabili, e acquisendo attendibili elementi di conoscenza, al fine di scongiurare il rischio di una base d'asta arbitraria perché manifestamente sproporzionata, con conseguente alterazione della concorrenza (Cons. Stato, sez. III, 28 settembre 2020, n. 5634; 24 settembre 2019, n. 6355; 10 maggio 2017, n. 2168; sez. V, 28 agosto 2017, n. 4081); ... l'Autorità (con Delibera n. 185 del 3 marzo 2021) ha rilevato che "sebbene rientri nell'esercizio della discrezionalità tecnica propria della stazione appaltante individuare una base d'asta congrua e tale da garantire la qualità delle prestazioni, il fatto che essa risulti nettamente inferiore al prezzo medio risultante dal d.m. 10 marzo 2020 sui nuovi Criteri Ambientali Minimi per il servizio di ristorazione, pur essendo i criteri di aggiudicazione incentrati sull'offerta di prodotti con caratteristiche ambientali e sociali, rende l'iter logico seguito dalla stazione appaltante non coerente con la normativa di settore";"

Autorità Nazionale Anticorruzione**DELIBERA N. 369 del 26 luglio 2023****UPREC-PRE 615/2023/S/PREC**

Nel rapporto tra bando, disciplinare di gara e capitolato speciale d'appalto sussiste una gerarchia differenziata con prevalenza del contenuto del bando di gara

"Nel rapporto tra bando, disciplinare di gara e capitolato speciale d'appalto, in ordine all'autonomia di tali provvedimenti ed alla propria peculiare funzione nell'economia della procedura, il primo fissa le regole della gara e assume la funzione di regola fondamentale e prevalente, il secondo disciplina il procedimento di gara ed il terzo integra eventualmente le disposizioni del bando il bando con particolare riferimento agli aspetti tecnici anche in funzione del vincolo contrattuale.

Tali atti determinano insieme la lex specialis della gara ed in caso di contrasti tra le singole disposizioni della stessa ed alla loro risoluzione, tra tali atti sussiste una gerarchia differenziata con prevalenza del contenuto del bando di gara, mentre le disposizioni del capitolato speciale e del disciplinare possono solo integrare, ma non modificare le prime."

A Domanda Rispondiamo

A.
D.
R.**1**

Qual è la posizione dell'operatore economico rispetto alla proroga contrattuale, la proroga tecnica e il rinnovo?

L'operatore economico dinanzi alla proroga contrattuale, ha una ragionevole aspettativa di poter proseguire la propria prestazione alle medesime condizioni del contratto originario o, se previsto nei documenti di gara, alle condizioni di mercato ove più favorevoli per la stazione appaltante, sebbene la decisione sia in capo alla stazione appaltante, posto che solo quest'ultima ha il potere di attivare tale forma opzionale; la proroga tecnica, con conferma delle condizioni contrattuali iniziali, rappresenta una prosecuzione possibile solo al verificarsi di casi eccezionali nei quali risultino oggettivi e insuperabili ritardi nella conclusione della procedura di affidamento del contratto, qualora l'interruzione delle prestazioni possa determinare situazioni di pericolo per persone, animali, cose, oppure per l'igiene pubblica, oppure nei casi in cui l'interruzione della prestazione dedotta nella gara determinerebbe un grave danno all'interesse pubblico che è destinata a soddisfare; dinanzi al rinnovo, invece, l'autonomia contrattuale dell'operatore economico torna piena e il nuovo contratto richiede una rinegoziazione di tutti gli elementi dell'accordo con la stazione appaltante.

2

Nel caso di appalti PNRR è possibile procedere all'aggiudicazione nelle more della verifica delle dichiarazioni rese dall'aggiudicatario in sede di gara e, dunque, provvedere all'esecuzione dell'appalto già in questa fase in deroga all'art. 17 comma 5 del D.lgs. n. 36/2023?

Con sentenza n. 782 del 26 ottobre 2023 il Tar Calabria, Reggio Calabria, dopo aver richiamato l'art. 225 comma 8 del D.lg. 36/2023, ha ritenuto che "tra le norme semplificatorie che continuano ad applicarsi ai soli appalti PNRR dopo il 01.07.2023 e fino al 31.12.2023 rientra l'art. 8 D.L. n. 76/2020, il cui vigore fino al 31.12.2023 è stabilito dall'art. 224, co. 2 D.lgs. n. 36/2023 che ha soppresso l'inciso contenuto nel comma 1 del medesimo art. 8 "e fino alla data del 30 giugno 2023", garantendone l'ultrattività oltre la data predetta. L'art. 8, comma 2 lett. a), D.L. n. 76/2020 prescrive che "è sempre autorizzata la consegna dei lavori in via d'urgenza e, nel caso di servizi e forniture, l'esecuzione del contratto in via anticipata nelle more della verifica dei requisiti di cui all'art. 80 del medesimo decreto legislativo, nonché dei requisiti di qualificazione previsti per la partecipazione alla procedura". Il Collegio conclude ritenendo che detta disposizione "sembra derogare all'obbligo di verifica dei requisiti dell'operatore economico prima della formalizzazione dell'aggiudicazione di cui all'art. 17 comma 5 D.lgs. n. 36/2023, rendendo possibile, nel caso di appalti PNRR, procedere all'aggiudicazione nelle more della verifica delle dichiarazioni rese dall'aggiudicatario in sede di gara e, dunque, provvedere all'esecuzione dell'appalto già in questa fase".

3

L'inserimento dei minori in strutture residenziali a seguito di provvedimenti di allontanamento dalla famiglia (anche su disposizione del giudice) è assoggettato alla disciplina dei flussi finanziari?

La normativa sulla tracciabilità dei flussi finanziari, si applica ogni qual volta si disponga di risorse pubbliche, indipendentemente dalla natura del rapporto intercorrente tra la pubblica amministrazione e il contraente che riceve tali risorse e quindi anche ai contratti estranei o esclusi rispetto al codice dei contratti pubblici. Il decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali n. 72 del 31 marzo 2021 recante le «Linee guida sul rapporto tra pubbliche amministrazioni ed enti del terzo settore negli articoli 55-57 del Codice del terzo settore» ha chiarito l'applicazione della normativa sulla tracciabilità anche agli istituti disciplinati dagli articoli 55-58 del codice del terzo settore, che rappresentano fattispecie estranee rispetto al codice dei contratti pubblici. Infine, la disciplina in esame si applica alle prestazioni di servizi socio-sanitari erogate in regime di accreditamento secondo le disposizioni nazionali e regionali in materia. In tale ambito, tuttavia, attesa la particolarità di talune fattispecie, si rende necessaria la previsione di misure di semplificazione degli adempimenti, per evitare l'introduzione di inutili appesantimenti procedurali. In particolare, con riferimento alle prestazioni socio-sanitarie e di ricovero, erogate dai soggetti privati in regime di accreditamento ai sensi della normativa nazionale e regionale in materia, la stazione appaltante potrà acquisire il CIG in occasione della sottoscrizione della convenzione con l'operatore economico accreditato e riportare lo stesso in tutti i pagamenti disposti in attuazione della convenzione. Analoghe modalità di acquisizione del CIG potranno essere utilizzate con riferimento al collocamento dei minori, su disposizione dell'Autorità Giudiziaria Minorile, in comunità socio-educative accreditate presso gli Albi Regionali del territorio nazionale. In tal caso, il CIG è acquisito all'atto della sottoscrizione della convenzione con il soggetto accreditato ed è riportato sul provvedimento che dispone ciascun collocamento e nei pagamenti effettuati in forza della convenzione.

4

Quali sono i tratti distintivi del contratto di rinnovo?

Il rinnovo contrattuale si contraddistingue per la rinegoziazione del complesso delle condizioni contrattuali originarie. E' necessario che le parti, attraverso specifiche manifestazioni di volontà, diano corso a distinti, nuovi ed autonomi rapporti giuridici, ancorché di contenuto analogo a quello originario; in assenza di tale negoziazione novativa, è qualificabile come proroga contrattuale l'accordo con cui le parti si limitano a pattuire il differimento del termine finale del rapporto, che per il resto continua ad essere regolato dall'atto originario; ed anche la circostanza che in tale accordo sia riportato il prezzo del contratto originario, che quindi rimane immutato, non costituisce affatto espressione di rinnovata volontà negoziale, ma circostanza idonea ad avvalorare ulteriormente l'intervenuta mera proroga del previgente contratto (**Cfr. Consiglio di Stato, sez. III, sent. 24 marzo 2022, n. 2157; Consiglio di Stato, sez. V, 16.02.2023 n. 1635**).

5

A chi spetta l'attivazione della polizza a garanzia del RUP di cui all'articolo 45 del nuovo Codice e quali rischi deve coprire?

Sul punto si è espresso il MIMS con il parere n. 2163 del 20/07/2023, con il quale ribadisce che l'obbligo di assicurazione vige per le figure previste dall'art. 45 comma 2 del d.lgs. 36/23, per le attività indicate nell'allegato I.10 se esistenti all'interno della stazione appaltante. Le risorse destinate alla stipula di tali contratti di assicurazioni sono a carico delle somme previste nel quadro economico dell'intervento, escludendo che si possa attingere ai fondi di bilancio. L'accantonamento di tali risorse avviene per il tramite del RUP ai fini dell'utilizzo dei fondi per l'attivazione delle assicurazioni. Le polizze attivabili coprono generalmente la responsabilità civile professionale, e il loro approvvigionamento è assoggettato alle norme del codice degli appalti per l'individuazione delle procedure idonee alla loro acquisizione.

6

Ai sensi del nuovo codice, rientrano nel computo degli incentivi tecnici le funzioni tecniche svolte in relazione a procedure in caso di somma urgenza?

L'art. 45 del nuovo codice prevede che le risorse per remunerare le attività tecniche si estendano a tutte le procedure e non solo all'appalto, superando quindi le difficoltà discendenti dalla precedente formulazione, che consentiva l'erogazione dell'incentivo ai dipendenti solo in caso di appalti escludendo tutte le altre procedure e gli affidamenti diretti e, tali possono considerarsi anche quelli posti in essere ai sensi dell'art. 140 del nuovo codice relativamente ai casi di somma urgenza. Ciò detto, dubbi sorgono in merito all'applicazione della suddetta disciplina anche nei casi di affidamenti non comparativi.

Se è vero che tale estensione è in linea con la lettura testuale del nuovo codice e della relazione illustrativa, si tenga presente che al momento mancano gli indirizzi interpretativi della Corte dei Conti che in vigore del d.lgs. 50/16, si era espressa in misura piuttosto restrittiva, escludendo l'erogazione degli incentivi negli affidamenti di somma urgenza, "tranne in casi specifici in cui l'amministrazione, nonostante l'affidamento diretto, proceda ad una procedura comparativa, motivandola adeguatamente". (Corte dei Conti Toscana, delibera n. 234 del 24 novembre 2022). Il tutto nei limiti delle attività incentivabili di cui all'Allegato I.10 del d.lgs. 36/23.

7

Come opera il requisito della stabilità occupazionale in rapporto alla previsione delle ulteriori clausole di cui all'art. 57 del codice?

La FAQ n. 2.1 dell'Anac al Bando Tipo, prevede che: "L'articolo 57 del Codice prevede che, nel rispetto dei principi dell'Unione europea e tenendo conto dell'oggetto dell'appalto, il bando contenga quale requisito necessario dell'offerta la garanzia della stabilità occupazionale. Ciò significa che il nuovo appaltatore deve riassorbire il personale già impiegato secondo le modalità disciplinate nel bando o nei contratti collettivi di riferimento.

In caso di riduzione del personale da impiegare a seguito del cambiamento delle condizioni di esecuzione dell'appalto, come indicato all'articolo 9 del bando tipo, il personale da riassorbire è definito in esito ad una verifica congiunta con appaltatore e sindacati.

In caso di aumento del personale da impiegare nell'appalto, l'appaltatore garantisce innanzitutto l'occupazione del personale già precedentemente impiegato e, successivamente, può assumere nuovo personale, nel rispetto delle indicazioni contenute nel bando di gara."

8

Quale la disciplina da applicarsi alla determina di affidamento risultante da una richiesta di preventivi finalizzata all'affidamento diretto prima del 01/07/2023?

Stante il parere del MIMS n. 2170 del 24/07/2023, se la richiesta di offerta è antecedente al primo luglio, si applica il D.Lgs. 50/16, se successiva a tale data trova applicazione il D.Lgs. 36/23.

Il contratto di avvalimento e la dichiarazione dell'ausiliaria



IN
PIL
LOLE

Possono convivere all'interno dello stesso documento, tanto le previsioni contrattuali tipiche e proprie del contratto di avvalimento, tanto le dichiarazioni richieste a corredo dello stesso e con le quali l'ausiliaria si obbliga verso il concorrente e verso la S.A. per tutta la durata dell'appalto?

Sul tema si richiamano due filoni giurisprudenziali distinti, l'uno maggiormente formalista, perciò vocato alla distinzione tra i due documenti, l'altro maggiormente focalizzato sulla sostanza della questione e perciò meno centrato alla distinzione documentale.

Il Tar Lazio Roma sez. III ter sent. N. 53 del 04/01/2022 richiamando nelle motivazioni il Cons. 3682/2017, rammenta che: "al riguardo, la giurisprudenza amministrativa distingue nettamente il contratto di avvalimento dalla dichiarazione (anch'essa prevista nell'art. 89 del codice dei contratti pubblici) che l'ausiliaria deve rendere nei confronti della stazione appaltante, indicando come i due atti, per quanto entrambi necessari, debbano restare distinti e assolvano a funzioni differenti, in modo che non può ritenersi che uno possa integrare l'altro" (Tar Lazio, sez. 1 bis, 26 ottobre 2020, n. 10912).

L'art. 89, comma 1, del d.lgs. n. 50 del 2016, distingue la dichiarazione con cui l'ausiliaria si obbliga verso il concorrente e verso la stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente, dal contratto di avvalimento; tale dichiarazione è fondamentale perché l'ausiliario assuma direttamente nei confronti della stazione appaltante gli obblighi di mettere a disposizione del concorrente i requisiti e le risorse di cui quest'ultimo è carente, laddove il contratto di avvalimento ha un'efficacia inter partes ed è fonte per il medesimo ausiliario di obblighi nei soli confronti del concorrente (Cons. Stato, Sez. V, 22 ottobre 2019, n. 7188; Cons. Stato, Sez. V, 21 maggio 2020, n. 3209).

Il Consiglio di Stato, sezione V, sentenza n. 7188 depositata il 22 ottobre 2019, precisa che l'impegno assunto dall'ausiliario nell'ambito del contratto di avvalimento a favore della stazione appaltante non è equivalente ad una dichiarazione diretta a quest'ultima, la quale ai sensi dell'art. 1334 cod. civ. produce effetto dal momento in cui perviene a conoscenza della persona alla quale è destinata e diviene così irretrattabile, oltre che insuscettibile di eccezioni legate a rapporti con altri soggetti.

Ancora, Consiglio di Stato, (sentenza n. 3682/2017), già precisava che: «la dichiarazione dell'impresa ausiliaria ... e il contratto di avvalimento ... sono atti diversi, per natura, contenuto, finalità.

La dichiarazione, infatti, costituisce un atto di assunzione unilaterale di obbligazioni precipuamente nei confronti della stazione appaltante; mentre il contratto di avvalimento costituisce l'atto bilaterale di costituzione di un rapporto giuridico patrimoniale, stipulato tra l'impresa partecipante alla gara e l'impresa ausiliaria, di modo che in esso devono essere contemplate ... le reciproche obbligazioni delle parti, e le prestazioni da esse discendenti. Quindi, la dichiarazione ed il contratto di avvalimento sono atti con contenuto differente e "non sovrapponibile", entrambi necessari al perfezionamento dell'istituto dell'avvalimento.

In posizione assolutamente inversa e nell'ottica di valorizzazione della possibilità di soppiantare col contenuto del contratto di avvalimento, la dichiarazione resa dall'ausiliaria nei confronti del concorrente per la messa a disposizione delle risorse necessarie, si inquadrano alcune interessanti pronunce.

Consiglio di Stato, sez. V, 09.02.2023 n. 1449 rilevava che l'art. 89, comma 1, del d.lgs. n. 50 del 2016 prevedeva che le dichiarazioni da rendersi da parte dell'impresa ausiliaria, dovessero essere distinte dal contratto di avvalimento. Tuttavia la distinzione desumibile dal confronto tra i diversi periodi della norma è fondata sulla direzione soggettiva delle dichiarazioni; e precisamente: - quelle contrattuali, di cui al penultimo periodo, contengono la dichiarazione d'obbligo dell'impresa ausiliaria "nei confronti del concorrente a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata del contratto", di modo che l'assunzione della corrispondente obbligazione entra a far parte del sinallagma contrattuale; quindi è rilevante nei rapporti, di natura privatistica, fra le parti contraenti; - la dichiarazione "sottoscritta dall'impresa ausiliaria con cui quest'ultima si obbliga ... a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente" (che si aggiunge alla dichiarazione della stessa impresa attestante il possesso dei requisiti tecnici e delle risorse oggetto di avvalimento, di cui al periodo precedente dello stesso art. 89, comma 1) è invece rivolta (oltre che al concorrente) alla stazione appaltante; essa è indispensabile per rendere opponibile a quest'ultima il contratto

stipulato *inter alios*, quindi per coinvolgere l'impresa ausiliaria, già nella fase della gara, a condividere il "prestito" dei requisiti, nonché per consentire l'assunzione di responsabilità "in relazione alle prestazioni oggetto del contratto" che l'art. 89, comma 5, estende all'impresa ausiliaria nei confronti della stazione appaltante, rilevante nella fase esecutiva (arg. ex art. 89, comma 9).

La separatezza formale delle dichiarazioni dell'impresa ausiliaria rivolte alla stazione appaltante rispetto agli impegni contrattuali rivolti all'impresa concorrente, quale si desume dal testo di legge, è funzionale all'esecuzione delle verifiche della documentazione amministrativa in fase di gara, da effettuarsi secondo quanto disposto dallo stesso art. 89, comma 3.

Nondimeno è da escludere 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 ...

Giova precisare che è indispensabile per la validità dell'avvalimento, quindi rilevante a fini escludenti (senza che sia all'uopo necessaria un'apposita previsione del disciplinare di gara, contrariamente a quanto assume la difesa di -OMISSIS-), 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.

Non compromette invece la validità dell'avvalimento la mancanza del requisito formale della separatezza delle dichiarazioni dal contratto di avvalimento. Trattandosi di dichiarazioni negoziali unilaterali è sufficiente, ai fini dell'avvalimento, che esse siano rivolte alla stazione appaltante e che pervengano nella sfera di conoscibilità della medesima destinataria (arg. ex art. 1334 cod. civ.).

In presenza di entrambe tali condizioni -verificatesi con la produzione dei contratti di avvalimento in allegato all'offerta di -OMISSIS- l'avvalimento non è in discussione, di modo che ai fini della validità di questo è indifferente che il seggio di gara abbia invitato la contointeressata alla trasposizione in un documento separato delle dichiarazioni d'impegno

già contenute nel contratto di avvalimento e conosciute dalla stazione appaltante.

Anche il Consiglio di Stato, Sez. V, 01/07/2022, con la sentenza n. 5497 rammenta a proposito della mancata presentazione della dichiarazione di impegno dovuta dall'ausiliaria.

La disposizione prevede al riguardo che «L'operatore economico dimostra alla stazione appaltante che disporrà dei mezzi necessari mediante presentazione di una dichiarazione sottoscritta dall'impresa ausiliaria con cui quest'ultima si obbliga verso il concorrente e verso la stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente».

Tale dichiarazione, secondo il tenore della disposizione (cui la *lex specialis* è allineata) come letta dalla giurisprudenza di questo Consiglio di Stato, costituisce un atto distinto rispetto al contratto di avvalimento (cfr. lo stesso art. 89, comma 1, il quale prevede, al fianco della dichiarazione d'impegno, che «Il concorrente allega, altresì, alla domanda di partecipazione in originale o copia autentica il contratto in virtù del quale l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto»).

In particolare, è stato chiarito in ordine alla distinzione fra i diversi atti ("una cosa è la produzione della dichiarazione di impegno dell'impresa ausiliaria verso il concorrente e verso la stazione appaltante, altra cosa è la produzione del contratto di avvalimento": Cons. Stato, V, 20 novembre 2018, n. 6551) che essa "trova ragion d'essere sotto i plurimi profili evidenziati dalla giurisprudenza, che ha costantemente rilevato come le dichiarazioni dell'impresa ausiliaria e il contratto di avvalimento siano atti diversi, per natura, contenuto, finalità, costituendo la dichiarazione un atto di assunzione unilaterale di obbligazioni precipuamente nei confronti della stazione appaltante, il contratto di avvalimento l'atto bilaterale di costituzione di un rapporto giuridico patrimoniale, stipulato tra l'impresa partecipante alla gara e l'impresa ausiliaria, contemplante le reciproche obbligazioni delle parti e le prestazioni da esse discendenti (Cons. Stato, V, 1° agosto 2018, n. 4765; IV, 26 luglio 2017, n. 3682, n. 4406 del 2012)" (Cons. Stato, n. 6551 del 2018, cit.; cfr. un passaggio in tal senso anche in

Cons. Stato, Ad. plen., 4 novembre 2016, n. 23; Id., V, 21 maggio 2020, n. 3209; cfr. anche Id., V, 4 giugno 2020, n. 3506).

Occorre tuttavia considerare che, nella specie, il contratto di avvalimento conteneva una specifica dichiarazione nei seguenti termini, sottoscritta (anche) dall'ausiliaria: "l'impresa ausiliaria [...] assume con il presente contratto la responsabilità solidale con l'impresa AVVALENTE e nei confronti della Stazione appaltante"; poco dopo si dichiarava inoltre: "Il concorrente e l'impresa ausiliaria sono responsabili in solido nei confronti della stazione appaltante in relazione alle prestazioni oggetto del contratto".

Alla luce di ciò, va osservato che se è vero che dichiarazione d'impegno e contratto di avvalimento costituiscono atti distinti muniti di diversa funzione, la loro distinzione attiene invero al contenuto e significato (e conseguenti effetti giuridici) degli atti, non anche al supporto materiale (o "corpus physicum") che li reca: la dichiarazione d'impegno, se provvista dei necessari requisiti e destinata alla stazione appaltante, può infatti ben essere incorporata anche in un supporto coincidente con il contratto di avvalimento; ciò che rileva, come chiarito dalla giurisprudenza, è l'assunzione delle obbligazioni da parte dell'ausiliaria direttamente nei confronti della stazione appaltante, non già il supporto redazionale che ne racchiude la fonte.

Una siffatta assunzione di obbligazioni è qui in effetti desumibile dalle dette dichiarazioni, in specie da quella con cui l'ausiliaria assume con il contratto la responsabilità solidale con l'impresa avvalente, "e" nei confronti della stazione appaltante, cioè direttamente nei riguardi di questa.

D'altra parte, come anticipato, l'art. 89, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016 prevede che «L'operatore economico dimostra alla stazione appaltante che disporrà dei mezzi necessari mediante presentazione di una dichiarazione sottoscritta dall'impresa ausiliaria con cui quest'ultima si obbliga [...] verso la stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente».

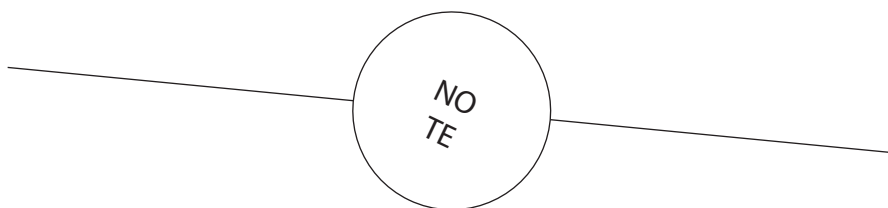
L'atto prescritto è dunque una dichiarazione d'impegno unilaterale (non già un negozio bilaterale, con accettazione da parte della stazione appaltante) in favore dell'amministrazione, ma che non deve essere necessariamente inviata dall'ausiliaria: la modalità a tal fine prevista dalla

legge, che esprime e concreta la recettività dell'atto, è anzi quella per cui «L'operatore economico» cura la «presentazione» di tale dichiarazione dell'ausiliaria in favore della stazione appaltante.

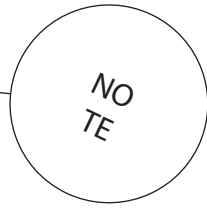
Il che può ritenersi ben integrato dalla dichiarazione impegnativa dell'ausiliaria, direttamente nei confronti della stazione appaltante, contenuta nel contratto di avvalimento "presentato" dall'operatore economico.

Ciò si ha nel caso di specie: la dichiarazione presente nel contratto indicava al fianco di una responsabilità "solidale con l'impresa avvalente" (di per sé a beneficio dell'amministrazione – verso cui l'avvalente è obbligata – e riferita alle prestazioni oggetto del contratto, come qui successivamente precisato nello stesso negozio d'avvalimento, in linea con la previsione dell'art. 89, comma 5, d.lgs. n. 50 del 2016), anche direttamente ("e") "nei confronti della stazione appaltante", con specifica pattuizione (distinta, appunto, da quella inerente alla responsabilità in solido "in relazione alle prestazioni oggetto del contratto") che vale a esprimere l'autonoma assunzione da parte dell'ausiliaria verso l'amministrazione degli obblighi dell'avvalimento, così soddisfacendo la prescrizione di cui all'art. 89, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016 (cfr. Cons. Stato, V, 7 gennaio 2022, n. 48, che pone in risalto il contenuto proprio della dichiarazione d'impegno quale "promessa unilaterale resa dall'ausiliaria alla stazione appaltante con l'impegno al rispetto delle obbligazioni assunte nel contratto di avvalimento (ed in particolare a non sottrarre le risorse messe a disposizione del concorrente per la durata dell'esecuzione del contratto di appalto)"; cfr. peraltro, sulla solidarietà ex art. 89, comma 5, d.lgs. n. 50 del 2016 quale effetto ex se tipico dell'avvalimento, Cons. Stato, V, 21 novembre 2018, n. 6576).

In tale prospettiva, la previsione nell'ambito del contratto (presentato alla stazione appaltante) di una clausola di tale tenore fa sì che si sia in presenza non già di un semplice contratto a favore di terzi, bensì di un negozio plurimo che contiene assieme una convenzione bilaterale fra l'ausiliaria e l'avvalente e una dichiarazione d'impegno unilaterale dell'ausiliaria nei confronti della stazione appaltante, efficace ex art. 1334 Cod. civ. una volta "presentata" ex art. 89, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016 alla stazione appaltante (in senso diverso, cfr. Cons. Stato, V, 22 ottobre 2019, n. 7188).



A series of 20 horizontal dotted lines for writing.



A series of 20 horizontal dotted lines for writing.



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

Pubblicità: 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

PERCORSI DI ALTA FORMAZIONE

Il Nuovo Codice dei Contratti illustrato dal Presidente Carbone e dal Cons. Rovelli
ROMA 7 - 21 Novembre, 19 Dicembre

La fase di esecuzione del ciclo di vita dell'intervento pubblico
11 Dicembre

PERCORSI DI APPROFONDIMENTO

Formazione base sugli appalti pubblici
II ed. 20 - 24 - 30 Novembre, 12 - 14 Dicembre

ABC degli Appalti Pubblici
II ed. 20 - 24 - 30 Novembre

LE PRINCIPALI NOVITÀ DEL NUOVO CODICE

L'applicazione del nuovo Codice dei Contratti
II ed. 20 - 24 Ottobre, III ed. 22 - 23 Novembre

Il codice dei contratti nella sua prima fase di applicazione
CAGLIARI 15 Novembre

Il nuovo Codice dei contratti pubblici alla luce della prima giurisprudenza
TRIESTE 13 Novembre, BOLOGNA 17 Novembre,
FIRENZE 24 Novembre

La disciplina sui settori speciali alla luce del d.lgs. N. 36/2023
24 Novembre

SOGGETTI

Gli incentivi per le funzioni tecniche: istruzioni per l'uso
8 - 10 Novembre

Il RUP, il DEC e la commissione di gara
27 - 30 Novembre

RUP, Commissari di gara e Direttore Esecuzione Lavori
28 - 29 Novembre

PIATTAFORME E ADEMPIMENTI (MEPA, BDAP, FVOE, SDAPA)

Corso avanzato sul MePA
II ed. 4 - 6 Dicembre

L'attività di verifica dei requisiti - II Edizione
1 Dicembre

Corso pratico sul monitoraggio delle opere pubbliche
11 Dicembre

REDAZIONE ATTI E GESTIONE GARA

Partenariato pubblico - privato e concessioni
16 Novembre

Analisi dei contratti sotto soglia
ROMA 21 Novembre

Focus su servizi e forniture
21 - 22 - 29 Novembre

Le gare del PNRR
21 Novembre

Gli Accordi quadro
4 Dicembre

Le modifiche contrattuali durante il periodo di efficacia
ROMA 19 Dicembre

SOCIETÀ IN HOUSE - SERVIZI PUBBLICI LOCALI

La riforma della disciplina dei servizi pubblici locali
21 - 29 Novembre

ORGANIZZAZIONE, PERSONALE E CONTABILITÀ

Gli incentivi per le funzioni tecniche: istruzioni per l'uso
27 - 30 Novembre

PROJECT MANAGEMENT

ISIPM base
XXXI ed. 6 incontri Dicembre / Gennaio

ISIPM avanzato
XI ed. 8 incontri Novembre / Gennaio

ANTICORRUZIONE

Tecniche di mappatura del rischio
27 - 28 Novembre, 4 Dicembre

La strategia di prevenzione della corruzione nella PA: buone pratiche, indirizzi e attività operativa
4 Dicembre

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!