

Rivista mensile - Anno XIII, Numero 9

dicembre  
2023

# MEDIA APPALTI

---


L'applicazione della  
rotazione nel nuovo  
codice dei contratti

---

Sulla sostituzione del  
progettista "indicato" ai  
fini della partecipazione ad  
una procedura di appalto  
integrato, nota a TAR Lazio  
– Roma, Sez. II bis, 10  
novembre 2023 n. 16775

---

La verifica dei requisiti  
nel 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](mailto: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

dicembre  
2023

---

# 1522

---



EDI  
TO  
RIALE

Primo dicembre. Ore 12e30. La Commissione Giudicatrice si riunisce per assegnare un appalto di estrema delicatezza, dalla cui esecuzione dipende l'integrità fisica, e talvolta la vita, di centinaia di persone. Oggetto dell'appalto non è la realizzazione di un ponte o di una diga, di una linea ferroviaria o di uno stadio.

La gara di cui vi parliamo non è stata bandita per la realizzazione di un'opera materiale. Non è nemmeno l'ingente capitale da investire a captare la nostra attenzione. Si tratta dell'affidamento di un servizio. Base d'asta 992mila euro. Materia della gara è la gestione di un call center. Un servizio che risponde al numero gratuito di pubblica utilità 1522. Il numero nazionale antiviolenza e antistalking.

L'omicidio di Giulia Cecchettin pare abbia svegliato l'opinione pubblica da un torpore che per troppo tempo ha narcotizzato le discussioni su un tema che quasi quotidianamente occupa le pagine di cronaca. Se ne discute, si organizzano fiaccolate "in

memoria di", ma il movimento sorto all'indomani del ritrovamento del corpo della 22enne di Vigonovo sembra avere più forza di quanto sia mai accaduto prima. La distanza tra il giorno della scomparsa della ragazza e quello del ritrovamento del suo corpo, hanno alimentato speranze. Abbiamo tutti auspicato a un lieto fine. Abbiamo fatto "il tifo" per lei. Il nome di Giulia ce lo porteremo dentro per sempre. Come quello di Alfredino Rampi la cui sorte abbiamo seguito nelle lunghe dirette RAI, sperando nel suo recupero dal fondo di quel pozzo. Anche Giulia è finita nel buio di un pozzo dal quale non è più emersa. Quello della violenza perpetrata dal suo ex ragazzo. Di cui aveva fiducia. Che mai avrebbe pensato potesse arrivare a tanto.

Alla Commissione riunitasi per vagliare carte, documenti, certificati, l'arduo compito di dover assegnare l'espletamento di un servizio senza disporre di alcun margine di errore. L'appalto affidato con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior

rapporto qualità/prezzo, ha come oggetto, nello specifico, il "servizio di gestione del call center [...] e dei connessi servizi di formazione, comunicazione, promozione, informazione, monitoraggio, reporting, elaborazioni statistiche, aggiornamento della mappatura dei centri antiviolenza e della case rifugio - nonché del servizio di gestione dell'infrastruttura tecnologica e dei canali informativi correlati".

Il 1522 viene contattato normalmente circa 200 volte al giorno. Un numero più che raddoppiato dopo il 18 novembre scorso. Attivo 24 ore su 24, in undici lingue, è l'avamposto di una serie di servizi che possono essere attivati per assistere le donne vittime della violenza da parte dell'uomo.

Tutto deve essere funzionante. Sempre. Non è pensabile che una chiamata resti inascoltata per motivi tecnici o di gestione del personale. Fa paura leggere l'articolo 3 della determina della gara d'appalto in cui si enunciano le conseguenze di una inadeguatezza dell'aggiudicatario.

Non sono immaginabili le conseguenze che potrebbero riversarsi sulle richieste di aiuto nel caso in cui l'aggiudicatario non provveda all'erogazione del servizio o si renda responsabile di inadempimenti e inefficienze dei servizi offerti. Tutto questo, si spera, resti racchiuso nell'alveolo delle possibilità.

Chi propone la propria candidatura per l'erogazione di un servizio di tale importanza non può essere esclusivamente allettato dai 992mila euro di base d'asta per i 24 mesi in cui sarà tenuto a onorare l'impegno. Questa non può essere solo un'operazione economica. Ci piace pensare allo spirito di servizio con il quale l'aggiudicatario di questo e di tutti gli appalti che riguardano il sociale, svolgerà, giorno dopo giorno, ora dopo ora, la propria attività imprenditoriale in un'azione che abbia i connotati di una missione.

La violenza di genere è per l'OMS il principale problema di salute pubblica. In quanto problema di natura pubblica, spetta alla Pubblica Amministrazione farsene carico: finanziare il 1522 e la rete di case protette e case rifugio. Ma questi sono i luoghi della cura di un male che invece deve essere affrontato con determinazione nel perimetro della prevenzione. La violenza contro le donne è l'eredità di un malcostume culturale che può essere vinto solo con l'educazione all'affettività. Lo spiega chiaramente Vinicio Capossela con Margherita Vicario cantando "Son stati i padri, è stato il sacrificio/Son stati i rifiuti a cui non si è educati/È stata la cattiva educazione/Che non ha mai insegnato l'emozione". Ed è ancora lo Stato a essere chiamato in causa. E' un problema di educazione. Si deve agire nelle scuole di tutti i livelli e grado finanziando percorsi educativi con l'ausilio di esperti e testimonianze.

Ci dovranno sempre essere fondi a disposizione per appaltare iniziative di questa caratura. Anzi, devono essere drasticamente integrati con maggiori disponibilità. Alla prevenzione, denuncia Action Aid in un report pubblicato a novembre, nel periodo 2020-2023 è stato destinato solo 12% dei delle risorse che complessivamente ammontano a 248,8milioni di euro. "Il cambiamento culturale tanto invocato dalle forze politiche della vecchia e della nuova legislatura non è attuabile a costo zero per le casse dello Stato", si legge nel documento di Action Aid che chiede che ogni anno le risorse con le quali finanziare servizi, realizzare strutture di accoglienza, eseguirne le manutenzioni ed organizzarne la gestione, siano stabiliti per legge. In via definitiva. Che non siano il risultato di decisioni dettate da esigenze di bilancio. È un invito ad affrontare il fenomeno con procedure e risorse certe. Inamovibili. Lo si deve alle tante vittime che fino a oggi abbiamo dovuto registrare e alle donne che anche in questo momento stanno affrontando gravi esperienze di violenza di genere.

di Enzo De Gennaro

## sommario

Editoriale **4**

1522

In evidenza **7**

Collaudi, verifiche di conformità e certificati di regolare esecuzione: novità e conferme del nuovo codice

Sotto la lente **12**

L'applicazione della rotazione nel nuovo codice dei contratti

Il Punto

L'affidamento diretto: gli obblighi, i principi, le fasi amministrative, gli atti da adottare e le garanzie. Le possibilità di ricorrere a procedure ordinarie. **16**

Il divieto di "commistione" fra requisiti soggettivi ed oggettivi nell'evoluzione giurisprudenziale **22**

Sulla sostituzione del progettista "indicato" ai fini della partecipazione ad una procedura di appalto integrato, nota a TAR Lazio – Roma, Sez. II bis, 10 novembre 2023 n. 16775. **28**

La verifica dei requisiti nel d.lgs. n. 36/2023 **34**

Pareri & Sentenze **41**

A Domanda Rispondiamo **46**

In pillole **49**

Osservatorio sulla Corte dei Conti

**Hanno collaborato a questo numero:**

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

**Direttore Responsabile**  
dott. Enzo de Gennaro

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

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

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

**Responsabile Web**  
Lorenzo Antonicelli

**Avv. Riccardo Gai**  
Esperto in materia di appalti pubblici

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

**Avv. Adriana Presti**  
Avvocato amministrativista, esperto in contrattualistica pubblica

**Avv. Paola Cartolano**  
Esperta in materia di appalti pubblici

**Dott.ssa Enrica Violante**  
Consulente in diritto degli appalti pubblici

# Collaudi, verifiche di conformità e certificati di regolare esecuzione: novità e conferme del nuovo codice

di Stefano de Marinis

IN  
EVIDENZA

## Premessa

Le innovazioni introdotte dal nuovo codice dei contratti pubblici, di cui al d.lgs. 31 marzo 2023, n.36, non si limitano, come a volte affermato, alla semplificazione delle procedure di affidamento ma investono anche la fase dell'esecuzione.

Il tema che qui rileva riguarda le modalità di verifica dell'intervenuta esecuzione delle prestazioni oggetto di affidamento *a regola d'arte*, secondo le indicazioni tecnico progettuali e normative oltre che nel rispetto delle tempistiche contrattuali.

“ **Le semplificazioni del d.lgs. n.36/2023 non riguardano solo la fase di gara** ”

Trattasi delle procedure di collaudo, ovvero di verifica di conformità se ci si riferisce al comparto dei servizi e delle forniture, con la facoltà, in entrambi i casi, di sostituirle con i più semplici certificati di regolare esecuzione, specie laddove si tratti di appalti di valore contenuto, inclusa la possibilità, per il caso dei lavori, di accorciare le ordinarie tempistiche semestrali previste per portare a termine i collaudi, laddove comunque previsti.

Il quadro degli interventi operati dal nuovo codice include il riordino della materia, alcune nuove regole e opportuni chiarimenti rispetto alla disciplina già dettata dall'articolo 102 del d.lgs. 50/2016, peraltro rimasta fino allo scorso 1° luglio inattuata, posta la mancata adozione del decreto ivi previsto (al comma 8), che ne avrebbe dovuto completare i contenuti.

## 1. La disciplina introdotta dal nuovo Codice

Il riferimento è all'articolo 116 del d.lgs. 36/2023, che prende il posto, come detto, del precedente articolo 102, di cui peraltro conferma l'intitolazione, pur con modifiche tanto di natura formale che sostanziale.

L'articolo 116 riproduce l'impostazione omnicomprensiva volta a regolare, nella stessa norma, tanto i lavori che le forniture ed i servizi, ribadendo un'opzione già fatta propria dal d.lgs. 50/2016.

### La struttura dell'articolo 116 e gli allegati di riferimento

Nel complesso, l'articolo 116 reca 11 commi, due in più rispetto al precedente testo, elimina il vecchio primo comma, giustamente considerato anche nella relazione che accompagna il Codice *estraneo alla materia*<sup>1</sup>, fissa ai commi 5, 8 e 9 nuove regole in materia di forniture e servizi, introduce, al comma 11, un'innovativa specifica disciplina per il pagamento degli accertamenti di laboratorio e delle verifiche tecniche disposte dai collaudatori o dai verificatori della conformità, oltreché dalle Direzioni Lavori.

L'intero articolato trova peraltro completamento nell'all. **II.14**, sostitutivo del vecchio DM 49 del 2018, oltreché, per quanto riguarda i costi degli accertamenti di laboratorio e delle verifiche tecniche, nell'all. **II.15**.

In termini sistematici va poi evidenziata la scelta del nuovo codice di procedere, al di là delle indicazioni comuni dei commi 1, 2, 6 e 7, ad una allocazione ripartita della disciplina riguardante la verifica di conformità rispetto a quella relativa ai collaudi, ciò che implica la previsione di 3 nuovi commi espressamente riferiti a forniture e servizi, in specie il 5, l'8 ed il 9, mentre il 3, il 4 ed il 10 restano circoscritti ai lavori

Al riguardo, il comma 3 dell'articolo 116, che per il resto riproduce il vecchio comma 5, correttamente elimina il riferimento terminologico in passato

operato alle *prestazioni*, in rapporto al richiamo del regime di responsabilità di cui all'articolo 1669 del codice civile, che non può che riferirsi solo ai lavori.

### Il superamento delle disposizioni inattuate dell'articolo 102 del d.lgs. 50/2016

Come si diceva in premessa, va considerato che il vecchio articolo 102 prevedeva, al comma 8 l'adozione, peraltro mai avvenuta, di un apposito decreto ministeriale per definire e disciplinare le *modalità tecniche di svolgimento del collaudo, nonché i casi in cui il certificato di collaudo dei lavori e il certificato di verifica di conformità possono essere sostituiti dal certificato di regolare esecuzione* disponendo altresì che, fino alla data di entrata in vigore di detto decreto, continuasse ad applicarsi quanto previsto nel decreto 207 del 2010, attuativo dell'ancor più risalente codice "de Lise" adottato nel 2006.

In forza del **carattere autoapplicativo del nuovo codice**, il quadro normativo può viceversa definirsi da subito completo e pienamente operante, proprio in virtù dell'esistenza dei predetti allegati, ancorché anche in questo caso ne sia previsto l'aggiornamento dei contenuti che, come nelle altre fattispecie, quando verrà operato, farà degradare la forza delle relative previsioni, oggi aventi forza di legislazione primaria, a livello regolamentare.

### Per i contratti "sotto soglia" comunitaria l'articolo 116 rinvia al comma 7 dell'articolo 50

Tanto premesso, tra le novità di maggior rilievo deve anzitutto segnalarsi l'eliminazione di ogni riferimento alla disciplina applicabile ai contratti di importo inferiore ai valori di riferimento comunitari, già contenuta negli ultimi tre periodi del secondo comma dell'ex articolo 102, casistica che trovasi ora collocata, con sintetica quanto innovativa previsione, all'interno della parte dedicata a tale contesto.

1. Pag.167 della "Relazione agli articoli ed agli allegati" del 7 dicembre 2022



Al riguardo, il comma 7 dell'articolo 50 dispone, con previsione del tutto unitaria, che la stazione appaltante possa, sotto soglia, sostituire il certificato di collaudo, o di verifica di conformità, con quello di regolare esecuzione, rilasciato per i lavori dal direttore dei lavori e per le forniture e i servizi dal Responsabile Unico del Progetto ovvero, se nominato, dal direttore dell'esecuzione.

In passato era previsto che per **lavori** di importo pari o inferiore a 1 milione di euro e per **forniture e servizi** sotto soglia comunitaria, fosse **sempre facoltà** della SA sostituire il certificato di collaudo o il certificato di verifica di conformità con il certificato di regolare esecuzione, mentre per i lavori di importo compreso tra 1 milione di euro e la soglia comunitaria il certificato di collaudo, nei casi espressamente individuati dal decreto mai adottato, potesse essere sostituito dal certificato di regolare esecuzione.

In questo senso **l'articolo 28 dell'allegato II.14** sana l'evidenziata carenza stabilendo che le stazioni appaltanti possano avvalersi di tale facoltà anche per i lavori di importo superiore ad 1 milione di euro, ed inferiore alla soglia comunitaria, con la sola eccezione delle opere, di nuova realizzazione o esistenti, classificabili in classe d'uso III e IV delle vigenti norme tecniche per le costruzioni<sup>2</sup>, salvo che si tratti di lavori di manutenzione; delle opere e dei lavori di natura prevalentemente strutturale, quando questi si discostino dalle usuali tipologie o per la loro particolare complessità strutturale richiedano più articolate calcolazioni e verifiche; dei lavori di miglioramento o adeguamento sismico; delle opere da realizzarsi in regime di finanza di progetto, locazione finanziaria, contratti di disponibilità e contratti per l'affidamento di servizi globali (contraente generale); delle opere e dei lavori nei quali il RUP svolge anche le funzioni di progettista o direttore dei lavori.

“ **Ampliato l'ambito in cui al certificato di collaudo può sostituirsi quello di regolare esecuzione** ”

Al di fuori di tali fattispecie specificamente individuate risulta quindi ampliato l'ambito, definito per legge, nel quale è possibile per le stazioni appaltanti scegliere di sostituire, a fini di semplificazione, il certificato di collaudo con quello di regolare esecuzione che, come detto, è emesso dal Direttore dei lavori entro tre mesi dall'ultimazione delle prestazioni oggetto di contratto ed è trasmesso al RUP *che ne prende atto e ne conferma la completezza* come prevede l'articolo 28, comma 3, dell'all. II.14.

Da notare al riguardo che il vecchio articolo **237 del dpr 207/10**, in vigore fino al 30 giugno u.s. prevedeva che il certificato di regolare esecuzione fosse emesso dal direttore dei lavori e confermato dal responsabile del procedimento.

Da notare ancora che l'all.II.14, nel riordinare l'intera materia dell'esecuzione, **non riproduce più la previsione di cui all'articolo 15, terzo comma, dell'ex DM 49/2018**, secondo la quale, per i lavori di importo inferiore a 40.000 euro, era consentito sostituire il certificato di regolare esecuzione con l'apposizione del visto del direttore dei lavori sulle fatture emesse dall'operatore economico.

“ **Nuova nozione di opere o prestazioni di limitata complessità** ”

2. Classe III: Costruzioni il cui uso preveda affollamenti significativi. Industrie con attività pericolose per l'ambiente. Reti viarie extraurbane non ricadenti in Classe d'uso IV. Ponti e reti ferroviarie la cui interruzione provochi situazioni di emergenza. Dighe rilevanti per le conseguenze di un loro eventuale collasso. Classe IV: Costruzioni con funzioni pubbliche o strategiche importanti, anche con riferimento alla gestione della protezione civile in caso di calamità. Industrie con attività particolarmente pericolose per l'ambiente. Reti viarie di tipo A o B, di cui al DM 5/11/2001, n. 6792, "Norme funzionali e geometriche per la costruzione delle strade", e di tipo C quando appartenenti ad itinerari di collegamento tra capoluoghi di provincia non altresì serviti da strade di tipo A o B. Ponti e reti ferroviarie di importanza critica per il mantenimento delle vie di comunicazione, particolarmente dopo un evento sismico. Dighe connesse al funzionamento di acquedotti e a impianti di produzione di energia elettrica.

Altro profilo sul quale il nuovo codice interviene in termini innovativi riguarda l'ipotesi delle opere o **prestazioni di limitata complessità** per le quali, il comma 2 dell'articolo 116, dispone che le tempistiche di svolgimento delle attività di collaudo o di verifica di conformità, di regola previste come in passato in sei mesi, possono essere fissate in termini più brevi, definendoli all'atto del conferimento del relativo incarico ai soggetti deputati allo svolgimento delle relative attività.

Tale nuova casistica si affianca a quella, già presente nella vecchia disciplina, dei lavori e delle prestazioni di *particolare* complessità, dove la durata delle operazioni in parola può essere elevato ad un anno. In tal modo, ed al di là di qualche differenza terminologica e di una disciplina non del tutto simmetrica (solo la riduzione può essere definita nella lettera d'incarico?), viene a configurarsi una triade di situazioni differenziate, a seconda che l'oggetto di intervento abbia, in termini di complessità: carattere ordinario, limitato o particolare, con le conseguenti implicazioni sulle tempistiche di verifica o di collaudo.

Da notare che mentre in passato la norma prevedeva che, nei termini predetti, le attività di collaudo o di verifica di conformità dovessero semplicemente *aver luogo*, oggi il comma 2 più chiaramente afferma che esse devono essere *completate*.

### “ **Modalità di scelta dei collaudatori e dei verificatori della conformità: ambito applicativo e terzietà della funzione accertativa** ”

Altra rilevante modifica si legge, poi, al comma 4 dell'articolo 116, corrispondente al 6 del vecchio articolo 102, che circoscrive al solo caso in cui **committente** risulti essere una **amministrazione pubblica**, piuttosto che, come in passato, una stazione appaltante, le già previste modalità da seguirsi per la scelta dei collaudatori ed il loro trattamento economico.

Fermo restando il fatto che la definizione di amministrazione pubblica manca nell'allegato I.1, la modifica considerata appare descrivere un ambito di obbligatorietà ora maggiormente limitato rispetto al passato. Da notare peraltro che dette

indicazioni risultano comuni al caso delle forniture e dei servizi, posto il rinvio che il comma 5 opera al 4.

Da notare, ancora, l'importante innovativo passaggio a tenore del quale i collaudatori incaricati che siano dipendenti della stessa amministrazione committente, **devono appartenere a strutture funzionalmente indipendenti**, non potendo, ad esempio, far parte dello stesso ufficio tecnico che ha in carico la realizzazione dell'intervento.

Trattasi di una più che opportuna misura di terzietà che viene in tal modo introdotta, la cui valenza è da ritenersi estesa anche a forniture e servizi, in virtù del predetto rinvio.

### “ **La rilevanza del BIM** ”

Per il solo caso dei lavori, relativamente alla documentazione da redigere al termine dell'esecuzione del contratto, coerentemente ai profili innovativi legati all'utilizzo dei nuovi metodi e strumenti di gestione digitale delle costruzioni, il comma 10 dell'articolo 116, corrispondente al comma 9 del vecchio articolo 102, dispone, poi, che **l'aggiornamento del piano di manutenzione si accompagni a quello della eventuale modellazione informativa dell'opera realizzata per la successiva gestione del suo ciclo di vita**.

Al riguardo va considerato che a, **decorrere dal 1° gennaio 2025**, ai sensi dell'articolo 43, comma 1, del codice, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti adottano metodi e strumenti di gestione informativa digitale delle costruzioni per la progettazione e la realizzazione di opere di nuova costruzione e per gli interventi su costruzioni esistenti per importo a base di gara superiore a 1 milione di euro.

Ancora relativamente alla documentazione da redigere al termine dell'esecuzione si segnala che, nel caso di interventi archeologici, viene introdotto, allo stesso comma 10, il riferimento agli **archeologi qualificati**.

Il comma 11, avente viceversa portata generale, infine prevede che gli accertamenti di laboratorio e le verifiche tecniche obbligatorie o specificamente previste dal capitolato speciale d'appalto, sono

disposti dalla direzione dei lavori o dall'organo di collaudo o di verifica di conformità, imputando la spesa a carico delle somme a disposizione accantonate a tale titolo nel quadro economico.

**Tali spese, dispone espressamente la norma, non sono soggette a ribasso.**



### Ulteriori innovative previsioni per i contratti di forniture e servizi



Per quanto riguarda la specifica disciplina dedicata, in termini innovativi, a forniture e servizi, il comma 5 stabilisce che anche per tali contratti la verifica di conformità, di regola effettuata dal RUP o, se nominato, dal direttore dell'esecuzione, laddove caratterizzati da **elevato contenuto tecnologico o da elevata complessità o innovazione**, possa prevedersi la nomina di uno o più verificatori della conformità diversi dal RUP o dal direttore dell'esecuzione, cosa che inverte il rapporto regola/eccezione fissato da vecchio articolo 111, comma 1, secondo periodo.

Il comma 8 prevede, poi, che le modalità tecniche ed i tempi della verifica di conformità siano stabiliti dalla stazione appaltante nel capitolato, scelta questa che riporta alla sede contrattuale tutti profili non disciplinati dal codice, in passato retti dalla normativa regolamentare.

Prevede ancora il comma 8 che la cadenza delle verifiche può non coincidere con il pagamento periodico delle prestazioni in modo tale da non ostacolare il regolare pagamento in favore degli operatori economici, mentre il comma 9 dispone, per il caso di contratti a prestazioni periodiche o continuative che, salve motivate esigenze, le attività di verifica di conformità devono essere svolte durante l'esecuzione dei contratti.

## 2. Conclusioni

Resta quindi confermato come la più recente disciplina riguardante la verifica finale dei termini e delle modalità con le quali le prestazioni oggetto di realizzazione in base a contratti di appalto sono state eseguite, in parte innova ed in parte conferma, quanto già previsto dal d.lgs.50/2016.

Immutata, ad esempio è l'attuale regolazione dell'incompatibilità per gli incarichi di collaudazione e verifica, che il nuovo comma 6 riporta in termini totalmente pedissequi rispetto al disposto del vecchio articolo 102, comma 7, mentre il senso delle modifiche appare peraltro evidente da un lato nel senso dell'ulteriore equiparazione, pur nella differente disciplina, delle regole valevoli per i lavori anche alle forniture e i servizi (in questo quadro si pone, ad esempio, il già segnalato rinvio del comma 5 al 4); dall'altro della semplificazione di cui è testimonianza l'ampliato utilizzo del certificato di regolare esecuzione.

L'obiettivo è sempre quello di velocizzare la messa a terra degli investimenti di cui collaudi, verifiche di conformità, ecc. costituiscono l'ultimo passaggio non meno importante di tutti i processi realizzativi.

# L'applicazione della rotazione nel nuovo codice dei contratti

di Stefano Usai

SOTTO  
LA  
LENTE

La recente risposta dell'ANAC, espressa con il parere n. 58/2023 in tema di rotazione negli appalti sottosoglia, consente una disamina approfondita della questione e le implicazioni del micro sistema normativo delineato con l'art. 49 del nuovo codice dei contratti.

## 1. Il parere n. 58/2023

L'autorità anticorruzione, come si è anticipato, risponde ad una istanza anche abbastanza frequente ovvero sia, o meno, possibile deroga al criterio della rotazione in presenza di urgenza dell'affidamento. Ed affidando, pertanto, al pregresso affidatario la medesima prestazione. Evidentemente, l'ANAC risponde negativamente. L'urgenza, finanche sia oggettiva – ovvero non dipenda in alcun modo dal RUP o dalla stazione appaltante, non può legittimare il riaffido e quindi la violazione della rotazione.

Per quanto rigorosa la risposta, alla luce delle disposizioni codicistiche, è corretta e, ovviamente, per la sua autorevolezza deve essere rispettata. E' bene rammentare, a tal proposito, le novità della nuova previsione legislativa.

## 2. Il passaggio dalla prassi ad autentica disposizione di legge

La prima questione istruttoria che il RUP deve considerare è quella relativa alle implicazioni del passaggio dalla prassi (delle linee guida ANAC n. 4) ad un autentico microsistema normativo rappresentato dall'articolo 49 con i suoi 6 commi. La prima delle considerazioni riguarda il fatto che per le linee guida, la rotazione andava applicata "di norma" in caso di successione di affidamenti (a prestazione almeno analoga) anche se il primo fosse avvenuto con la classica gara pubblica.

Il riferimento al fatto che la rotazione si applicasse "di norma" lasciava, oggettivamente, un margine di ambiguità nell'interpretazione da qui anche uno smisurato contenzioso in materia.

La nuova disposizione elimina in nuce ogni incertezza precisando fin dai primi due commi la definitiva impostazione. Ovviamente questa impostazione non è nuova visto che rappresenta la consacrazione di quanto già affermato dalla giurisprudenza, dalla stessa ANAC e dal MIT (nei pareri dell'ufficio di supporto).

Il primo comma della norma in commento chiarisce che gli affidamenti nel sottosoglia (l'art. 14 definisce le soglie) "avvengono nel rispetto del principio di rotazione".

L'indicazione al RUP è perentoria e significa che il responsabile unico nella sua attività istruttoria non può prescindere da questo primo elemento/condizione.

Ancora più chiaro il secondo comma che al contempo segna un definitivo allontanamento dalle linee guida n. 4 e, soprattutto, innesta la forte novità in materia.

Nel comma in parola si legge 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".

**L'urgenza, finanche sia oggettiva – ovvero non dipenda in alcun modo dal RUP o dalla stazione appaltante, non può legittimare il riaffido e quindi la violazione della rotazione.**

Il legislatore quindi vieta il riaffido al pregresso affidatario se le condizioni sono quelle individuate dalla norma sostanzialmente la stessa prestazione e questo soggetto è il precedente affidatario.

Su questo aspetto, la relazione tecnica che accompagna il codice è piuttosto chiara nello specificare che gli affidamenti da considerare sono sostanzialmente due. In questo riaffido delle prestazioni il pregresso affidatario non può essere oggetto di considerazione se non in presenza di specifiche e dettagliate condizioni giuridiche che il RUP deve certificare nella decisione di affidamento.

Da notare che le deroghe, previste dalla norma di cui si dirà nel prosieguo, non possono essere neppure alterate/personalizzate ricorrendo al regolamento interno come ha avuto modo di affermare lo stesso MIT. Le deroghe (in realtà le configurazioni giuridiche sono diverse, sono tassative/tipizzate e non possono essere arbitrariamente forzate/estese.

### 3. La novità

Come si è anticipato, rispetto al pregresso regime la rotazione oggi è obbligatoria solamente nei confronti del pregresso affidatario e non anche nei confronti dei soggetti solo invitati alla precedente procedura di aggiudicazione.

E' questa una sottolineatura ben spiegata dagli estensori e da un lungo dibattito, dottrinale, sul rigore della rotazione (oggettivamente eccessivo) se inteso come anche riferito ai soli soggetti invitati al procedimento ma non aggiudicatari.

E' chiaro che pretendere un sacrificio di questo tipo incide anche sulla stessa imparziale partecipazione visto che l'operatore economico potrebbe essere dissuaso, ad esempio, dal partecipare ad una procedura negoziata – operando una valutazione di opportunità -, decidendo di partecipare alla eventuale competizione successiva.

### 4. La rotazione ed il suo valore "istruttorio"

E' noto che lo stesso articolo 49, come del resto la precedente prassi dell'ANAC espressa nelle linee guida n. 4 – non più efficace dal 1° luglio 2023 -, prevede delle eccezioni (più che deroghe) all'obbligo di applicare la rotazione.

Le eccezioni si leggono, in particolare, nei commi dal 3 al 5 mentre, il comma 6, contiene una autentica deroga.

Il comma 3 propone al RUP ed alla stazione appaltante un modello organizzativo per disciplinare, all'interno della stazione appaltante, l'applicazione uniforme degli obblighi discendenti dalla rotazione.

In questo si legge 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, fatto salvo quanto previsto dai commi 4, 5 e 6."

Il modello organizzativo suggerito, e legittimato dall'ANAC e dalla stessa giurisprudenza è quello di scolpire nel regolamento di disciplina dei contratti delle fasce di valore (definite in modo equilibrato) con conseguente applicazione della rotazione fortemente limitato. La rotazione, infatti, diviene obbligatoria solo nell'ambito delle fasce di valore.

Il modello organizzativo, richiede un impegno istruttorio specifico ai RUP e/o ai dirigenti/responsabili di servizio ovvero predisporre un apposito regolamento che, per i comuni ad esempio, è di competenza, quanto ad approvazione, del consiglio comunale. La particolarità del regolamento, ed è una ovvietà, è che deve essere condiviso dai vari servizi/settori e deve (può) disciplinare anche altri aspetti/zone d'ombra del codice.

Il regolamento, quindi, costituisce una opportunità per semplificare l'attività amministrativa contrattuale.

“ **E' noto che lo stesso articolo 49, come del resto la precedente prassi dell'ANAC espressa nelle linee guida n. 4 – non più efficace dal 1° luglio 2023 -, prevede delle eccezioni (più che deroghe) all'obbligo di applicare la rotazione** ”

## 5. L'analisi del mercato

L'ipotesi, tradizionale, più complessa per la responsabilità del RUP è quella collocata nel comma 4.

Ai sensi della disposizione in commento il RUP, può, *“in casi motivati con riferimento alla struttura del mercato e alla effettiva assenza di alternative, nonché di accurata esecuzione del precedente contratto, il contraente uscente può essere reinvitato o essere individuato quale affidatario diretto.”*

Un primo “avvertimento” è che tale previsione non può essere oggetto di arbitraria interpretazione, ad esempio, prendendo disgiuntamente le condizioni che, invece, come già la giurisprudenza ha spiegato anche prima del nuovo codice, devono ricorrere cumulativamente.

Per intendersi, le condizioni in parola per consentire il reinvitato o il riaffido devono essere tutte presenti e di tale presenza il RUP deve fornire la certificazione.

Non solo la disposizione prevede un caso complesso di affrancamento dal vincolo della rotazione ma costituisce, a ben valutare, una ipotesi meramente residuale fino a diventare, in certi casi, una ipotesi di scuola.

E' una ovvietà che affermare che il mercato non presenti alternative valide/accettabili esige dal RUP una conoscenza attenta della realtà.

In difetto affermare che il mercato non presenta iniziative/proposte valide per la stazione appaltante rischia di essere una precisazione stereotipata (e non veritiera) facilmente sconfessabile.

Da notare che la plateale violazione della rotazione sostanza, praticamente, dolo e abuso d'ufficio.

Le condizioni giuridiche declinate dalla norma, come detto, e lo si esplicita chiaramente nella relazione tecnica che accompagna il codice, devono ricorrere cumulativamente.

Per essere pratici, ad esempio, non è sufficiente aver verificato l'assenza di alternative nel mercato visto che occorre che la prestazione sia stata eseguita a regola d'arte (ed anche su questo il RUP è chiamato ad esprimersi).

Allo stesso modo non è sufficiente che l'appaltatore/pregresso esecutore abbia agito nel modo declinato nel contratto se nel mercato, in realtà, sono presenti alternative valide/accettabili.

La sola corretta/adequata esecuzione, di per sé, non è sufficiente a far nascere neanche una aspettativa visto che il contraente ha precisi obblighi di eseguire il contratto secondo le modalità stabilite/delineate nello stesso.

Occorre anche evitare commistioni di questa possibilità con l'altra eccezione – che ora si vedrà -, di ammetterne l'invito nel caso in cui, ad esempio, all'avviso pubblico a manifestare interesse seguano poche candidature.

E' questa la questione affrontata, e risolta nel senso appena prospettato, dal MIT in seguito a preciso quesito (risolto con il parere n. 2084/2023).

Il caso di specie all'ufficio di supporto si chiedeva se possa ritenersi corretta una disposizione del regolamento interno diretta a dimostrare/certificare l'assenza di alternative nel caso in cui *“a seguito della pubblicazione di un avviso d'indagine di mercato sul profilo del committente, manifestino interesse un numero di operatori economici (OE) inferiore a 10 (oppure un altro numero a discrezione dell'SA) a prescindere dalla procedura”*.

Nel caso, prosegue il quesito, di partecipazione di un numero di ditte inferiori a quello prefissato, il RUP potrebbe procedere, a causa *“della dimostrata scarsa concorrenzialità del mercato”*, con l'invito anche del pregresso affidatario.

Evidentemente, nel riscontro, l'ufficio di supporto esclude questa possibilità, ritenendo una eventuale

disciplina della rotazione espressa in questo modo non condivisibile.

E questo porta alla successiva eccezione in cui, oggettivamente, la rotazione non costituisce un elemento istruttorio degno di considerazione da parte del RUP.

#### 6. L'avviso a manifestare interesse "sostanzialmente" aperto

Ai sensi del comma 5 – e si tratta di ipotesi già ammessa nel pregresso codice e nella giurisprudenza e prassi -, il legislatore puntualizza che *"Per i contratti affidati con le procedure negoziate (e si tratta di precisazione che il RUP non deve sottovalutare) "le stazioni appaltanti non applicano il principio di rotazione quando l'indagine di mercato sia stata effettuata senza porre limiti al numero di operatori economici in possesso dei requisiti richiesti da invitare alla successiva procedura negoziata"*.

Come si è anticipato si tratta della classica ipotesi già frequentata e chiarita da tanta giurisprudenza ma, ciò che emerge, è la chirurgica precisazione. Questa ipotesi si applica solo ai casi in cui è espressamente prevista una indagine di mercato (con l'avviso pubblico) ed il legislatore ha avuto l'accortezza di esprimere un collegamento chiaro tra la fattispecie e le procedure negoziate.

Da qui, l'ovvia, domanda: lo stesso ragionamento si può fare relativamente all'affidamento diretto? Ovvero, meglio, il RUP può costruire l'affidamento diretto con una previa pubblicazione di avviso pubblico a manifestare interesse e individuare come contraente, se merita evidentemente, il pregresso affidatario?

In attesa di pronunce ufficiali (e/o pareri che ancora non risultano), pare a chi scrive, che la risposta al quesito non possa che essere negativa. La prima considerazione, che sorge spontanea, è anche relativa alle ragioni che inducono il RUP a pubblicare un avviso aperto o a lanciare una rdo aperta per consentire la partecipazione di ogni operatore interessato.

In relazione evidentemente ad una situazione in cui la procedura può essere estremamente semplificata.

Il resto, poi, è completato dal dato normativo: la fattispecie dell'avviso aperto è prevista solamente per la procedura negoziata e la stessa viene espressamente richiamata.

Se il legislatore avesse voluto coinvolgere anche il procedimento dell'affidamento diretto non avrebbe

richiamato espressamente la procedura negoziata. Il pericolo, si ripete, è che il RUP privilegi una articolazione del procedimento di affidamento diretto per evitare la rotazione.

#### 7. La deroga

Il comma 6, infine, prevede l'unica deroga alla rotazione e prende spunto dalla fattispecie già presente nelle linee guida ANAC n. 4 e, soprattutto, da alcune precisazioni del Consiglio di Stato in sede di parere sull'ultimo schema delle linee in parola. Il comma prevede che al RUP è *"comunque consentito derogare all'applicazione del principio di rotazione per gli affidamenti diretti di importo inferiore a 5.000 euro"*.

Sulla fattispecie in parola occorre ricordare che già il MIT, in sede di parere dell'ufficio di supporto legale (parere n. 2145/2023) ha avuto modo di spiegare la portata della deroga.

Più nel dettaglio, nel parere si rammenta che la possibilità di non applicare la rotazione – senza che sia richiesta, tra l'altro una specifica motivazione -, è prevista solo per acquisizioni di importo inferiore ai 5 mila euro e che tale previsione si riferisce ad ogni specifico acquisto.

Il MIT, però, puntualizza che anche in relazione a questi micro acquisti *"vale il rispetto dei principi di cui al Libro I, Parte I, Titolo I ed in particolare il principio di cui all'art. 2 (principio della fiducia) e di cui ai commi 4, 5, e 6 dell'art. 14"*.

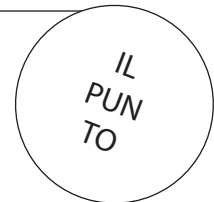
Quest'ultimo comma richiamato, in specie, dispone che *"un appalto non può essere frazionato per evitare l'applicazione delle norme del codice, tranne nel caso in cui ragioni oggettive lo giustificano"*.

Particolare attenzione, quindi, deve porre il RUP nell'evitare arbitrarie manipolazioni degli importi di affidamento a pena di plateale violazione della norma.

**“ La sola corretta/adequata esecuzione, di per sé, non è sufficiente a far nasce neanche una aspettativa visto che il contraente ha precisi obblighi di eseguire il contratto secondo le modalità stabilite/delineate nello stesso. ”**

# L'affidamento diretto: gli obblighi, i principi, le fasi amministrative, gli atti da adottare e le garanzie. Le possibilità di ricorrere a procedure ordinarie.

di Beatrice Corradi



## 1. L'art. 50 del d.lgs. 36/2023: presupposti e alternative procedurali

Il Codice degli appalti, di cui al D.lgs. 36/2023, presenta, all'art. 50, disposizioni che costituiscono strumenti e modalità finalizzate a regolare le procedure per gli affidamenti sotto soglia. Infatti, il primo comma del citato articolo, descrive i presupposti secondo cui le stazioni appaltanti procedono all'affidamento dei contratti di lavori, di servizi e di forniture, mediante affidamenti diretti e procedure negoziate senza pubblicazione di bando, tenuto conto:

- che il relativo valore deve essere inferiore alle soglie di rilevanza europea, di cui all'articolo 14;
- degli articoli 62 e 63 che prevedono che occorra essere qualificati per poter effettuare affidamenti di contratti di lavori di importo superiore a 500mila euro e per poter avviare procedure relative a servizi e forniture d'importo superiore alle soglie previste per gli affidamenti diretti, pari a 139.000 euro;
- che per quanto riguarda l'affidamento diretto il medesimo può avvenire per i lavori, per importi inferiori a 150.000 euro e per i servizi e forniture, ivi compresi i servizi di ingegneria e architettura e l'attività di progettazione, per importi inferiori a 140.000 euro, "anche" senza consultazione di più operatori economici, a condizione che siano scelti soggetti in possesso di documentate esperienze pregresse, idonee all'esecuzione delle prestazioni contrattuali, anche individuati tra gli iscritti in elenchi o albi istituiti dalla stazione appaltante.



Con la Legge 29 luglio 2021 n. 108, di conversione in legge del D.L. 77/2021, l'affidamento diretto già presupponeva che gli operatori fossero scelti tra soggetti in possesso di pregresse e documentate esperienze le quali dovevano però essere analoghe rispetto all'oggetto dell'appalto rispettando il principio di rotazione.

Con il nuovo codice le esperienze devono essere considerate idonee, dalla Stazione Appaltante, a garantire l'esecuzione dell'appalto.

Nell'Allegato I.1 al D. Lgs. 36/2023 definisce, all'art. 3, comma 1, lettera d), l'affidamento diretto è detto come *"l'affidamento del contratto senza una procedura di gara, nel quale, anche nel caso di previo interpellato di più operatori economici, la scelta è operata discrezionalmente dalla stazione appaltante o dall'ente concedente, nel rispetto dei criteri qualitativi e quantitativi di cui all'art. 50, comma 1 lettere a) e b), del codice e dei requisiti generali o speciali previsti dal medesimo codice"*.

**“ Ai sensi dell'art. 50 del d.lgs. 50/2016 gli affidamenti inferiori alle soglie, di cui all'articolo 14, si svolgono con le indicate modalità (mediante affidamenti diretti e procedure negoziate senza pubblicazione di bando), tranne il solo caso degli affidamenti per lavori di importo pari o superiore a 1 milione di euro e fino alle soglie di cui all'articolo 1, in cui è invece anche possibile il ricorso alle procedure ordinarie. ”**

Ai sensi dell'art. 50 del nuovo Codice dei contratti l'affidamento dei contratti di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie, di cui all'articolo 14 del nuovo Codice dei contratti, si svolge con le citate modalità, tranne il solo caso degli affidamenti per lavori di importo pari o superiore a 1 milione di euro e fino alle soglie di cui all'articolo 14, in cui è invece anche possibile, secondo la norma, ricorrere alle procedure di scelta del contraente di cui alla Parte IV del Codice dei contratti, ovvero, il ricorso alle procedure ordinarie.

Il nuovo Codice dei contratti pubblici ha individuato quindi soglie, come peraltro già previsto con i decreti-legge n. 76 del 2020 e n. 77 del 2021, al di sotto delle quali sono utilizzate procedure ritenute in grado di semplificare e raggiungere celermente la finalità dell'individuazione dell'operatore, nel rispetto del principio di risultato, della massima tempestività e del migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo garantendo, inoltre, i principi di legalità, trasparenza e concorrenza.

**“ Il nuovo Codice dei contratti pubblici ha individuato soglie, come peraltro già previsto con i decreti-legge n. 76 del 2020 e n. 77 del 2021, al di sotto delle quali sono utilizzate procedure ritenute in grado di semplificare e raggiungere celermente la finalità dell'individuazione dell'operatore. ”**

Il citato principio del risultato costituisce, tra l'altro, attuazione del principio del buon andamento e dei correlati principi di efficienza, efficacia ed economicità.

Esso è perseguito, come riporta la norma *<<nell'interesse della comunità e per il raggiungimento degli obiettivi dell'Unione europea>>*. Le disposizioni contenute nell'art. 50 del Codice vanno interpretate ed applicate, infatti, nell'ambito dei principi e delle regole della normativa di settore dell'Unione europea.

Nel caso in cui le Stazioni appaltanti adottassero procedure diverse rispetto a quelle richiamate all'art. 50, pur essendo presenti i relativi presupposti, ciò parrebbe possibile a condizioni di garantire, ai sensi dell'art. 1, il rispetto il principio di risultato (e di tempestività).

A sostegno di questa interpretazione, si richiama la recente circolare del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti del 20/11/2023 n. 298, la quale intende, è affermato, fornire chiarimenti in merito alle procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie definite dall'art. 14 del decreto legislativo 36/2023.

**“ La circolare del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, del 20/11/2023 n. 298 intende fornire chiarimenti in merito alle procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie definite dall'art. 14 del decreto legislativo 36/2023, evidenziando la possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie nelle procedure sotto soglia. Le procedure sotto-soglia sono interpretabili (la circolare precisamente afferma: <<saranno interpretate ed applicate>>) tenuto conto dei principi del Titolo I, Parte I, Primo Libro del Codice e dei principi generali dell'ordinamento secondo le prassi delle Amministrazioni pubbliche e gli orientamenti della Giurisprudenza.**

Nella circolare di cui sopra, è evidenziata la finalità del nuovo codice con il quale il legislatore ha inteso, in continuità con le semplificazioni introdotte dai decreti- legge n. 76 del 2020 e n. 77 del 2021, individuare soglie di affidamenti al di sotto delle quali possono essere utilizzate procedure ritenute idonee a soddisfare le esigenze di celerità e semplificazione nella selezione dell'operatore economico.

Tuttavia, secondo la citata circolare, è fatta salva, in ogni caso, la possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie, infatti, accanto al principio del risultato coesistono i principi contenuti nel titolo I della Parte I del Primo Libro del Codice, <<tra cui rilevano, in particolare, il principio di accesso al mercato degli operatori economici nel rispetto dei principi di concorrenza, di imparzialità, di non discriminazione, di pubblicità trasparenza, di proporzionalità e il principio della fiducia, che valorizza l'iniziativa e l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici>>.

Ciò significa che le procedure sotto-soglia sono interpretabili (la circolare precisamente afferma: <<saranno interpretate ed applicate>>) tenendo conto, al contempo, del principio del risultato, dei

principi del Titolo I, Parte I, Primo Libro del Codice e dei principi generali dell'ordinamento secondo le prassi delle Amministrazioni pubbliche e gli orientamenti della Giurisprudenza.

La circolare del MIT, in sintesi, vuole evidenziare che le disposizioni contenute nell'art. 50 del Codice vanno interpretate ed applicate secondo i principi e le regole dell'Unione europea che richiama in particolare gli Stati membri a prevedere la possibilità per le Amministrazioni aggiudicatrici di applicare procedure aperte o ristrette, come disposto, tra l'altro, dalla direttiva 2014/24/UE.

## **2. Le fasi, le attività amministrative e gli articoli del codice che regolano l'affidamento diretto**

Va preliminarmente detto che l'affidamento diretto, secondo giurisprudenza, non presuppone una procedura di gara, né abilita i soggetti non selezionati a contestare le valutazioni dell'Amministrazione: l'eventuale mera proceduralizzazione dell'affidamento diretto, mediante l'acquisizione di una pluralità di preventivi e l'indicazione dei criteri per la selezione degli operatori, non conduce a qualificare quindi l'iter adottato dall'Amministrazione in una procedura formale di gara (Cons. Stato, Sez. IV, 23/04/2021, n. 3287). Pur nella citata informalità della procedura, l'affidamento diretto non è regolato solo dall'art. 50 del d.lgs. 36/2023, ma da tutte le norme contenute nel codice che definiscono i principi, gli istituti e le regole procedurali degli appalti.

Prima dell'avvio delle procedure di affidamento dei contratti pubblici, le stazioni appaltanti, adottano in conformità ai propri ordinamenti, con apposito atto, la decisione di contrarre individuando gli elementi essenziali del contratto e i criteri di selezione degli operatori economici e delle offerte (art. 17, comma 1, del D.lgs. n. 36/2023).

**“ Pur nell'informalità della procedura, l'affidamento diretto non è regolato solo dall'art. 50 del d.lgs. 36/2023, ma da tutte le norme contenute nel codice che definiscono i principi, gli istituti e le regole procedurali degli appalti a cui la relativa attività amministrativa deve ispirarsi.**

L'art. 17, comma 2, del D.lgs. 36/2023 prevede che, in caso di affidamento diretto ex art. 50, la decisione a contrarre individua l'oggetto, l'importo e il contraente, unitamente alle ragioni della sua scelta, ai requisiti di carattere generale e, se necessari, a quelli inerenti alla capacità economico-finanziaria e tecnico professionale. È inoltre richiesta la dichiarazione che le prestazioni non rivestano un interesse transfrontaliero certo, secondo quanto previsto dall'articolo 48, comma 2, del Decreto Legislativo 36/2023.

“ **Prima dell'avvio delle procedure di affidamento dei contratti pubblici, le stazioni appaltanti, adottano in conformità ai propri ordinamenti, con apposito atto, la decisione di contrarre, mediante affidamento diretto, individuando gli elementi essenziali del contratto e i criteri di selezione degli operatori economici e delle offerte (art. 17, comma 1, del D.lgs. n. 36/2023).** ”

Ai sensi dell'art. 18, comma 1, secondo periodo, del D.lgs. n. 36/2023, nel caso di affidamento ai sensi dell'art. 50 del medesimo decreto, la stipulazione avviene mediante corrispondenza secondo l'uso commerciale, consistente in un apposito scambio di lettere, anche tramite posta elettronica certificata o sistemi elettronici di recapito certificato qualificato, ai sensi del regolamento UE n. 910/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 luglio 2014. L'affidamento diretto segue le regole del principio di rotazione, con un'eccezione ai sensi dell'art. 49: *"È comunque consentito derogare all'applicazione del principio di rotazione per gli affidamenti diretti di importo inferiore a 5.000 euro"* (cfr. comma 6).

Come detto, la procedura *de quo* deve essere regolata nel quadro anche dell'art. 48, che reca la *"Disciplina comune applicabile ai contratti di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea"* prevedendo, in particolare, che l'affidamento e l'esecuzione dei contratti aventi per oggetto lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea si svolgono nel rispetto dei principi di cui al Libro I, Parti I e II. (con riferimento ai principi ed alla digitalizzazione).

Invece l'art. 54 dispone che agli affidamenti diretti non è applicabile l'esclusione automatica delle offerte anomale.

L'art. 52 del nuovo Codice dei contratti prevede inoltre novità in tema di verifica del possesso dei requisiti dichiarati dall'operatore economico. In primo luogo, per gli affidamenti di cui all'articolo 50, comma 1, lettere a) e b), ovvero gli affidamenti diretti, gli operatori economici attestano, per valori inferiori a Euro 40.000., con dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà, di cui al DPR n. 445/2000, il possesso dei requisiti di partecipazione.

L'obbligo di utilizzo del DGUE, per la dichiarazione del possesso dei requisiti speciali e generali da parte dell'operatore, è quindi riferibile ai soli affidamenti di cui all'articolo 50, comma 1, lettere c), d) ed e), ovvero le procedure negoziate senza pubblicazione di bando.

La stazione appaltante verifica le dichiarazioni, anche previo sorteggio di un campione individuato con modalità predeterminate ogni anno.

“ **Per gli affidamenti diretti gli operatori economici attestano, per valori inferiori a Euro 40.000., con dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà, di cui al DPR n. 445/2000, il possesso dei requisiti di partecipazione.** L'obbligo di utilizzo del DGUE, per la dichiarazione del possesso dei requisiti speciali e generali da parte dell'operatore, è quindi riferibile ai soli affidamenti di cui all'articolo 50, comma 1, lettere c), d) ed e). **Le dichiarazioni rilasciate sono verificate anche previo sorteggio di un campione individuato con modalità predeterminate ogni anno.** ”

Con riferimento alle garanzie, l'articolo 117, comma 14, disciplina le ipotesi in cui è possibile l'esonero dalla prestazione della garanzia, previa adeguata motivazione:

*<<Per gli appalti da eseguirsi da operatori economici di comprovata solidità nonché per le forniture di beni che per la loro natura, o per l'uso speciale cui sono destinati, debbano essere acquistati nel luogo di produzione o forniti direttamente dai produttori, o per le forniture di prodotti d'arte, macchinari, strumenti e lavori di precisione l'esecuzione dei quali deve essere affidata a operatori specializzati, l'esonero dalla prestazione della garanzia è possibile previa adeguata motivazione ed è subordinato ad un miglioramento del prezzo di aggiudicazione ovvero delle condizioni di esecuzione >>.*

Sempre in tema di garanzie a corredo dell'offerta e di garanzie definitive, l'art. 53 prevede: *<< Nelle procedure di affidamento di cui all'articolo 50, comma 1, la stazione appaltante non richiede le garanzie provvisorie di cui all'articolo 106 salvo che, nelle procedure di cui alle lettere c), d) ed e) dello stesso comma 1 dell'articolo 50, in considerazione della tipologia e specificità della singola procedura, ricorrano particolari esigenze che ne giustifichino la richiesta. Le esigenze particolari sono indicate nella decisione di contrarre oppure nell'avviso di indizione della procedura o in altro atto equivalente>>.*

Nell'affidamento diretto la stazione appaltante non richiede la garanzia provvisoria, lo può fare nelle procedure negoziate senza pubblicazione di un bando motivandone le ragioni particolari, in questo caso il relativo ammontare non può superare l'uno per cento dell'importo previsto nell'avviso o nell'invito per il contratto oggetto di affidamento.

In relazione invece alla garanzia definitiva, ai sensi dell'articolo 53, comma 4, è attribuita facoltà alla stazione appaltante, in casi debitamente motivati, di non richiedere la garanzia definitiva per l'esecuzione dei contratti di cui alla Parte I del codice (ossia, come detto, i contratti sotto-soglia): *<<In casi debitamente motivati è facoltà della stazione appaltante non richiedere la garanzia definitiva per l'esecuzione dei contratti di cui alla presente Parte oppure per i contratti di pari importo a valere su un accordo quadro. Quando richiesta, la garanzia definitiva è pari al 5 per cento dell'importo contrattuale>>.*

Anac si è espressa in merito all'applicabilità dell'articolo 117, comma 14, del decreto legislativo n. 36 del 2023 anche ai contratti di importo inferiore alle soglie europee (c.d. sotto-soglia) nonché sulla possibilità che la richiesta del miglioramento del

prezzo possa costituire una tra le motivazioni che possono giustificare la mancata richiesta della garanzia definitiva in applicazione dell'articolo 53, comma 4, del decreto legislativo n. 36 del 2023 (Parere Anac n. 3541/2023 (URCP 58/2023 Oggetto: Parere in merito ai casi di esonero della garanzia definitiva nelle procedure sotto-soglia).

L'articolo 48, già richiamato, dispone al comma 1: *"L'affidamento e l'esecuzione dei contratti aventi per oggetto lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea si svolgono nel rispetto dei principi di cui al Libro I, Parti I e II."*

Principi generali che informano tutti gli affidamenti delle stazioni appaltanti. Ne deriva che essendo stata dettata una disciplina *ad hoc* per l'esonero della garanzia definitiva per i contratti sotto-soglia all'interno del comma 4 dell'articolo 53, non può essere applicata la previsione di cui all'articolo 117, comma 14 del codice.

La stessa relazione illustrativa, in relazione al comma 14 dell'articolo 117, si esprimeva nel senso che *«È stato eliminato il riferimento (contenuto nell'omologa previsione dell'attuale art. 103, comma 11) ai contratti sotto soglia comunitaria perché la relativa disciplina è stata inserita nella parte dedicata a questi ultimi».*

Affermata l'inapplicabilità dell'articolo 117, comma 14, del decreto legislativo n. 36 del 2023 agli affidamenti diretti di cui all'articolo 50, comma 1, lettera a) e b) del medesimo decreto, resta da valutare se, nel caso di procedure sotto-soglia, il miglioramento del prezzo possa rappresentare una delle possibili motivazioni alla base dell'esonero dalla prestazione della garanzia o se invece una tale ipotesi possa configurare una violazione del regime più favorevole proprio dei contratti sotto-soglia.

Al riguardo si deve tenere in considerazione la formulazione ampia del comma 4 dell'articolo 53, che non stabilisce vincoli né detta preclusioni in ordine ai motivi che possono giustificare la mancata richiesta della garanzia definitiva, affermando infatti: *<<In casi debitamente motivati è facoltà della stazione appaltante non richiedere la garanzia definitiva per l'esecuzione dei contratti di cui alla presente Parte..>>.*

Anac a riguardo ha affermato che l'ampiezza della discrezionalità riconosciuta, in un'ottica di semplificazione, alla stazione appaltante

non sembra potere essere limitata da una interpretazione restrittiva che escluda la possibilità di portare a giustificazione, quale motivo di esonero dalla garanzia definitiva, il miglioramento del prezzo.

“ **Nell'affidamento diretto la stazione appaltante non richiede la garanzia provvisoria lo può fare nelle procedure negoziate senza pubblicazione di un bando motivandone le ragioni particolari. In casi debitamente motivati è facoltà della stazione appaltante non richiedere la garanzia definitiva per l'esecuzione dei contratti, sotto soglia, oppure per i contratti di pari importo a valere su un accordo quadro. È inoltre possibile adottare, a discrezione dell'Amministrazione, il miglioramento del prezzo come motivazione alla base dell'esonero dalla garanzia definitiva.**

Inoltre a ciò va considerato che il regime dettato dall'articolo 117 per il sopra-soglia richiede, ai fini dell'esonero, che il miglioramento del prezzo di aggiudicazione o delle condizioni di esecuzione si cumuli con altre particolari circostanze di cui la stazione appaltante deve debitamente dare conto, mentre nel sotto-soglia, il miglioramento del prezzo potrebbe costituire l'unico motivo che giustifica la mancata richiesta della garanzia definitiva.

Ne conseguirebbe, pertanto, un regime per il sotto-soglia meno gravoso che concede all'operatore economico la possibilità di usufruire dell'esonero dalla cauzione anche in assenza di specificità dell'oggetto dell'appalto o di pregressi rapporti con la stazione appaltante.

Per Anac, si ritiene, pertanto, di non potere escludere che l'articolo 53, comma 4, del decreto legislativo n. 36 del 2023, consenta di giustificare il miglioramento del prezzo come motivazione alla base dell'esonero dalla prestazione della garanzia definitiva nelle procedure sotto-soglia.

“ **Il regime dettato dall'articolo 117 per il sopra-soglia richiede, ai fini dell'esonero, che il miglioramento del prezzo di aggiudicazione o delle condizioni di esecuzione si cumuli con altre particolari circostanze di cui la stazione appaltante deve debitamente dare conto, mentre nel sotto-soglia, il miglioramento del prezzo potrebbe costituire l'unico motivo che giustifica la mancata richiesta della garanzia definitiva.**

# Il divieto di “commistione” fra requisiti soggettivi ed oggettivi nell’evoluzione giurisprudenziale

di Riccardo Gai

IL  
PUN  
TO

## 1. La distinzione fra selezione dell’offerente e selezione dell’offerta

Sulla base della giurisprudenza comunitaria, che aveva sottolineato la necessità di operare una netta separazione tra fase di selezione dell’offerente, basata su criteri di idoneità, e fase di selezione dell’offerta, fondata su criteri di aggiudicazione (cfr. Corte di Giustizia, 24 gennaio 2008, in causa C-532/06), anche l’orientamento giurisprudenziale nazionale è stato a lungo nel senso del divieto di inclusione, tra i criteri di valutazione delle offerte, di elementi attinenti alla capacità tecnica dell’impresa (in particolare, pregressa esperienza presso soggetti pubblici e privati e certificazione di qualità) anziché alla qualità dell’offerta, alla stregua del principio ostativo alla commistione fra i criteri soggettivi di qualificazione e i criteri afferenti alla valutazione dell’offerta a fini di aggiudicazione (cfr. Cds, V, 14 ottobre 2008, n. 4971; id., V, 20 agosto 2013 n. 4191; id., 12 novembre 2015, n. 5181). Tuttavia, si era fatta strada, già nel vigore del d.lgs. n. 163 del 2006, una diversa giurisprudenza che, sia pure limitatamente alle procedure relative ad appalti di servizi, aveva consentito l’interpretazione del detto principio *cum grano salis* (così, espressamente, Cds, IV, 25 novembre 2008, n. 5808), consentendo alle stazioni appaltanti, nei casi in cui determinate caratteristiche soggettive del concorrente, in quanto direttamente riguardanti

l’oggetto del contratto, possano essere valutate anche per la selezione della offerta, di prevedere nel bando di gara elementi di valutazione dell’offerta tecnica di tipo soggettivo, concernenti la specifica attitudine del concorrente, anche sulla base di analoghe esperienze pregresse, a realizzare lo specifico progetto oggetto di gara (v., sul punto, Cds, V, 3 ottobre 2012, n. 5197).

“ Sulla base della giurisprudenza comunitaria, che aveva sottolineato la necessità di operare una netta separazione tra fase di selezione dell’offerente, basata su criteri di idoneità, e fase di selezione dell’offerta, fondata su criteri di aggiudicazione anche l’orientamento giurisprudenziale nazionale è stato a lungo nel senso del divieto di inclusione, tra i criteri di valutazione delle offerte, di elementi attinenti alla capacità tecnica dell’impresa (cfr. Cds, V, 14 ottobre 2008, n. 4971; id., V, 20 agosto 2013 n. 4191; id., 12 novembre 2015, n. 5181).

Entrato in vigore il d.lgs. 50/2016, l'applicazione più elastica del divieto di commistione fra i criteri soggettivi di qualificazione e i criteri oggettivi di valutazione dell'offerta è stata condivisa sia dal Consiglio di Stato in sede consultiva, con il parere n. 1767 del 2 agosto 2016 – laddove ha sottolineato, per quanto incidentalmente, il *favor* per la commistione espresso nelle nuove direttive europee in materia e recepito dall'art. 95 del d. lgs. n. 50 del 2016 (pur mettendo in guardia sull'opportunità di «*chiarire se lo stesso servizio possa al tempo stesso, nella medesima gara, costituire requisito soggettivo di qualificazione / partecipazione ed essere oggetto di valutazione nell'ambito dell'offerta economicamente più vantaggiosa, specificando, per tale evenienza, che sarà oggetto di valutazione solo per la parte eccedente la soglia minima richiesta ai fini della partecipazione alla gara. In caso contrario e di concorrenti tutti egualmente qualificati si profila il rischio di appiattare eccessivamente il confronto competitivo, o di arrecare un vantaggio ingiusto al concorrente che utilizza il medesimo servizio come requisito di partecipazione e come elemento di cui chiede la valutazione delle offerte*») – sia dalle Linee guida dell'ANAC n. 2 - di attuazione del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recanti "Offerta economicamente più vantaggiosa", allorché hanno evidenziato come «*nella valutazione delle offerte possono essere valutati profili di carattere soggettivo introdotti qualora consentano di apprezzare meglio il contenuto e l'affidabilità dell'offerta o di valorizzare caratteristiche dell'offerta ritenute particolarmente meritevoli*», precisando tuttavia che i detti profili debbano riguardare aspetti, quali quelli indicati dal Codice, che incidono in maniera diretta sulla qualità della prestazione.

## **2. Dall'iniziale chiusura ad un'applicazione "attenuata" del divieto**

In questo *excursus* giurisprudenziale, è utile rimarcare, come sopra anticipato, che inizialmente la giurisprudenza in soggetta materia fosse molto restrittiva (v. Cds, V, 20 agosto 2013, n. 4191). Muovendo dalla ricordata, rigida, impostazione assunta dal giudice comunitario, infatti, generalmente si affermava l'indebita inclusione, tra i criteri di valutazione delle offerte, di elementi di capacità tecnica in luogo della valorizzazione del pregio tecnico della medesima. Sostanzialmente, si predicava una rigida separazione fra i criteri soggettivi di

prequalificazione e criteri afferenti alla valutazione dell'offerta ai fini dell'aggiudicazione, in funzione dell'esigenza di aprire il mercato, premiando le offerte più competitive, ove presentate da imprese comunque affidabili, anche allo scopo di dare applicazione al canone della *par condicio*, che vieta asimmetrie pregiudiziali di tipo meramente soggettivo, donde la necessità di tenere separati i requisiti richiesti per la partecipazione alla gara da quelli pertinenti all'offerta ed all'aggiudicazione, non potendo rientrare tra questi ultimi i requisiti soggettivi in sé considerati, avulsi dalla valutazione dell'incidenza dell'organizzazione sull'espletamento dello specifico servizio da aggiudicare.

Tale rilievo ha importanza dirimente ed assorbente, poiché nel caso esaminato, l'Amministrazione, in contrasto con tale divieto di commistione dei cd. requisiti soggettivi ed oggettivi di origine e valenza comunitaria, ha inserito, tra i requisiti di valutazione dell'offerta, il requisito di esperienza propria dell'impresa, requisito quindi illegittimo con conseguente illegittimità della gara. Infatti, nella specie, la stazione appaltante, nell'individuare i punteggi da attribuire nel caso di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ha finito con il confondere i requisiti soggettivi di partecipazione alla gara con gli elementi oggettivi di valutazione dell'offerta, in conflitto, si ribadisce, con la normativa comunitaria e nazionale di riferimento, che pone una chiara e ragionevole distinzione tra i requisiti soggettivi di partecipazione e i criteri oggettivi di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Pur riconoscendo che non può configurarsi una netta cesura tra i due profili, l'uno correlato alla qualità dell'offerta, l'altro alla qualificazione dell'impresa, poiché, ferma restando la discrezionalità delle Amministrazioni aggiudicatrici nello scegliere i criteri che intendono adottare per l'aggiudicazione dell'appalto, e atteso che, come detto, non sono consentiti criteri di aggiudicazione che non siano diretti a identificare l'offerta economicamente più vantaggiosa, ma che siano essenzialmente collegati alla valutazione dell'idoneità degli offerenti ad eseguire l'appalto di cui trattasi, la previsione, nel bando di gara, di elementi di valutazione dell'offerta tecnica di tipo soggettivo (concernenti la specifica attitudine del concorrente a realizzare lo specifico progetto oggetto di gara), è legittima solo nella misura in cui aspetti dell'attività dell'impresa possano illuminare la qualità dell'offerta (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 16 febbraio 2009, n. 837).

Infatti, secondo questo orientamento, tale divieto generale di commistione tra le caratteristiche oggettive

dell'offerta e i requisiti soggettivi dell'impresa concorrente deve avere un'applicazione "attenuata", alla luce del principio di proporzionalità ed in relazione all'art. 83 del Codice dei contratti che, nel delineare i criteri di valutazione dell'offerta da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, prescrive che gli elementi di valutazione debbano essere pertinenti alla natura, all'oggetto e alle caratteristiche del contratto, quando consente di rispondere in concreto alle possibili specificità che le procedure di affidamento degli appalti pubblici in talune ipotesi presentano (come, esemplificativamente, nel caso di appalti di servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria), dove l'offerta tecnica si sostanzia non in progetto o in un prodotto, bensì in un "facere" e dove, pertanto, anche la pregressa esperienza del professionista che partecipa alla gara può essere di ausilio nella valutazione dell'offerta tecnica.

La soluzione della questione teorica in esame, secondo questo orientamento, non può essere elaborata indulgendo a principi assoluti, quanto piuttosto verificando l'eventuale correlazione tra l'elemento di valutazione contestato rispetto alla qualità dell'offerta, al fine di stabilire se vi sia diretta proporzionalità tra la grandezza del primo e la grandezza della seconda.

Tuttavia, anche avallando tale orientamento più elastico in merito al divieto di commistione in parola, la sentenza in rassegna ha ritenuto che l'Amministrazione non avesse dimostrato né specificato perché e in che misura il requisito esperienziale, tipicamente soggettivo, posseduto dall'impresa, normalmente atto a qualificare la medesima, possa utilmente servire a valorizzare l'offerta sotto il profilo oggettivo.

La giurisprudenza successiva ha preso atto che <<Il dogma di una assoluta, invalicabile, incomunicabilità tra requisiti soggettivi di pre-qualificazione ed elementi oggettivi di valutazione può dirsi dunque tramontato, nel nuovo diritto dei contratti pubblici" ma "se e solo nella misura in cui la valutazione dei profili di carattere soggettivo, senza favorire indebitamente operatori economici che li posseggano a scapito di altri, serve a lumeggiare la miglior qualità tecnica, sul piano oggettivo, dell'offerta">> (così Cds, III, 12 luglio

2018, n. 4283; nello stesso senso anche Cds, V, 22 ottobre 2018, n. 6026).

Si tratta di un'impostazione meno rigida dell'affermazione incondizionata del divieto, che è stata condivisa da parte della giurisprudenza purché mantenuta entro rigorosi limiti applicativi. Infatti, pur potendosi ritenere superata l'iniziale differenziazione tra appalti di servizi e appalti di lavori (tuttavia ancora confermata, incidentalmente, da Cds, V, 17 gennaio 2018, n. 279), è stata in linea di principio data continuità e riconfermato il fondamento del divieto di commistione tra requisiti soggettivi di partecipazione e requisiti oggettivi di valutazione dell'offerta, con la specificazione che ne è tuttavia consentita un'applicazione attenuata, quando sia dimostrato, caso per caso, che per le qualificazioni possedute il concorrente offra garanzie di qualità nell'esecuzione del contratto apprezzabili in sede di valutazione tecnica delle offerte (cfr. Cds, III, 27 settembre 2016, n. 3970).

“ **La giurisprudenza successiva ha assunto un'impostazione meno rigida dell'affermazione incondizionata del divieto, che è stata condivisa purché mantenuta entro rigorosi limiti applicativi (Cds, III, 12 luglio 2018, n. 283; nello stesso senso anche Cds, V, 22 ottobre 2018, n. 6026).** ”

Tale interpretazione rigorosa si giustifica, sul piano sistematico, per l'esigenza (espressa dall'art. 95, comma 1 e 2, d.lgs. n. 50 del 2016) che i criteri di aggiudicazione assicurino «una concorrenza effettiva» e che siano rispettati i «principi di trasparenza, di non discriminazione e di parità di trattamento». Le esigenze di effettiva concorrenzialità ed i principi generali enunciati impongono che la selezione avvenga per quanto possibile su basi oggettive e che i criteri di aggiudicazione non comportino vantaggi indebiti a singoli operatori economici a prescindere dai contenuti delle offerte.

Sul piano letterale, la stessa rigorosa interpretazione si giustifica poiché il comma 6 del medesimo articolo, allorché elenca gli elementi che possono costituire criteri valutativi, non esclude il richiamo a caratteristiche proprie e soggettive dell'impresa, purché connesse all'oggetto dell'appalto.



Per quanto qui rileva, l'art. 87 del d.lgs. n. 50 del 2016, nel prendere in considerazione il rispetto di norme o di sistemi di gestione ambientale si riferisce ad un requisito di partecipazione, ma, a determinate condizioni, gli standard ambientali possono incidere sulla qualità della prestazione ed il loro rispetto può risultare perciò apprezzabile oggettivamente, come d'altronde si evince dall'art. 95, comma 6, lett. a). L'ambivalenza del criterio era già nell'art. 40 del d.lgs. n. 163 del 2006 ed, oggi, considerate le aperture giurisprudenziali in tema di divieto di commissione tra requisiti di qualificazione e criteri di valutazione delle offerte, l'art. 95, comma 6, consente di ritenere legittimi criteri di valutazione che possano premiare le caratteristiche organizzative dell'impresa, in particolare << sotto il profilo ambientale, così come sotto i profili della tutela dei lavoratori e delle popolazioni interessate e della non discriminazione, al fine di valorizzare la compatibilità e sostenibilità ambientale della filiera produttiva e distributiva dei prodotti che costituiscono, comunque, l'oggetto dell'appalto >> (v. Cds, 11 marzo 2019, n. 1635, in un caso riferito proprio al possesso della certificazione ISO 14001, che, a sua volta, richiama la delibera ANAC, n. 1091 del 25 ottobre 2017, relativa ad un parere precontenzioso, con la quale la stessa certificazione è stata ritenuta "elemento utile a differenziare le offerte nell'ottica di perseguire il miglior rapporto qualità prezzo e quindi essere valutato anche per apprezzare e valorizzare l'offerta").

A maggior ragione, in tale ultima eventualità s'impone la detta rigorosa interpretazione dell'art. 95, comma 6, del d.lgs. n. 50 del 2016, nel senso che, anche nell'appalto di lavori, è consentito valutare la qualità dell'offerta mediante la considerazione del possesso in capo all'impresa concorrente di certificazioni ambientali, ma soltanto quando le garanzie di corrispondenza del sistema di gestione ambientale ad un determinato standard internazionale non vengano apprezzate, in astratto, come requisito meramente soggettivo dell'impresa partecipante, ma costituiscano un elemento di valutazione strettamente correlato all'oggetto dell'appalto e afferente all'offerta tecnica presentata, condizionando l'esecuzione del contratto, nei termini e secondo modalità specificamente apprezzate dalla stazione appaltante; e sempre che lo specifico punteggio assegnato, ai fini dell'aggiudicazione, al requisito in parola non incida in maniera rilevante sulla determinazione del punteggio complessivo.

### 3. La successiva, progressiva, apertura

Abbiamo visto come la giurisprudenza abbia progressivamente aperto il fronte (v. TAR LOMBARDIA - MILANO, IV, sentenza 23 ottobre 2019 n. 2214), affermando che il divieto di commistione tra requisiti soggettivi di partecipazione e requisiti oggettivi di valutazione delle offerte deve essere applicato secondo criteri di proporzionalità, ragionevolezza e adeguatezza, non potendo negarsi la legittimità di criteri di valutazione che possano premiare le caratteristiche organizzative dell'impresa sotto il profilo ambientale, così come sotto i profili della tutela dei lavoratori e delle popolazioni interessate e della non discriminazione, al fine di valorizzare la compatibilità e sostenibilità ambientale della filiera produttiva e distributiva dei prodotti che costituiscono, comunque, l'oggetto dell'appalto.

“ **Il divieto di commistione tra requisiti soggettivi di partecipazione e requisiti oggettivi di valutazione delle offerte deve essere applicato secondo criteri di proporzionalità, ragionevolezza e adeguatezza (v. TAR LOMBARDIA - MILANO, IV, sentenza 23 ottobre 2019 n. 2214)** ”

Nella sentenza in commento è stato detto che << non viola il divieto di commistione tra requisiti di partecipazione e criteri di valutazione dell'offerta la clausola della *lex specialis* la quale prevede l'attribuzione di un punteggio pari a 4 punti, sui 100 complessivi, per il possesso della certificazione SA 8000, ossia di una certificazione dell'impegno etico e sociale dell'azienda nello svolgimento dell'attività di impresa, volta a certificare alcuni aspetti della gestione aziendale, tra cui il rispetto dei diritti umani, dei diritti dei lavoratori, della sicurezza e salubrità nei posti di lavoro, della filiera di produzione dei lavoratori, dei consumatori; tale previsione, infatti, non può ritenersi in contrasto con il predetto divieto di commistione, atteso che il criterio in parola risulta in linea con il disposto di cui all'art. 95, comma 6, lett. a) del d.lgs. n. 50/2016, che consente di utilizzare quali elementi di valutazione dell'offerta tecnica "certificazioni e attestazioni in materia di sicurezza e salute dei lavoratori, quali OSHAS 18001, caratteristiche sociali, ambientali, contenimento dei consumi

*energetici e delle risorse ambientali dell'opera o del prodotto, caratteristiche innovative, commercializzazione e relative condizioni>>.*

La stessa sentenza ha ricordato che l'art. 95, comma 13, del d.lgs. n. 50/2016 già consentiva alle amministrazioni di indicare criteri premiali per la valutazione dell'offerta che potevano essere relativi, oltre che al maggior rating di legalità dell'impresa, anche al "minor impatto sulla salute e sull'ambiente"; parimenti il comma 6 del medesimo articolo, allorché elenca gli elementi che possono costituire criteri valutativi, non esclude il richiamo a caratteristiche proprie e soggettive dell'impresa: tale possibilità è stata già confermata dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato (Sez. III, n. 4283/2018) secondo la quale il principio della netta separazione tra criteri soggettivi di prequalificazione e criteri di aggiudicazione della gara deve essere interpretato con un certo raziocinio, consentendo alle stazioni appaltanti, nei casi in cui determinate caratteristiche soggettive del concorrente, in quanto direttamente riguardanti l'oggetto del contratto, possano essere valutate anche per la selezione dell'offerta, di prevedere nel bando di gara anche elementi di valutazione dell'offerta tecnica di tipo soggettivo, concernenti la specifica attitudine del concorrente.

*<<Tali considerazioni valgono a maggior ragione qualora i criteri in questione non siano preponderanti nella determinazione complessiva del punteggio tecnico, come accade nella vicenda di cui è causa, in cui il peso ponderale di 4 punti su 100 complessivi e 70 attribuibili all'offerta tecnica, assegnato nella lettera di invito al possesso della certificazione SA 8000, non costituiva il 22 % del punteggio tecnico, contrariamente a quanto affermato da parte ricorrente, ma si avvicinava al 5,72 %>> (v. ancora TAR Lombardia 2214/2019).*

Lo stesso TAR Lombardia enuncia infine il seguente corollario: *<<Il divieto di commistione fra i criteri soggettivi di pre-qualificazione e quelli oggettivi afferenti alla valutazione dell'offerta ai fini dell'aggiudicazione non risulta eluso o violato allorché gli aspetti organizzativi non siano destinati ad essere apprezzati in quanto tali - in modo avulso quindi dal contesto dell'offerta, come dato relativo alla mera affidabilità soggettiva - ma quale garanzia della prestazione del servizio secondo le modalità prospettate nell'offerta, come elemento, cioè, incidente sulle modalità esecutive dello specifico servizio e, quindi, come parametro afferente alle caratteristiche oggettive dell'offerta>>.*

#### 4. L'orientamento più recente

Arriviamo dunque all'approdo più recente (TAR VENETO, Sez. I, 16 novembre 2023 n. 1648), che espressamente riconosce alle stazioni appaltanti un vero e proprio potere discrezionale di fissare nella *lex specialis* elementi dell'offerta che, pur riferendosi in senso lato a requisiti soggettivi dell'operatore economico concorrente, in attenuazione del generale divieto di commistione tra criteri soggettivi di qualificazione e oggettivi afferenti alla valutazione dell'offerta, per la capacità di 'illuminare' sulla qualità della stessa, rappresentano un elemento di quest'ultima, poiché esprimono la sua affidabilità.

Sono dunque ammessi criteri di valutazione che premiano elementi organizzativi ed esperienziali, i quali, anche se riconducibili a requisiti soggettivi, appaiano in ogni caso idonei – come nel caso di specie - a definire aspetti qualitativi della prestazione.

Mutando radicalmente prospettiva rispetto all'iniziale orientamento restrittivo sopra descritto, infatti, secondo il TAR Veneto *<<la valorizzazione dell'organizzazione aziendale, oltreché della*

**“** *Secondo il TAR Veneto, infatti, <<la valorizzazione dell'organizzazione aziendale, oltreché della maggiore disponibilità di mezzi, lungi dal costituire un fattore di discriminazione a sfavore delle imprese minori, consente di apprezzare specifiche caratteristiche strutturali capaci di prefigurare una maggiore flessibilità dell'apparato aziendale e la migliore attitudine dell'impresa a disimpegnare l'appalto nelle sue molteplici fasi e in ogni eventualità (ad es., nel caso in cui sia necessario far fronte ad improvvisi aggravamenti delle prestazioni, ovvero all'esigenza di incrementare e avvicinare il personale o di sostituire celermente i mezzi impiegati)>>.* **”**

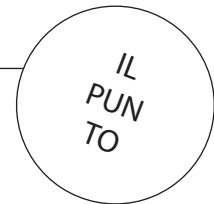
*maggior disponibilità di mezzi, lungi dal costituire un fattore di discriminazione a sfavore delle imprese minori, consente di apprezzare specifiche caratteristiche strutturali capaci di prefigurare una maggiore flessibilità dell'apparato aziendale e la migliore attitudine dell'impresa a disimpegnare l'appalto nelle sue molteplici fasi e in ogni eventualità (ad es., nel caso in cui sia necessario far fronte ad improvvisi aggravamenti delle prestazioni, ovvero all'esigenza di incrementare e avvicinare il personale o di sostituire celermente i mezzi impiegati)>>.*

Nella specie, relativamente al parametro di giudizio riferito alla "formazione del personale", e alla contestata attribuzione di un punteggio pari a zero alla ricorrente e di otto punti all'aggiudicataria, il giudice amministrativo ha osservato che la valutazione espressa dalla stazione appaltante è apparsa ragionevole, in considerazione sia della evidente estraneità della formazione obbligatoria somministrata dalla ricorrente (non aggiudicataria) rispetto ai servizi oggetto della procedura, sia della preponderante consistenza (dovuta evidentemente anche alla maggiore presenza di personale) della formazione obbligatoria impartita dalla controinteressata (aggiudicataria) - pari a ben 908,50 ore - dato la cui rilevanza consentirebbe di prescindere dall'ulteriore apprezzamento - censurato dalla ricorrente - delle 108 ore aggiuntive, riguardanti la formazione specifica.

Inoltre, va pur sempre considerato che le censure dirette a contestare i punteggi assegnati dalla commissione di gara sono da considerare inammissibili, perché attinenti alla sfera della discrezionalità tecnica, ambito di per sé sottratto al sindacato giurisdizionale, quando non emergano - come nel caso di specie - evidenti profili di illogicità o di manifesta incongruità, ovvero palesi travisamenti delle emergenze istruttorie: ne consegue che l'accertamento rimesso al giudice risulta in ultima analisi connotato da un'evidente finalità sostitutiva, non ammessa al di fuori dei casi previsti dall'art. 134 cod. proc. amm. (v. Cds, Sez. V, 5 maggio 2020, n. 2851).

# Sulla sostituzione del progettista "indicato" ai fini della partecipazione ad una procedura di appalto integrato, nota a TAR Lazio – Roma, Sez. II bis, 10 novembre 2023 n. 16775.

di Adriana Presti



## 1. La fattispecie oggetto di giudizio

La controversia origina nell'ambito dell'affidamento, ai sensi del nuovo Codice di cui al d.lgs. n. 36 del 2023 di un appalto integrato, e ha ad oggetto l'esclusione di un RTI per mancanza dei requisiti di ordine speciale in capo al soggetto indicato come progettista.

Il RTI escluso, nel ricorrere avverso la propria esclusione, censurava dinanzi al TAR Lazio il provvedimento di esclusione, prospettando la violazione e la falsa applicazione degli artt. 57 e 63 Direttiva 2014/14/UE, 3, 41 e 97 Cost., 1, 44, 97 e dell'art. 104 d.lgs. n. 36 del 2023, nonché la violazione dei principi del risultato, di ragionevolezza, di proporzionalità e di massima partecipazione agli appalti, oltre che il difetto assoluto di motivazione e l'eccesso di potere della S.A..

Più in particolare, secondo il RTI ricorrente il progettista dallo stesso "indicato" avrebbe dovuto essere qualificato come professionista esterno incaricato di redigere il progetto esecutivo.

Con la conseguenza che, a differenza del professionista associato, non rientrerebbe né nella figura del concorrente, né in quella di operatore economico, nel significato attribuito dalla normativa interna e da quella dell'Unione Europea in tema di contratti pubblici.

Il che ben avrebbe potuto comportare la sostituzione del progettista "indicato" dal RTI concorrente anche in corso di gara, come d'altra parte richiesto dal medesimo RTI, il quale, in proposito, non aveva ricevuto risposta alcuna da parte della stazione appaltante.

Secondo la prospettazione del ricorrente, anche a volere seguire quell'orientamento giurisprudenziale che ammette la sostituzione del progettista solo ove ciò non comporti una modifica sostanziale dell'offerta, nella fattispecie tale sostituzione sarebbe stata, comunque, possibile stante il valore esiguo della progettazione rispetto a quello complessivo dell'appalto, l'assenza di significativi riferimenti nel bando alla figura del progettista e la mancanza di criteri di valutazione dell'offerta concernenti specificamente la progettazione.

## 2. La ricognizione del quadro normativo

Secondo l'art. 44, comma 3, del nuovo Codice d.lgs. n. 36 del 2023, nelle ipotesi di appalto integrato *"gli operatori economici devono possedere i requisiti prescritti per i progettisti, oppure avvalersi di progettisti qualificati, da indicare nell'offerta, o partecipare in raggruppamento con soggetti qualificati per la progettazione"*.

La disposizione si pone in linea con i precedenti testi normativi che hanno disciplinato l'appalto integrato.

Ora, come è noto, la disposizione di cui all'articolo 59 bis del precedente Codice di cui al d.lgs. n. 50 del 2016 stabiliva che *"le stazioni appaltanti possono ricorrere all'affidamento della progettazione esecutiva e dell'esecuzione di lavori sulla base del progetto definitivo dell'amministrazione aggiudicatrice nei casi in cui l'elemento tecnologico o innovativo delle opere oggetto dell'appalto sia nettamente prevalente rispetto all'importo complessivo dei lavori. I requisiti minimi per lo svolgimento della progettazione oggetto del contratto sono previsti nei documenti di gara nel rispetto del presente codice e del regolamento di cui all'articolo 216, comma 27-octies; detti requisiti sono posseduti dalle imprese attestare per prestazioni di sola costruzione attraverso un progettista raggruppato o indicato in sede di offerta, in grado di dimostrarli, scelto tra i soggetti di cui all'articolo 46, comma 1"*.

Del pari, l'art. 53, comma 3, del d.lgs. n. 163 del 2006 prevedeva che *"quando il contratto ha per oggetto anche la progettazione, ai sensi del comma 2, gli operatori economici devono possedere i requisiti prescritti per i progettisti, ovvero avvalersi di progettisti qualificati, da indicare nell'offerta, o partecipare in raggruppamento con soggetti qualificati per la progettazione"*.

Infine, nello stesso senso l'art. 92, comma 6, del d.p.r. n. 207 del 2010 prescriveva che *"i requisiti per i progettisti previsti dal bando ai sensi dell'articolo 53, comma 3, del codice devono essere posseduti dalle imprese attestare per prestazioni di sola esecuzione, attraverso un progettista associato o indicato in sede di offerta in grado di dimostrarli, scelto tra i soggetti di cui all'articolo 90, comma 1, lettere d), e), f), f-bis, g) e h), del codice, e sono costituiti in rapporto all'ammontare delle spese di progettazione"*.

## 3. La decisione del TAR Lazio

Il TAR Lazio, dopo aver affermato che la disposizione di cui all'art. 44, comma 3, del nuovo Codice è in linea con i precedenti testi normativi che hanno disciplinato l'istituto, ha richiamato rispetto alla fattispecie in esame la giurisprudenza formatasi in relazione al testo delle disposizioni abrogate e testé riportate, a partite dalla Adunanza Plenaria n. 13 del 2020, che, come noto, ha affermato il principio di diritto secondo cui «il progettista indicato, nell'accezione e nella terminologia dell'articolo 53, comma 3, del d.lgs. n. 163 del 2006, va qualificato come professionista esterno incaricato di redigere il progetto esecutivo.

Pertanto non rientra nella figura del concorrente né tanto meno in quella di operatore economico, nel significato attribuito dalla normativa interna e da quella dell'Unione europea» (Adunanza Plenaria n. 13 del 2020).

In tale occasione, infatti, l'Adunanza Plenaria ha tratto la conseguenza per cui il progettista "indicato" **«non può utilizzare l'istituto dell'avvalimento** per la doppia ragione che esso è riservato all'operatore economico in senso tecnico e che l'avvalimento cosiddetto "a cascata" era escluso anche nel regime del codice dei contratti pubblici, ora abrogato e sostituito dal d.lgs. n. 50 del 2016, che espressamente lo vieta».

La Adunanza Plenaria aveva avuto, infatti, modo di chiarire che «l'espressione "concorrente" non può che avere il significato proprio di chi effettua l'offerta, che per il sistema della legge dell'evidenza pubblica e per l'art. 3, commi 19 e 22, del Codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 163 del 2006, non può che essere «colui che offre sul mercato, rispettivamente, la realizzazione di lavori o opere, la fornitura di prodotti, la prestazione di servizi», ossia l'imprenditore, il fornitore e il prestatore di servizi. [...] la questione non va risolta sulla base delle parole adoperate dal legislatore, che pure hanno il loro peso in sede di interpretazione, bensì sulla base della realtà giuridica.

Anche perché quand'anche si dovesse optare per la lettura più larga, essa non necessariamente porta ad includere tra i concorrenti il professionista indicato per la progettazione, data la sua particolare posizione nel meccanismo dell'offerta dell'evidenza pubblica e nell'economia generale della specifica vicenda.

In ogni caso, come si ricava dalla scienza economica e dal diritto commerciale, **l'operatore economico è l'imprenditore, singolo** (2082 c.c.) o **collettivo** (2247 c. c.), che, operando professionalmente nel mercato, offre o acquista beni o servizi al fine di conseguire utili.

Ad esso si contrappone il consumatore, cui manca la finalità indicata e l'organizzazione d'impresa.

In questo quadro si inserisce il prestatore d'opera professionale (2229 c. c.), il cui contratto può essere concluso anche da una società di capitali, i cui soci esercitano professioni c.d. protette, che prevedono l'iscrizione ad un albo. Esso è caratterizzato dalla autonomia rispetto al committente, dalla retribuzione commisurata alla qualità e alla quantità della prestazione, che è di mezzi e non di risultato.

**Per quel che qui interessa, il professionista non partecipa agli utili del committente quando questi rivesta la qualità di imprenditore, che è tenuto comunque alla corresponsione della retribuzione, essendo il rischio del lavoro del professionista a carico del committente.**

Non è casuale, per rimanere alla fattispecie in esame, che all'art. 53 sia stato aggiunto il comma 3 bis, che prevede per la stazione appaltante la corresponsione diretta al progettista della quota del compenso corrispondente agli oneri di progettazione.

Tuttavia [...] il significato da attribuire a tale espressione, nel caso di specie, ci viene dallo stesso legislatore, laddove all'art. 3, comma 22, del codice dei contratti pubblici, più volte richiamato e applicabile *ratione temporis*, stabilisce che: «Il termine "operatore economico" comprende l'imprenditore, il fornitore e il prestatore di servizi o un raggruppamento o consorzio di essi». Non a caso in dottrina comincia a farsi strada l'idea che l'avvalimento rientri nei contratti d'impresa.

**Pertanto è naturale concludere che il professionista indicato non rientra nei soggetti legittimati ad utilizzare l'istituto dell'avvalimento, non essendo un operatore economico nel senso voluto dalla disciplina dei contratti pubblici.**

La posizione giuridica del progettista indicato dall'impresa, che ha formulato l'offerta con la conseguente aggiudicazione e che si ricava dalla "legge" di gara, è, come già anticipato, **quella di un prestatore d'opera professionale che non entra a far parte della struttura societaria**

**che si avvale della sua opera, e men che meno rientra nella struttura societaria quando questa formula l'offerta. Rimangono due soggetti separati e distinti, che svolgono funzioni differenti con conseguente diversa distribuzione delle responsabilità».**

Siffatta ricostruzione, secondo l'insegnamento dell'Adunanza Plenaria, non muta neppure nel caso di appalto c. d. integrato, caratterizzato dal fatto che l'oggetto negoziale è unico, nel senso che **non vi è una doppia gara**, una per la progettazione e un'altra per l'esecuzione dei lavori, poiché il contratto viene sottoscritto unicamente da chi si è aggiudicato la gara; e in ogni caso la legge non configura un meccanismo diverso da quello previsto in generale.

D'altronde, anche l'impresa ausiliaria, figura propria dell'avvalimento, rimane sempre estranea alla vicenda dell'aggiudicazione e del conseguente contratto di appalto o di servizi, nonostante la legge fissi una forma di responsabilità solidale che viene assunta in adempimento del contratto di avvalimento e al tempo stesso è la riprova di una soggettività separata e distinta.

Il contratto ha come contenuto la promessa dell'obbligazione (o fatto) del terzo (art. 1381 c. c.) e la dichiarazione dell'ausiliario di impegno verso la stazione appaltante ne costituisce l'esecuzione; senza tale dichiarazione non vi sarebbe nessuna possibilità per la stazione appaltante di pretendere il coinvolgimento dell'ausiliaria nell'esecuzione del contratto attraverso la messa a disposizione dei mezzi e delle qualifiche e men che meno vi sarebbe la responsabilità solidale. La dichiarazione dell'ausiliaria costituisce il punto di contatto giuridico tra la fase negoziale e il subprocedimento dell'avvalimento che si apre nella fase dell'offerta di gara.

**“ Anche nel diritto dell'Unione il significato di operatore economico non è stato mai esteso alla figura del professionista, che anche in quell'ordinamento ha la stessa connotazione giuridica dell'ordinamento interno, ossia non è operatore del mercato nell'accezione tecnica indicata. ”**

D'altronde, secondo la giurisprudenza dell'Unione europea, l'avvalimento si applica non ai soli concorrenti, ma a tutti gli operatori economici, tenuti a qualsiasi titolo a dimostrare il possesso dei requisiti in gara (Corte di giustizia CE, Sez. X, 11 giugno 2020, C-219/19 Parsec, che, in linea con la nozione ampia di operatore economico, va incluso in detta categoria qualunque persona o ente collettivo che operi sul mercato << a prescindere dalla forma giuridica nel quadro della quale ha deciso di operare>>».

Dalla configurazione della figura del professionista esterno indicato dal raggruppamento che ha formulato l'offerta, discende - sempre secondo l'Adunanza Plenaria n. 13 del 2020 - che questi assume un rilievo tale per cui **deve possedere**

“ Il progettista, quindi, può essere individuato e coinvolto in tre modi: **a) mandante in raggruppamento temporaneo “eterogeneo” con gli operatori economici che partecipano per l'appalto o alla concessione dei lavori e, in tal caso, assume anche la qualifica di offerente;** **b) indicato ma estraneo all'offerente (cfr. sul tema Ad.Pl. n. 13/2020), cosiddetto ausiliario che presta un “avvalimento atipico”;** **c) appartenente allo staff tecnico dell'offerente che concorre per i lavori, a tale scopo contrattualizzato da quest'ultimo operatore economico; in tal caso, lo staff tecnico può essere costituito anche da più professionisti contrattualizzati individualmente in quanto assunti a tempo indeterminato e a tempo pieno, quindi integrati nell'impresa con un rapporto diretto. Se lo staff tecnico dell'impresa non ha i requisiti tecnico-professionali per la progettazione, l'impresa concorrente deve ricorrere a una delle fattispecie **sub a) o sub b).** ”**

**in proprio i requisiti richiesti per eseguire la prestazione professionale** e, per altra via, gli è anche **preclusa la possibilità di sopperire ad eventuali lacune utilizzando i requisiti posseduti da altro professionista, singolo o associato.**

Ebbene, la conclusione raggiunta dalla Adunanza Plenaria n. 13 del 2020, in punto di qualificazione del progettista “indicato” come professionista esterno che non assume la veste di concorrente, ha, poi, costituito il presupposto da cui ha mosso la giurisprudenza **per ammettere la sostituzione del progettista stesso nell'ipotesi di carenza dei requisiti in capo a quest'ultimo in tutti i casi o, secondo altro più restrittivo orientamento, nelle sole ipotesi in cui ciò non comporti una modifica sostanziale dell'offerta.**

In particolare, secondo il C.G.A.R.S. n. 276/2021, nell'appalto integrato è, quindi, possibile la estromissione del soggetto sprovvisto del requisito e la sua eventuale sostituzione con altro soggetto che, viceversa, sia in possesso di tutti i requisiti di ordine generale (in tal senso v. TAR Calabria – Catanzaro, sez. I, 10 luglio 2023, n. 1004).

“ Non essendo un offerente, ma un ausiliario del concorrente, deve ritenersi possibile la sostituzione del progettista indicato con altro professionista, non incorrendosi **in una ipotesi di modificazione dell'offerta né di modificazione soggettiva del concorrente.** ”

In altri termini, non essendo un offerente, ma un collaboratore (o, più propriamente, un ausiliario) del concorrente, deve ritenersi possibile la estromissione e l'eventuale sostituzione del progettista indicato con altro professionista, non incorrendosi in una ipotesi di modificazione dell'offerta, né di modificazione soggettiva del concorrente.

Un trattamento diverso, invece, deve essere riservato al caso nel quale il progettista esterno all'impresa si associa con quest'ultima ai fini della progettazione ma soprattutto ai fini dell'offerta, vale a dire si qualifica come offerente.

La differenza si rivela evidente, poiché, trattandosi di offerente, il progettista "associato", non solo, al pari del progettista "indicato", è coinvolto direttamente dai motivi di esclusione di cui al Codice dei contratti pubblici ma, a differenza del progettista "indicato", è decisamente arduo ritenere che possa essere estromesso o sostituito, in quanto ciò determinerebbe una modificazione dell'offerta e dell'offerente, per cui la sua esclusione è destinata a riflettersi, travolgendolo, sull'intero raggruppamento temporaneo tra l'impresa e il progettista.

D'altra parte, deve ritenersi che escludere in via automatica il concorrente per una carenza riscontrata in capo ad un soggetto allo stesso estraneo costituisce un esito contrario ai principi comunitari di cui all'art. 57, comma 3, della Direttiva UE 2014/24, ed in particolare a quello di proporzionalità (cfr. in proposito, sia pure in tema di subappalto, Corte di giustizia dell'Unione Europea 30 gennaio 2020, in causa C-395/2019).

A tal proposito, il Consiglio di Stato ha, tuttavia, evidenziato che «se il ricorso al progettista esterno si giustifica, in linea di principio, a fini qualificatori, è però innegabile che lo stesso è coinvolto sia nella redazione dell'offerta che nell'esecuzione del contratto (cfr. Cons. Stato, V, n. 5563/21).

Sebbene tale coinvolgimento non sia, in assoluto, impeditivo della sostituzione, esso impone di verificare, caso per caso, se, ammettendo la sostituzione del componente del raggruppamento di professionisti incaricato della progettazione, non si finisca per consentire una modificazione sostanziale dell'offerta» (Consiglio di Stato, sez. V, 11 novembre 2022, n. 9923; in tal senso, anche, TAR Lombardia – Milano n. 703/2023).

Alla luce, pertanto, di tali considerazioni, il Collegio, nel condividere l'opzione ermeneutica che ammette l'astratta sostituibilità del progettista indicato in ragione della qualificazione di tale figura come professionista esterno, operata dall'Adunanza Plenaria, ha rilevato che, anche a volere accedere all'orientamento più rigoroso che ammette tale sostituzione nelle sole ipotesi in cui non si verifica una modifica sostanziale dell'offerta, nella fattispecie tale circostanza ostativa non poteva essere ritenuta sussistente in quanto, la legge di gara:

- a) attribuiva alla progettazione un valore complessivo minimo rispetto all'importo complessivo dell'appalto;

- b) prevedeva per l'esecuzione della progettazione esecutiva un termine di trenta giorni a fronte del termine di 210 giorni indicato per l'esecuzione complessiva dell'appalto;
- c) individuava, per l'attribuzione del punteggio previsto per l'offerta tecnica, un parametro, quale quello della riduzione del tempo posto base di gara, sostanzialmente riferibile alle sole lavorazioni e non anche alla progettazione;
- d) riconosceva il premio di accelerazione in relazione esclusivamente alla data di ultimazione dei lavori e non anche della progettazione.

Quanto sopra, pertanto, ha indotto il Tribunale a ritenere che la progettazione esecutiva non costituiva, nell'economia dell'appalto oggetto di causa, un fattore di decisiva importanza tale da produrre una modifica sostanziale dell'offerta per effetto della sostituzione del progettista "indicato".

Del resto, come evidenziato, la sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 13 del 2020 esclude la qualificazione, in termini di avvalimento, del progettista "indicato" dal concorrente ai fini dell'affidamento di un appalto integrato e delle ulteriori argomentazioni evidenziate dall'orientamento giurisprudenziale richiamato.

A ciò si aggiunga che il nuovo Codice, in coerenza con le sollecitazioni provenienti dalla giurisprudenza comunitaria, in più occasioni **riconosce la possibilità di sostituire**, dopo la scadenza del termine di presentazione delle domande di partecipazione, **i componenti di organismi aggregati che risultino privi di requisiti** (si vedano gli artt. 97 d. lgs. n. 36/23, che ammette la possibilità di sostituzione, dopo la scadenza dei termini di partecipazione, **di quello dei componenti del raggruppamento che risulti privo dei requisiti di ordine generale o speciale, e 104 commi 5 e 6 d. lgs. n. 36/23 che consente di sostituire, anche in tal caso dopo la scadenza dei termini di partecipazione, l'ausiliario che risulti privo di requisiti**).

Di conseguenza, alla luce di questi motivi il Collegio ha ritenuto illegittimo il provvedimento di esclusione nella parte in cui non ha consentito all'o.e. escluso di sostituire il progettista "indicato" ai fini della partecipazione.



#### 4. Considerazioni conclusive

Il TAR Lazio, pertanto, nel pronunciarsi sulla natura del progettista indicato e, segnatamente, sulla legittimità della sostituzione di tale soggetto professionale, ha confermato i consolidati orientamenti giurisprudenziali formatisi sul tema anche alla luce delle disposizioni contenute nel d.lgs. n. 36 del 2023.

D'altro canto, escludere in via automatica il concorrente per una carenza riscontrata in capo a soggetto allo stesso estraneo costituisce un esito contrario ai principi comunitari di cui all'art. 57, comma. 3 della Direttiva UE 2014/24, ed in particolare a quello di proporzionalità (cfr. in proposito Corte di Giustizia Europea 30 gennaio 2020, in causa C-395/2019).

L'applicazione del principio di proporzionalità, infatti, consente di scongiurare il rischio che il concorrente possa subire incolpevolmente le conseguenze di violazioni imputabili non a sé, ma a soggetto esterno, del quale potrebbe non avere il pieno controllo, *a fortiori* quando ciò avviene automaticamente, ovvero senza che l'amministrazione aggiudicatrice, secondo quanto rilevato dalla Corte di Giustizia, abbia "la facoltà di valutare, caso per caso, le particolari circostanze del caso di specie", e l'operatore economico sia messo in grado di "dimostrare la propria affidabilità malgrado la constatazione di detta violazione".

# La verifica dei requisiti nel d.lgs. n. 36/2023

di Paola Cartolano

IL  
PUN  
TO

## Premesse

L'attività di verifica del possesso dei requisiti di partecipazione esperita dalla stazione appaltante costituisce una fase fondamentale e imprescindibile di una procedura ad evidenza pubblica, atta a verificare l'affidabilità dell'operatore economico ai fini dell'affidamento di una commessa pubblica.

È, dunque, interesse della stazione appaltante condurre sì celermente ma soprattutto correttamente la verifica dei requisiti, onde evitare di aggiudicare una procedura nei confronti di un operatore economico che sia sprovvisto dei requisiti richiesti dalla normativa vigente.

Brevemente, i **requisiti di partecipazione** sono requisiti di qualificazione prescritti dalla legge o richiesti dalla stazione appaltante nel bando di gara, con cui i concorrenti dimostrano di possedere la capacità di eseguire correttamente l'opera o la fornitura o il servizio oggetto dell'appalto. Essi si dividono in requisiti di ordine generale e requisiti di ordine speciale, oggi disciplinati nel d.lgs. n. 36/2023 nella Parte V, Titolo IV, Capo II e Capo III (artt. 94, 95, 98, 100 e 103).

Nell'ambito del d.lgs. n. 36/2023, le cui disposizioni sono efficaci dal 1<sup>o</sup> luglio 2023, un ruolo fondamentale è rappresentato dalla digitalizzazione delle procedure ad evidenza pubblica, processo che interessa anche la fase di verifica dei requisiti.

Il d.lgs. n. 36/2023 all'art. 225 ha differito il termine di piena efficacia di alcune norme al **1<sup>o</sup> gennaio 2024**, fra queste - ai fini del presente contributo - rilevano le norme sulla digitalizzazione delle procedura di cui agli articoli 19 e ss. nonché l'art. 99 sulla verifica del possesso dei requisiti tramite il **Fascicolo Virtuale dell'Operatore Economico (FVOE)** prevedendo che nelle more, fino al 31 dicembre 2023, continuerà ad applicarsi la corrispondente disciplina dettata dal d.lgs. n. 50/2016.

“ **Le disposizioni del d.lgs. n. 36/2023 relative alla digitalizzazione delle procedure, inclusa l'operatività del FVOE, avranno efficacia a decorrere dal 1<sup>o</sup> gennaio 2024** ”

## 1. Il Fascicolo Virtuale dell'Operatore Economico

Parlando di digitalizzazione, l'art. 22 del D.Lgs. n. 36/2023 fa riferimento a un «**ecosistema nazionale di approvvigionamento digitale (e-procurement)**» i cui pilastri sono la Banca dati nazionale dei contratti pubblici (art. 23) con il connesso Fascicolo Virtuale dell'Operatore Economico (art. 24) gestiti dall'ANAC e le piattaforme telematiche di approvvigionamento.

In particolare il **FVOE**, istituito presso l'ANAC, dovrà consentire – attraverso la interoperabilità di varie banche dati – una risposta celere alle richieste delle stazioni appaltanti ai fini del controllo dei requisiti per la massima speditezza nella stipula del contratto.

Sotto il regime del precedente codice dei contratti il FVOE era già previsto all'**art. 81, comma 2 e 4 del D.Lgs. n. 50/2016** (introdotto per effetto delle misure di semplificazione in materia di contratti pubblici nell'ambito del PNRR – D.L n. 77/2021 convertito in Legge n. 108/2021 di conversione in legge) e regolamentato con la **Delibera ANAC n. 464 del 27 luglio 2022**.

L'odierno **art. 24 comma 1 del D.Lgs. n. 36/2023** indica che «*Presso la Banca dati nazionale dei contratti pubblici opera il fascicolo virtuale dell'operatore economico che consente la verifica dell'assenza delle cause di esclusione di cui agli articoli 94 e 95 e per l'attestazione dei requisiti di cui all'articolo 103 per i soggetti esecutori di lavori pubblici, nonché dei dati e dei documenti relativi ai criteri di selezione requisiti di cui all'articolo 100 che l'operatore economico inserisce*».

Come anticipato, l'efficacia delle disposizioni concernenti il FVOE di cui all'art. 24 del D.Lgs. 36/2023 è stata **rinviata al 1<sup>o</sup> gennaio 2024** ai sensi dell'art. 225 dello stesso D.Lgs. 36/2023.

Il FVOE - che sostituisce il precedente sistema AVCPass - può essere definito come uno strumento digitale in cui sono contenuti tutti i dati degli operatori economici con riferimento alla loro partecipazione alle gare ed il relativo esito circa la verifica dell'assenza di cause di esclusione e il possesso dei requisiti speciali.

Il FVOE diviene, quindi, un "requisito" obbligatorio per partecipare alle gare poiché consente alle stazioni appaltanti una verifica immediata e sicura dei requisiti richiesti.

Parallelamente l'**art. 99 del D.Lgs. 36/2023** (Verifica del possesso dei requisiti) – la cui efficacia come visto decorre dal 1<sup>o</sup> gennaio 2024 - ha disposto che: «*1. La stazione appaltante verifica l'assenza di cause di esclusione automatiche di cui all'articolo 94 attraverso la consultazione del fascicolo virtuale dell'operatore economico di cui all'articolo 24, la consultazione degli altri documenti allegati dall'operatore economico, nonché tramite l'interoperabilità con la piattaforma digitale nazionale dati di cui all'articolo 50-ter del codice dell'amministrazione digitale, di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82 e con le banche dati delle pubbliche amministrazioni.*

*2. La stazione appaltante, con le medesime modalità di cui al comma 1, verifica l'assenza delle cause di esclusione non automatica di cui all'articolo 95, e il possesso dei requisiti di partecipazione di cui agli articoli 100 e 103.*

*3. Agli operatori economici non possono essere richiesti documenti che comprovano il possesso dei requisiti di partecipazione o altra documentazione utile ai fini dell'aggiudicazione, se questi sono presenti nel fascicolo virtuale dell'operatore economico, sono già in possesso della stazione appaltante, per effetto di una precedente aggiudicazione o conclusione di un accordo quadro, ovvero possono essere acquisiti tramite interoperabilità con la piattaforma digitale nazionale dati di cui all'articolo 50-ter del codice di cui al decreto legislativo n. 82 del 2005 e con le banche dati delle pubbliche amministrazioni».*

Al fine di garantire la funzionalità del FVOE l'**art. 24 comma 4 del D.Lgs. n. 36/2023** ha disposto inoltre che l'ANAC con provvedimento, adottato d'intesa con il MIT e con l'AGID disciplini «*le tipologie di dati da inserire nel fascicolo virtuale dell'operatore economico, concernenti la partecipazione alle procedure di affidamento e il loro esito, in relazione ai quali è obbligatoria la verifica attraverso la Banca dati nazionale dei contratti pubblici*».

Fra i vari regolamenti attuativi delle disposizioni contenute nel D.Lgs. 36/2023 posti in capo all'ANAC, vi è anche la **Delibera ANAC n. 262 del 20 giugno 2023 adottata ai sensi e per gli effetti dell'art. 24 comma 4 citato**.

Con la Delibera n. 262/2023 viene in dettaglio disciplinato il funzionamento del FVOE, le modalità di integrazione con gli enti certificanti e di utilizzo da parte dei soggetti abilitati, i requisiti e le cause di esclusione verificabili attraverso lo stesso, i dati e le informazioni disponibili e trattate per tali fini.

“  
**Con la Delibera n. 262 del 20.6.2023  
 l'ANAC ha sensi dell'art. 24 comma  
 4 D.Lgs. n. 36/2023 ha disciplinato il  
 funzionamento del FVOE**  
 ”

Rispetto al precedente AVCPass:

- con il FVOE l'operatore economico<sup>1</sup> può creare un *repository* dove collezionare documenti utili ai fini della partecipazione alle procedure per l'affidamento di contratti pubblici;
- l'utilizzo dei dati raccolti nel FVOE opera per tutte le procedure di affidamento a cui partecipa l'operatore economico;
- la creazione della "Lista degli operatori economici verificati" attraverso la quale una stazione appaltante che sta aggiudicando una gara può verificare se un determinato operatore economico risulta già stato verificato in una precedente gara.

Come espressamente indica l'art. 3 della Delibera ANAC n. 262/2023 la consultazione del FVOE consente alle stazioni appaltanti e agli enti concedenti:

«a) il **controllo dell'assenza dei motivi di esclusione e del possesso dei requisiti di selezione di cui agli articoli 94, 95, 98, 100 e 103 del codice** in capo agli operatori economici partecipanti alle procedure di affidamento dei contratti pubblici, agli ausiliari e ai subappaltatori;  
 b) il **controllo, in fase di esecuzione del contratto, della permanenza dei requisiti di cui alla lettera a)**».

E ancora il FVOE consente in dettaglio:

«a) alle stazioni appaltanti e agli enti concedenti, attraverso i servizi di interoperabilità con gli Enti Certificanti, l'acquisizione delle informazioni certificate comprovanti il possesso dei requisiti di carattere generale, tecnico-organizzativo ed economico-finanziario per l'affidamento dei contratti pubblici;

b) agli operatori economici, tramite apposite funzionalità, l'inserimento nel FVOE dei dati e delle certificazioni comprovanti il possesso dei requisiti speciali la cui produzione è a loro carico;  
 c) il riuso dei documenti presenti nel FVOE per la partecipazione a più procedure di affidamento, nei termini di validità temporale degli stessi; ...;  
 d) il riuso da parte delle stazioni appaltanti e degli enti concedenti dell'esito delle verifiche effettuate sulle singole certificazioni già utilizzate nell'ambito di diverse procedure di affidamento in cui il concorrente sia risultato aggiudicatario o subappaltatore autorizzato, nel limite di validità temporale di cui alla lettera c);  
 e) il riuso, da parte delle SOA, dell'esito delle verifiche di cui alla precedente lettera d) e di quelle effettuate nell'ambito di precedenti procedimenti di attestazione con riferimento ai CEL privati, ai documenti a corredo degli stessi e ai titoli di studio e di abilitazione».

Come precisa la Delibera ANAC n. 262/2023 all'art. 6 (Documentazione a comprova dei requisiti generali) ai fini della **verifica dei requisiti generali** di cui agli articoli 94, 95 e 98 del D.Lgs. n. 36/2023 tramite il FVOE la stazione appaltante può acquisire i dati e gli elenchi di cui all'Allegato I (cause automatiche di esclusione) e all'Allegato II (cause non automatiche di esclusione) alla medesima delibera.

All'art. 7 (Documentazione a comprova dei requisiti di carattere tecnico-organizzativo ed economico-finanziario e dei requisiti da verificare in capo all'aggiudicatario o in fase di esecuzione) la Delibera n. 262/2023 invece precisa che i **dati e le informazioni utili alla dimostrazione dei requisiti speciali** sono quelli indicati nell'Allegato III (requisiti speciali per la qualificazione degli esecutori di lavori pubblici di importo pari o superiore a 150.000), nell'Allegato IV (requisiti per gli esecutori di lavori di importo inferiore a 150.000 euro) e nell'Allegato V (requisiti speciali per i prestatori di servizi e forniture).

Mentre i requisiti da verificare nei confronti dell'aggiudicatario e/o in fase di esecuzione sono indicati nell'Allegato VI.

1. Ai fini della Delibera ANAC n. 262/2023 la definizione di "Operatore economico" indica «l'operatore economico partecipante, l'ausiliario o il subappaltatore».

Si segnala che l'art. 11 della Delibera ANAC n. 262/2023 dispone, oltre alle **sanzioni** previste dall'art. 23 commi 7 e 8-----2----- del D.Lgs. n. 36/2023, che «la violazione, da parte delle stazioni appaltanti e degli enti concedenti, delle disposizioni volte a garantire la piena funzionalità del FVOE costituisce violazione del principio di buona fede e di tutela dell'affidamento di cui all'articolo 5 del codice, con conseguente responsabilità, anche civile, per i danni subiti dall'operatore economico» mentre «Gli operatori economici che non ottemperano alla richiesta della stazione appaltante o dell'ente concedente di comprovare il possesso dei requisiti di partecipazione alla procedura di affidamento sono sanzionati ai sensi dell'articolo 222, comma 13», ovvero con una sanzione amministrativa va da un minimo di €. 500 ad un massimo di €. 5.000.

Si segnala altresì l'art. 12 della Delibera ANAC n. 262/2023 circa il **regime transitorio fino alla piena operatività del FVOE**. In particolare, il comma 4 dell'art. 12 indica che «**A decorrere dal 1<sup>a</sup> gennaio 2024:**

a) **fino alla completa operatività del sistema, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti effettuano le verifiche di competenza sui dati e i documenti a comprova dei requisiti generali non disponibili nel FVOE ai sensi dell'articolo 40, comma 1 del decreto del Presidente della Repubblica n. 445 del 28/12/2000, con le modalità previste dall'articolo 71, comma 2, del medesimo decreto;**

b) **fino alla completa operatività del sistema, i dati e i documenti a comprova dei requisiti di carattere tecnico-organizzativo ed economico-finanziario non disponibili nel FVOE sono inseriti nel sistema dagli OE;**

c) **fino alla completa operatività del sistema le stazioni appaltanti e gli enti concedenti trasmettono all'ANAC le informazioni utili alla dimostrazione dell'assenza delle cause di esclusione di cui agli articoli 94 e 95 del codice dalle stesse accertate,**

*ai fini dell'annotazione nel casellario informatico, con le modalità indicate nel Regolamento per il funzionamento del Casellario adottato dall'ANAC ai sensi dell'articolo 222, comma 10, del codice.*

d) *fino alla completa interoperabilità del FVOE con il DGUE, i dati, le informazioni e i documenti da utilizzare a comprova dei requisiti di partecipazione, laddove necessario, sono indicati dall'OE con le modalità previste dal sistema».*

“ **Accedendo al FVOE le stazioni appaltanti potranno compiere le verifiche dei requisiti generali e speciali di cui agli artt. 94, 95, 98, 100 e 103 del D.Lgs. n. 36/2023 in capo agli operatori nonché effettuare i controlli in fase di esecuzione del contratto della permanenza dei medesimi requisiti** ”

## **2. Quando la stazione appaltante verifica i requisiti secondo il D.Lgs. n. 36/2023?**

Nell'ambito del **D.Lgs. n. 50/2016** l'art. 32 disponeva che «5. La stazione appaltante, previa verifica della proposta di aggiudicazione ai sensi dell'articolo 33, comma 1, provvede all'aggiudicazione. ... 7. **L'aggiudicazione diventa efficace dopo la verifica del possesso dei prescritti requisiti**».

Il legislatore del **D.Lgs. 36/2023** invece ha disposto all'**art. 17** che «5. L'organo preposto alla valutazione delle offerte predispone la proposta di aggiudicazione alla migliore offerta non anomala. 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**

2. Art. 23 D.Lgs. n. 36/2023 «7. *Nei casi in cui si omettano informazioni o attività necessarie a garantire l'interoperabilità dei dati, l'ANAC effettua una segnalazione all'AGID per l'esercizio dei poteri sanzionatori di cui all'articolo 18-bis del codice di cui al decreto legislativo n. 82 del 2005.*

8. *L'omissione di informazioni richieste, il rifiuto o l'omissione di attività necessarie a garantire l'interoperabilità delle banche dati coinvolte nel ciclo di vita dei contratti pubblici costituisce violazione di obblighi di transizione digitale punibili ai sensi dell'articolo 18-bis del codice di cui al decreto legislativo n. 82 del 2005».*

all'offerente, dispone l'aggiudicazione, che è immediatamente efficace».

L'art. 17 comma 5 del D.Lgs. n. 36/2023, dunque, prevede che l'organo competente a disporre l'aggiudicazione esamina la proposta e, dopo aver (i) verificato la legittimità e la conformità all'interesse pubblico e (ii) effettuato positivamente il controllo dei requisiti in capo all'aggiudicatario, dispone l'aggiudicazione, immediatamente efficace.

Per una corretta interpretazione della disposizione in parola facciamo ricorso alla **Relazione Illustrativa codice dei contratti di cui al D.Lgs. n. 36/2023** nella quale si legge che «*Il comma 5 prevede la formulazione di una proposta di aggiudicazione alla stazione appaltante o ente concedente parte del soggetto preposto alla valutazione delle offerte, a favore del concorrente che ha presentato la migliore offerta non anomala. L'aggiudicazione viene disposta dall'organo competente della stazione appaltante o ente concedente dopo effettuato **positivamente** il controllo dei requisiti in capo all'aggiudicatario, successivamente al quale il contratto potrà essere stipulato o ne potrà essere iniziata l'esecuzione in via di urgenza*».

La Relazione Illustrativa, valorizzando il **positivo riscontro del possesso dei requisiti in capo all'aggiudicatario** ai fini dell'aggiudicazione, conferma che solo all'esito di tale riscontro positivo sia possibile procedere prima all'aggiudicazione e poi alla stipula del contratto.

Sul punto si rileva anche il **Parere n. 2075 reso dal MIT il 26 giugno 2023** che - rispondendo a un quesito posto da una stazione appaltante in cui viene evidenziato che la fase di verifica dei requisiti occupa circa 60 giorni dei totali messi a disposizione dell'Allegato I.3 per portare a termine le procedure - ha evidenziato che «*... Alla luce delle previsioni sopra richiamate, pertanto, è possibile procedere all'aggiudicazione solo DOPO che la stazioni appaltante abbia verificato il possesso dei requisiti in capo all'offerente (si veda nel dettaglio quanto disposto dal sopra citato articolo 17, comma 5) ...*».

Con riferimento alla verifica dei requisiti occorre considerare anche i **commi 8 e 9 dell'art. 17 del D.Lgs. n. 36/2023** secondo cui «*8. Fermo quanto previsto dall'articolo 50, comma 6, l'esecuzione del contratto può essere iniziata, anche prima della stipula, per motivate ragioni. L'esecuzione è*

*sempre iniziata prima della stipula se sussistono le ragioni d'urgenza di cui al comma 9.*

*9. L'esecuzione d'urgenza è effettuata quando ricorrono eventi oggettivamente imprevedibili, per evitare situazioni di pericolo per persone, animali, cose, per l'igiene e la salute pubblica, per il patrimonio storico, artistico, culturale, ovvero nei casi in cui la mancata esecuzione immediata della prestazione dedotta nella gara determinerebbe un grave danno all'interesse pubblico che è destinata a soddisfare, ivi compresa la perdita di finanziamenti dell'Unione europea».*

L'art. 50 comma 6 del D.Lgs. n. 36/2023 a sua volta dispone che «*6. **Dopo la verifica dei requisiti dell'aggiudicatario** la stazione appaltante può procedere all'esecuzione anticipata del contratto; nel caso di mancata stipulazione l'aggiudicatario ha diritto al rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione dei lavori ordinati dal direttore dei lavori e, nel caso di servizi e forniture, per le prestazioni eseguite su ordine del direttore dell'esecuzione*».

Pertanto, a seguito dell'approvazione del D.Lgs. n. 36/2023 non è possibile procedere all'aggiudicazione e all'esecuzione nelle more della verifica dei requisiti, ferma restando l'esecuzione d'urgenza per le ipotesi previste dall'art. 17 comma 9.

Rimane tuttavia l'applicabilità della disciplina speciale per procedure aventi ad oggetto **interventi finanziati in tutto o in parte dal PNRR o dal PNC** ai sensi dell'art. 8 del D.L. n. 76/2020 convertito con modificazioni dalla L. 120/2020 a mente del quale «*In relazione alle procedure pendenti disciplinate dal decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, i cui bandi o avvisi, con i quali si indice una gara, sono già stati pubblicati alla data di entrata in vigore del presente decreto, nonché, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o avvisi, alle procedure in cui, alla medesima data, siano già stati inviati gli inviti a presentare le offerte o i preventivi, ma non siano scaduti i relativi termini, e in ogni caso per le procedure disciplinate dal medesimo decreto legislativo avviate a decorrere dalla data di entrata in vigore del presente decreto:*

*a) è sempre autorizzata la consegna dei lavori in via di urgenza e, nel caso di servizi e forniture, l'esecuzione del contratto in via d'urgenza ai sensi dell'articolo 32, comma 8, del decreto legislativo n. 50 del 2016, nelle more della verifica dei requisiti di cui all'articolo 80 del medesimo decreto legislativo,*

nonché dei requisiti di qualificazione previsti per la partecipazione alla procedura; ...».

Il legislatore del D.Lgs. n. 36/2023 ha pertanto generalizzato la possibilità d'avviare immediatamente l'esecuzione dell'appalto ma, a differenza del regime introdotto dal DL 76/2020 all'art. 8, comma 1, lett. a), la consegna delle prestazioni può avvenire solo dopo la verifica positiva sui requisiti e fermo restando che, in caso di mancata stipula, l'operatore ha diritto al pagamento delle spese sostenute e delle prestazioni eseguite.

“ **A seguito del D.Lgs. n. 36/2023 non è possibile procedere all'aggiudicazione e all'esecuzione nelle more della verifica dei requisiti** ”

### **3. È applicabile il silenzio assenso nella fase di verifica dei requisiti?**

Come visto, la piena operatività del FVOE con l'interoperatività del sistema di interconnessione tra le diverse banche dati si avrà solo a decorrere dal 1° gennaio 2024: nelle more ai fini delle verifiche dei requisiti le stazioni appaltanti devono richiedere l'attestazione direttamente alle singole amministrazioni certificatrici.

L'ANAC con un **doppio parere di funzione consultiva (n. 57/2023 e n. 57-bis/2023)** ha riscontrato le richieste di due stazioni appaltanti le quali hanno chiesto se un'amministrazione può aggiudicare una gara anche senza aver acquisito e verificato tutta la certificazione in possesso delle varie banche dati sull'operatore economico aggiudicatario avvalendosi del silenzio assenso.

Le due stazioni appaltanti hanno rilevato che ai fini delle verifiche previste dall'art. 17, comma 5 del D.Lgs. 36/2023 per il perfezionamento dell'aggiudicazione, nelle more della piena operatività del sistema di interconnessione tra le diverse banche dati, le stazioni appaltanti ricorrono al FVOE o richiedono le attestazioni direttamente alle amministrazioni certificatrici. Come si legge nel parere 57/2023 «Questa attività spesso richiede un tempo lungo o addirittura indefinito posto che, talvolta, il certificato non viene acquisito per mancata risposta da parte degli enti competenti. L'Amministrazione chiede quindi se l'adozione del

provvedimento di aggiudicazione presuppone, affinché sia efficace, l'acquisizione di tutti i certificati indipendentemente dal tempo necessario per l'ottenimento degli stessi. In alternativa, chiede se decorsi 30 giorni dall'attivazione dei controlli, la stazione appaltante possa comunque procedere con l'aggiudicazione anche in assenza di tutti i riscontri, applicando l'istituto del silenzio-assenso (l.n. 241/1990)».

ANAC, tenuto conto delle disposizioni del D.Lgs. n. 36/2023, ha fornito risposta negativa alle due richieste di pareri: la stazione appaltante non può, in questo caso, avvalersi del silenzio-assenso, e dare per acquisite le verifiche una volta trascorsi 30 giorni dalla relativa richiesta.

Ad avviso dell'ANAC, la norma di cui all'art. 17 comma 5 del D.Lgs. n. 36/2023 «richiede, quindi, espressamente – ai fini dell'aggiudicazione dell'appalto e della stipula del relativo contratto – che la stazione appaltante proceda al riscontro positivo dei requisiti dichiarati in gara dall'aggiudicatario».

ANAC ha, infatti, osservato che «visto il chiaro disposto dell'art. 17, comma 5, del Codice e i chiarimenti contenuti nella Relazione Illustrativa, si ritiene non applicabile alla fattispecie in esame l'istituto del silenzio-assenso invocato nell'istanza di parere, al fine di procedere all'aggiudicazione e alla stipula del contratto d'appalto, decorsi inutilmente 30 giorni dall'attivazione dei controlli da parte della stazione appaltante, in assenza di specifica previsione in tal senso (diverso è il caso previsto, ai fini della stipula contrattuale, dall'art. 88, comma 4 bis, del d.lgs. 159/2011 in forza del quale, decorso il termine di 30 giorni dalla richiesta delle certificazioni antimafia e dalla consultazione delle banche dati nazionali, le Amministrazioni aggiudicatrici possono procedere in ogni caso alla stipulazione del contratto, anche in assenza della comunicazione antimafia; Cons. di Stato, sez. V, n. 5777/2020)». E ancora, richiamando un parere del MIT, l'ANAC ha rilevato che «Nel caso in esame, quindi, «non si ravvisano i presupposti per l'applicazione dell'art. 17 bis della L. 241/1990 (silenzio assenso tra amministrazioni e tra amministrazioni pubbliche e gestori di beni o servizi pubblici), così come modificata dalla L. n. 124/2015 (Legge Madia). Pertanto in caso di inutile decorso del suddetto termine generale è [30 giorni], la procedura rimane ferma e l'eventuale aggiudicazione non acquista efficacia fintanto che non perviene la documentazione richiesta che può essere comunque sollecitata» (parere MT n.188/2018)».

“ **Nella verifica dei requisiti non è applicabile il silenzio assenso decorsi 30 giorni dalla relativa richiesta** ”

#### 4. Conclusioni

L'utilizzo a regime delle funzionalità del FVOE consentirà alle stazioni appaltanti di accedere celermente alle informazioni necessarie ai fini delle verifiche sui requisiti nonché di utilizzare gli esiti delle verifiche già effettuate da altre stazioni appalti per precedenti procedure, riducendo anche gli oneri per gli operatori economici per la riproduzione di certificazioni ad ogni singola procedura.

In particolare, il FVOE consentirà una sostanziale riduzione dei tempi delle verifiche assumendo rilevanza soprattutto ai fini del rispetto dei termini di conclusione delle procedure come previsti all'Allegato I.3 del D.Lgs. n. 36/2023 ex art. 17 comma 3<sup>3</sup> del D.Lgs. n. 36/2023.

Rimane, tuttavia, la criticità delle lungaggini delle procedure di acquisizioni da parte degli enti competenti delle certificazioni necessarie ai fini della verifica dei requisiti nelle more della piena operatività del FVOE anche dopo il 1<sup>o</sup> gennaio 2023 (rif. art. 12 della Delibera ANAC n. 262/2023), non potendo le stazioni appaltanti procedere all'aggiudicazione in assenza di riscontro.

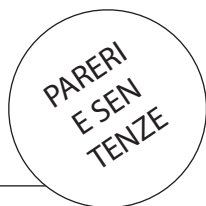
Saranno, pertanto, da valutare di volta in volta gli effetti del superamento del termine di conclusione delle procedure per ritardato riscontro dagli enti competenti ai fini della positiva verifica dei requisiti, con la formazione del silenzio inadempimento di cui all'art. 17 comma 3 citato (che legittima gli operatori economici a incardinare in sede giudiziaria la relativa azione).

---

3. Art. 17 comma 3 del D.Lgs. n. 36/2023 «Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti concludono le procedure di selezione nei termini indicati nell'allegato I.3. Il superamento dei termini costituisce silenzio inadempimento e rileva anche al fine della verifica del rispetto del dovere di buona fede, anche in pendenza di contenzioso».



# Pareri & Sentenze



## **TAR Bari, 01/12/2023, n. 1388**

*L'accesso agli atti nel d.lgs. 36/2023*

“Come è noto, il nuovo Codice Appalti 2023 (cfr. D.Lgs. n. 36/2023) ha introdotto una nuova disciplina dell'accesso agli atti di gara che, pur non applicandosi direttamente alla procedura in esame *ratione temporis*, è oltre modo significativo rispetto alle tendenze ideologico culturali, oltre che ovviamente giuridiche, verso le quali il sistema sta evolvendo. Una novità rilevante è sicuramente prevista all'art. 36: con la comunicazione digitale dell'aggiudicazione, verranno rese note anche le decisioni assunte dalla Stazione appaltante sulle richieste di oscuramento di parti delle offerte, formulate dagli offerenti a tutela dei loro segreti tecnici o commerciali.

In tal modo si vuole palesemente accelerare la procedura; gli operatori non dovranno più formulare alcuna istanza di accesso.

Inoltre, ai primi cinque classificati in graduatoria, sarà consentito visionare reciprocamente le rispettive offerte, sempre attraverso le piattaforme informatiche.

Ma si noti che tutto verrà deciso in autonomia dalla Stazione appaltante al momento di valutazione delle offerte: non è previsto un preliminare avviso all'offerente, quale controinteressato, circa l'intenzione di rendere visibili le parti di offerte indicate come segrete, né viene disciplinato un contraddittorio sul punto prima dell'aggiudicazione. Le decisioni sulle richieste di oscuramento, comunicate appunto contestualmente all'aggiudicazione, potranno essere impugnate solamente per le vie giudiziali, nel breve termine – ai limiti del giugulatorio – di dieci giorni.

Il quadro che emerge è, per l'appunto, quello della pubblicizzazione integrale della gara pubblica e l'eradicazione, si spera definitiva di tutto il contenzioso sviluppatosi negli ultimi anni sulla, spesso strumentale, difesa del c.d. know how industriale e commerciale.”

**TAR Lombardia, Milano, Sez. I, 28/11/2023, n. 2380**

*Esclusione per costi della manodopera e CCNL non coerenti con l'oggetto dell'appalto*

Sarebbe legittima l'esclusione dall'Appalto di Affidamento del servizio di accoglienza e reception in quanto l'offerta di "omissis", risultata seconda in graduatoria, sarebbe incongrua e inaffidabile per aver giustificato i costi della manodopera utilizzando un CCNL non coerente con l'oggetto dell'appalto.

**Consiglio di Stato, Sez. V, 28/11/2023, n. 10207**

*Sul concetto di onerosità del contratto di avvalimento*

"Merita, a completamento delle osservazioni che precedono, rilevare che l'art. 104, comma 1, d.lgs. n. 36 del 2023 (recante il nuovo codice dei contratti pubblici), nella specie, 'ratione temporis' non applicabile ma utile ai fini interpretativi, espressamente stabilisce che 'il contratto di avvalimento è normalmente oneroso, salvo che risponda anche a un interesse dell'impresa ausiliaria, e può essere concluso a prescindere dalla natura giuridica dei legami tra le parti' ... Dal tenore dell'accordo non è possibile rinvenire un interesse patrimoniale, né diretto né indiretto, dell'ausiliaria che ha assunto le relative obbligazioni e gli obblighi derivanti dal contratto di avvalimento."

**TAR Campania, Napoli, Sez. V, 7/11/2023, n. 6128**

*"In forza del combinato disposto degli artt. 108 comma 9 e 110 comma 5 lett. d) del d.lgs. n. 36/2023, al pari di quanto stabilivano gli artt. 95, comma 10, e 97, comma 5, lett. d) del d.lgs. n. 50/2016, prima dell'aggiudicazione le stazioni appaltanti devono verificare che il costo del personale non sia inferiore ai minimi salariali retributivi"*

"... in forza del combinato disposto degli artt. 108 comma 9 e 110 comma 5 lett. d) del d.lgs. n. 36/2023, al pari di quanto stabilivano gli artt. 95, comma 10, e 97, comma 5, lett. d) del d.lgs. n. 50/2016, prima dell'aggiudicazione le stazioni appaltanti devono verificare che il costo del personale non sia inferiore ai minimi salariali retributivi. Tale accertamento (che non dà luogo a un sub-procedimento di verifica di anomalia dell'intera offerta, ma mira esclusivamente a controllare il rispetto del salario minimo: cfr. T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 11 novembre 2022, n. 14776) è sempre obbligatorio, anche nei casi, quale quello in esame, di gara al massimo ribasso. Diversamente, infatti, potrebbe essere compromesso il diritto dei lavoratori alla retribuzione minima, tutelato dall'art. 36 Cost. (in argomento cfr., ex multis, T.A.R. Campania, Salerno, sez. II, 21 dicembre 2020, n. 1994; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. II, 1° giugno 2020, n. 978; T.A.R. Puglia, Lecce, sez. III, 16 marzo 2020, n. 329; T.A.R. Sicilia, Catania, sez. I, 26 marzo 2018, n. 608). In altri termini, la Stazione appaltante ha l'obbligo di procedere, prima dell'aggiudicazione, sempre e comunque, a prescindere dalla valutazione di anomalia dell'offerta, alla verifica della congruità del costo della manodopera rispetto ai minimi salariali retributivi. In altre parole, si tratta di una autonoma condicio causam dans del provvedimento di aggiudicazione, come indefettibilmente condizionato all'esito positivo di tale attività di certazione."

**Consiglio di Stato, Sez. V, 3/11/2023, n. 9541***La richiesta di chiarimenti dell'offerta tecnica*

"... anche nell'ambito delle procedure di affidamento di contratti pubblici, la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato (per tutte cfr. sez. V, 27 gennaio 2020, n. 680) è consolidata nel senso che la mera richiesta volta ad ottenere delucidazioni sulla interpretazione dell'offerta tecnica non comporta che i chiarimenti resi costituiscano una modifica dell'offerta presentata in gara, se essi sono limitati a specificare la portata di elementi già interamente contenuti nella stessa offerta (non è superfluo rammentare, per il valore di principio che la norma può assumere anche in procedimenti esclusi dall'ambito di applicazione della legislazione sui contratti pubblici, che nel nuovo codice dei contratti pubblici, approvato con il d.lgs. n. 36 del 2023, la fattispecie è stata testualmente prevista all'art. 101, comma 3: «La stazione appaltante può sempre richiedere 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 fissato 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 tecnica e dell'offerta economica»)."

**Consiglio di Stato, Sez. III, 2/11/2023, n. 9398***Le disposizioni in materia di C.A.M. costituiscono obblighi immediatamente cogenti per le stazioni appaltanti*

"1. Le stazioni appaltanti contribuiscono al conseguimento degli obiettivi ambientali previsti dal Piano d'azione per la sostenibilità ambientale dei consumi nel settore della pubblica amministrazione attraverso l'inserimento, nella documentazione progettuale e di gara, almeno delle specifiche tecniche e delle clausole contrattuali contenute nei criteri ambientali minimi adottati con decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare e conformemente, in riferimento all'acquisto di prodotti e servizi nei settori della ristorazione collettiva e fornitura di derrate alimentari, anche a quanto specificamente previsto nell'articolo 144.

2. I criteri ambientali minimi definiti dal decreto di cui al comma 1, in particolare i criteri premianti, sono tenuti in considerazione anche ai fini della stesura dei documenti di gara per l'applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell'articolo 95, comma 6. Nel caso dei contratti relativi alle categorie di appalto riferite agli interventi di ristrutturazione, inclusi quelli comportanti demolizione e ricostruzione, i criteri ambientali minimi di cui al comma 1, sono tenuti in considerazione, per quanto possibile, in funzione della tipologia di intervento e della localizzazione delle opere da realizzare, sulla base di adeguati criteri definiti dal Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare.

3. L'obbligo di cui ai commi 1 e 2 si applica per gli affidamenti di qualunque importo, relativamente alle categorie di forniture e di affidamenti di servizi e lavori oggetto dei criteri ambientali minimi adottati nell'ambito del citato Piano d'azione" .... le disposizioni in materia di C.A.M., "lungi dal risolversi in mere norme programmatiche, costituiscono in realtà obblighi immediatamente cogenti per le stazioni appaltanti..."

**Autorità Nazionale Anticorruzione****DELIBERA N. 481 del 25 ottobre 2023  
PREC 700/2023/L**

*"E' necessario riferire l'attributo delle "specifiche competenze" della commissione di gara non già a ciascun singolo componente, bensì alla commissione nel suo complesso. Il punteggio numerico opera alla stregua di una sufficiente valutazione quando l'apparato delle voci e sottovoci fornito dalla disciplina della procedura, con i relativi punteggi, è sufficientemente chiaro, analitico e articolato."*

"L'orientamento consolidato della giurisprudenza è nel senso che «la competenza ed esperienza richiesta ai commissari deve essere riferita ad aree tematiche omogenee e non anche alle singole e specifiche attività oggetto dell'appalto» (T.A.R. Salerno n. 834/2023 cit; Cons. St., Sez. V, 18 luglio 2019, n. 5058; Sez. V, 1 ottobre 2018 n. 5603; Sez. V, 18 giugno 2018, n. 3721; Sez. V, 11 dicembre 2017, n. 5830), tenendo conto, peraltro, della «necessità di riferire l'attributo delle "specifiche competenze" non già a ciascun singolo componente, bensì alla commissione nel suo complesso» (T.A.R. Salerno n. 834/2023 cit.). Pertanto, considerata la presenza dell'architetto, certamente competente per le antichità e le belle arti, e considerato che la commissione si avvaleva della consulenza tecnica della progettista restauratrice, le affermazioni dell'istante non possono essere accolte;"

**Autorità Nazionale Anticorruzione****DELIBERA N. 472 del 18 ottobre 2023  
UPREC/PRE/658/2023/S/PREC**

*"Appalto pubblico - Servizi - Servizio di refezione scolastica - CAM - Criteri ambientali minimi - Prezzo a base d'asta per singolo pasto- Discrezionalità tecnica - Congruità del prezzo- Valutazione"*

"In una procedura di affidamento di un servizio di refezione scolastica, l'individuazione del prezzo a base di gara per singolo pasto rientra nell'esercizio della discrezionalità tecnica della stazione appaltante, nel limite del rispetto dei criteri ambientali minimi e del principio di ragionevolezza e congruità. Nel caso in cui tale importo risulti, di fatto, superiore al costo medio stimato per pasto previsto dal D.M. 10 marzo 2020 sui nuovi Criteri Ambientali Minimi e la Stazione appaltante abbia reso noto l'iter logico seguito per la sua determinazione o, in ogni caso, abbia fornito elementi che permettono di verificarne la sostenibilità per gli operatori economici partecipanti alla gara, sussistono i presupposti per ritenere legittima la valutazione nell'ambito dell'esercizio della discrezionalità tecnica."

**Autorità Nazionale Anticorruzione****DELIBERA N. 471 del 18 ottobre 2023  
UPREC/PRE/714/2023/S/PREC**

*"Il cd. vincolo di partecipazione ad uno o più lotti non rientra nel novero delle cc.dd. clausole escludenti, sicché, in mancanza della presentazione della domanda di partecipazione alla gara, l'operatore economico non è legittimato a contestarne la previsione"*

"... va effettivamente riconosciuta, nel vincolo di partecipazione, l'assenza di una condizione impeditiva della partecipazione alla gara. In particolare, l'interesse alla contestazione di un tale vincolo non può che sorgere a valle della procedura di gara, quando l'operatore economico, che abbia presentato regolare offerta per uno dei lotti, non riesca ad ottenere il bene della vita cui aspira, ovvero l'aggiudicazione; solo in una tale evenienza, l'impresa è titolare dell'interesse strumentale alla riedizione della procedura, non anche in una fase prodromica della gara, ove è certamente in grado di scegliere il lotto di suo maggior interesse. Pertanto, sotto tale profilo, l'istanza non è ammissibile per difetto di legittimazione attiva e carenza di interesse concreto al rilascio del parere, non avendo l'istante presentato alcuna offerta; ..."

**Autorità Nazionale Anticorruzione****DELIBERA N. 449 del 3 ottobre 2023  
UPREC/PRE/651/2023/S/PREC**

*"In relazione al contributo a favore dell'ANAC, il soccorso istruttorio può essere utilizzato solo per comprovare l'avvenuto pagamento entro la scadenza dei termini per la presentazione dell'offerta e non già per effettuare tardivamente il versamento dovuto"*

"... l'obbligo di versamento del contributo ANAC trae fondamento dall'art. 1, comma 67, della L. 266/2005, ai sensi del quale "L'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, cui è riconosciuta autonomia organizzativa e finanziaria, ai fini della copertura dei costi relativi al proprio funzionamento di cui al comma 65 determina annualmente l'ammontare delle contribuzioni ad essa dovute dai soggetti, pubblici e privati, sottoposti alla sua vigilanza, nonché le relative modalità di riscossione, ivi compreso l'obbligo di versamento del contributo da parte degli operatori economici quale condizione di ammissibilità dell'offerta nell'ambito delle procedure finalizzate alla realizzazione di opere pubbliche"; ... e l'Autorità, sia nel bando tipo n. 1/2021 sia in diversi pareri, ha aderito al primo dei citati orientamenti giurisprudenziali, ritenendo ammissibile il soccorso istruttorio solo per dimostrare l'avvenuto pagamento del contributo di gara entro il termine di scadenza per la presentazione delle offerte e non già per effettuare tardivamente il pagamento dovuto (delibera n. 212/2022; delibera n. 765/2021; delibera n. 151/2023). Anche nella FAQ 1.2 relativa al nuovo bando tipo n. 1/2023, l'Autorità ha precisato, in tema di conseguenze dell'omesso pagamento del contributo di gara, che "Qualora il pagamento non risulti dal sistema, la stazione appaltante può richiedere, mediante soccorso istruttorio, la regolarizzazione tramite inserimento nel FVOE della ricevuta di avvenuto pagamento avente data anteriore al termine fissato per la presentazione delle offerte. In caso di inottemperanza alla richiesta nel termine stabilito dalla stazione appaltante o di inserimento di ricevuta recante data successiva al termine per la presentazione delle offerte, l'offerta è dichiarata inammissibile. Relativamente al contributo ANAC il soccorso istruttorio può infatti essere utilizzato per integrare la domanda con la produzione di atti o documenti attestanti fatti già avvenuti al momento della scadenza per la sua presentazione, risultando altrimenti non rispettata la scadenza medesima.";

# A Domanda Rispondiamo

A.  
D.  
R.

1

**L'istituto del silenzio assenso (ex lege n. 241/1990) è applicabile alla verifica del possesso dei requisiti o l'adozione del provvedimento di aggiudicazione presuppone, affinché sia efficace, l'acquisizione di tutti i certificati?**

L'istituto del silenzio assenso non è applicabile alla verifica del possesso dei requisiti dell'operatore finalizzata alla proposta di aggiudicazione, così come i controlli non possono essere effettuati dopo questa fase. L'ANAC nel Parere della funzione consultiva del 15 novembre 2023, n. 57 ha esplicitato l'obbligo per la stazione appaltante di svolgere gli opportuni accertamenti in ordine al reale possesso dei requisiti di partecipazione, prima dell'aggiudicazione e della successiva stipula del contratto, come ha anche confermato il recente parere del MIT n. 2075/2023: «Alla luce delle previsioni sopra richiamate [art. 17, comma 5, d.lgs. 36/2023] .... è possibile procedere all'aggiudicazione solo DOPO che la stazione appaltante abbia verificato il possesso dei requisiti. Nel caso di inutile decorso del termine generale di 30 giorni, la procedura rimane ferma e l'eventuale aggiudicazione non acquista efficacia fintanto che non perviene la documentazione richiesta che può essere comunque sollecitata.

2

**In caso di subcontratti, soggetti solo a comunicazione da parte dell'operatore economico, come si deve comportare l'amministrazione in tema di verifiche antimafia?**

Il parere del MIT del 05/09/23 ha chiarito che l'obbligo sussiste anche in tal caso in quanto l'art. 83 comma 1 del d.lgs. 159/11 prevede che le amministrazioni acquisiscano la documentazione antimafia di cui all'art. 84 prima di stipulare, approvare o autorizzare contratti e subcontratti relativi a lavori, servizi e forniture pubblici.

3

**Nei servizi sociali esiste spazio per gli affidamenti diretti?**

Le regole relative all'affidamento, tramite appalto o concessione, dei servizi alla persona sono contenute nell'art. 128 del codice, il quale per l'affidamento e l'esecuzione dei contratti di importo inferiore alla soglia eurocomunitaria precisa che *"si applicano i principi e i criteri di cui al comma 3, il quale prevede che "l'affidamento deve garantire la qualità, la continuità, l'accessibilità, la disponibilità e la completezza dei servizi, tenendo conto delle specifiche esigenze delle diverse categorie di utenti, compresi i gruppi svantaggiati e promuovendo il coinvolgimento e la responsabilità degli utenti"*. La norma, come si evince dalla lettura del testo, non fa alcun riferimento alle regole degli affidamenti sotto-soglia di cui agli artt. 48 e ss. del codice dei contratti pubblici. In base a quanto si evince dal parere MIMS 2103 del 05/07/2023, per i servizi sociali occorre sempre e comunque effettuare l'affidamento competitivo, applicando il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e, dunque, attivando una procedura selettiva e competitiva, in assenza della quale applicare tale criterio non è possibile, perché se non vi è gara (come nel caso dell'affidamento diretto) non si possono applicare criteri di gara.

## 4 Per i contratti relativi alle procedure indette dal 01/01/23 come viene assolta l'imposta di registrazione?

L'Agenzia delle Entrate con la Risposta n. 446/2023 all'interpello relativo all'applicazione dell'imposta di registrazione sui contratti d'appalto, ha stabilito che in relazione alla fase di registrazione non sia dovuta ulteriore imposta di bollo rispetto a quella da assolvere al momento della stipula del contratto secondo le modalità indicate dall'Allegato I.4 al Codice dei Contratti, richiamato dall'articolo 18, comma 10. Conclusione cui si addivene da quanto previsto nella circolare 22/E è secondo il quale, il contratto rogato o autenticato da un notaio o altro pubblico ufficiale e venga registrato con la procedura telematica di cui all'articolo 3bis del decreto legislativo 18 dicembre 1997, n. 463, l'imposta di bollo è versata con le modalità telematiche previste dalla richiamata procedura, unitamente agli altri tributi dovuti, nella nuova misura stabilita dal Codice dei contratti pubblici.

## 5 Può l'operatore economico giustificare in sede di anomalia dell'offerta un errore formale nell'indicazione dei costi della manodopera e della sicurezza nell'offerta economica?

Con il parere di precontenzioso n. 101 del 15/03/2023 l'Autorità ha stabilito quanto segue: "Non può essere escluso da una procedura di gara l'operatore economico che, avendo commesso un errore formale in ordine ai costi della manodopera e agli oneri della sicurezza aziendali dichiarati nell'offerta economica presentata, **consistente nella indicazione di tali costi su base annuale e non rapportata all'intera durata del contratto**, fornisca, nell'ambito del subprocedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta, chiarimenti e giustificativi idonei a dimostrare che le suddette voci sono state tenute in debita considerazione nell'offerta economica presentata."

Pertanto, l'Amministrazione sarebbe tenuta a considerare e a valutare gli elementi forniti in fase di verifica dell'anomalia, atteso che l'attendibilità del costo della manodopera deve essere, in ogni caso, accertata nella sede propria del procedimento di verifica della congruità dell'offerta.

## 6 Quale il criterio di aggiudicazione da adottare per l'affidamento dei contratti dei servizi di ingegneria e architettura di importo pari o superiore a 140.000 euro?

Con parere di precontenzioso del 13/10/2023, l'Anac ha chiarito che "la ripetitività e standardizzazione costituiscono attributi che mal si conciliano con le prestazioni di servizi di ingegneria e architettura, atteso che la loro ingegnerizzazione comprende attività che richiedono un patrimonio di cognizioni specialistiche per la risoluzione di problematiche non standardizzate, o la ideazione di soluzioni progettuali personalizzate; peraltro, anche in relazione all'affidamento del servizio di coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione, appaiono certamente individuabili criteri di valutazione (ad es. le caratteristiche e modalità di espletamento del servizio, i tempi e la frequenza di presenza del coordinatore sul cantiere, i rapporti con la stazione appaltante e la direzione lavori) idonei a rendere un'offerta preferibile ad un'altra."

L'ANAC ha dunque concluso che il criterio di aggiudicazione del minor prezzo per l'affidamento dei servizi di ingegneria, anche con riferimento al coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione, non è conforme alla normativa di settore, non apparendo possibile riconoscere ai servizi di ingegneria, ed in particolare ai servizi di coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione, la natura di servizio standardizzato."

## 7

**Quali le nuove soglie comunitarie in vigore dal 1 gennaio 2024?**

Le nuove soglie aggiornate risulteranno le seguenti:  
**SETTORI ORDINARI**: 143.000 euro per gli appalti pubblici di forniture e di servizi aggiudicati dalle autorità governative centrali e per i concorsi di progettazione organizzati da tali autorità; 221.000 euro per gli appalti pubblici di forniture e di servizi aggiudicati da amministrazioni aggiudicatrici sub-centrali e concorsi di progettazione organizzati da tali amministrazioni; 5.538.000 euro per gli appalti di lavori pubblici.

**SETTORI SPECIALI**: 443.000 euro per gli appalti di forniture e di servizi nonché per i concorsi di progettazione; 5.538.000 euro per gli appalti di lavori.

**CONCESSIONI**: 5.538.000 euro.

**SETTORI DELLA DIFESA E DELLA SICUREZZA**: 443.000 euro per gli appalti di forniture e servizi; 5.538.000 euro per gli appalti di lavori.

**In caso di risoluzione di un contratto d'appalto l'affidamento dell'esecuzione o del completamento delle prestazioni mediante scorrimento della graduatoria avviene sempre alle condizioni proposte dall'originario affidatario?**

## 8

In caso di risoluzione del contratto ai sensi dell'articolo 122 del codice le stazioni appaltanti interpellano progressivamente i soggetti che hanno partecipato all'originaria procedura di gara, risultanti dalla relativa graduatoria, per stipulare un nuovo contratto per l'affidamento dell'esecuzione o del completamento dei lavori, servizi o forniture, se tecnicamente ed economicamente possibile. L'affidamento ai sensi dell'art. 124 comma 2 del D.Lgs. n. 36/2023 avviene alle medesime condizioni già proposte dall'originario aggiudicatario in sede in offerta o laddove espressamente previsto nei documenti di gara alle condizioni proposte dall'operatore economico interpellato.

## 9

**Con il nuovo codice degli appalti si prevede ancora l'obbligo di iscrizione al Casellario delle società di ingegneria e professionali?**

Con il Comunicato del Presidente del 27/06/23 l'Autorità ha dichiarato la cessazione del funzionamento del Casellario delle società di ingegneria e professionali ex articolo 6 del decreto del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti n. 263/2016.

Ciò in quanto a decorrere dall'entrata in vigore del d.lgs. 36/23 non troverà più applicazione quanto previsto dal D.M. n. 263 del 2 dicembre 2016, in merito ai dei requisiti che devono possedere gli operatori economici per l'affidamento dei servizi di architettura e ingegneria e individuazione dei criteri per garantire la presenza di giovani professionisti, in forma singola o associata, nei gruppi concorrenti ai bandi relativi a incarichi di progettazione, concorsi di progettazione e di idee, ai sensi dell'articolo 24, commi 2 e 5 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50» e, in particolare, la previsione di cui all'articolo 6 che individua gli obblighi di comunicazione all'ANAC, ai fini dell'inserimento nel Casellario delle società di ingegneria e professionali, dei dati e delle informazioni ivi previsti. La parte V dell'Allegato II.12 non contempla più, difatti, gli obblighi di comunicazione all'Anac ai fini dell'inserimento nel Casellario, dei dati e delle informazioni ivi previste.



# I consorzi stabili ed i requisiti di qualificazione



IN  
PIL  
LOLE

Ultimo oggetto di approfondimento da parte dell'Autorità Nazionale Anticorruzione e di orientamento espresso dalla giurisprudenza odierna, riguarda la dibattuta questione sul possesso dei requisiti di qualificazione in capo ai consorzi stabili e della possibilità o meno di designare per l'esecuzione, un componente il raggruppamento sprovvisto dei requisiti necessari. La disamina tiene conto delle previsioni riportate sia nel previgente d.lgs. 50/2016 che nel nuovo codice d.lgs. 36/2023.

Il d.lgs. 50/2016 all'art 45 comma 2 lettera c) individuava la definizione e la natura giuridica dei consorzi stabili, prevedendo che: *"Rientrano nella definizione di operatori economici i seguenti soggetti: ... c) i consorzi stabili, costituiti anche in forma di società consortili ai sensi dell'art 2615-ter del codice civile, tra imprenditori individuali, anche artigiani, società commerciali, società cooperative di produzione e lavoro. I consorzi stabili sono formati da non meno di tre consorziati che, con decisione assunta dai rispettivi organi deliberativi, abbiano stabilito di operare in modo congiunto nel settore dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture per un periodo di tempo non inferiore a cinque anni, istituendo a tal fine una comune struttura di impresa"*.

Si evince, ad una prima lettura, di come il consorzio sia riconosciuto come soggetto giuridico autonomo, costituito in forma collettiva, che opera per il tramite con le imprese associate, in base ad un rapporto organico e che proprio per questo può giovare dei requisiti di idoneità tecnica e finanziaria, delle stesse consorziate assorbendo a sé tutti gli aspetti relativi alla qualificazione.

Si dà vita, così, ad una stabile struttura di impresa collettiva, la quale rimane distinta ed autonoma rispetto alle aziende dei singoli imprenditori ed è strutturata, quale azienda consortile, nell'eseguire anche in proprio, le prestazioni affidate a mezzo contratto.

Come si può evincere dalla sentenza del Consiglio di Stato del 27 novembre 2023, n.10144, tale risulta essere la posizione assunta dall'orientamento giurisprudenziale che ritiene percorribile la via per la quale nelle procedure di gara, i consorzi (stabili nel nostro caso), possono utilizzare, ai fini della qualificazione, tanto i requisiti maturati in proprio, tanto quelli delle imprese consorziate.

Nell'analizzare il caso, il Consiglio, respingendo il ricorso proposto contro l'aggiudicazione di un affidamento di lavori tramite accordo quadro in

favore di un operatore economico, che non sarebbe stato in possesso dell'attestazione SOA richiesta per l'esecuzione di un appalto, ha fatto richiamo all'art 225, comma 13, d.lgs. 36 del 2023, nel quale si legge che: *"... relativamente ai consorzi di cui all'art 45 comma 2, lettera c), ai fini della partecipazione alle gare e dell'esecuzione si applica il regime di qualificazione previsto dall'articolo 36, comma 7, del codice dei contratti pubblici relativi ai lavori, servizi e forniture...l'articolo 47, comma 2-bis, di cui al decreto legislativo n. 50 del 2016, si interpreta nel senso che, negli appalti di servizi e forniture, la sussistenza in capo ai consorzi stabili dei requisiti richiesti nel bando di gara per l'affidamento di servizi e forniture è valutata a seguito della verifica dell'effettiva esistenza dei predetti requisiti in capo ai singoli consorziati, anche se diversi da quelli designati in gara"*.

Da ciò derivando che se il consorzio stabile nelle procedure di gara è già in possesso in proprio dei requisiti partecipativi richiesti dalla legge, a nulla rileva l'assenza della qualificazione SOA in capo alla consorziata esecutrice dei lavori.

Difatti, la particolarità di tali consorzi sta proprio nella loro struttura, in particolare essi si presentano come soggetti dotati di autonoma personalità giuridica, distinta dalle imprese consorziate, ma che si configurano allo stesso tempo come aggregazioni di soggetti che nascono da un'esigenza comune di cooperazione ed assistenza reciproca e che, operando come un'unica impresa, si manifestano all'esterno come un soggetto distinto.

La pronuncia, quindi, conferma l'orientamento che va lentamente consolidandosi per cui il "cumulo alla rinfusa" possa essere applicato per tutti quei requisiti di capacità tecnica e finanziaria. Il Consiglio difatti rileva anche che il Codice del 2023, all'art 67, "ha ammesso, in sostanza, in maniera generica e senza limitazioni il cumulo alla rinfusa" con la conseguenza che sia sotto la vigenza del Codice del 2023 che sotto la vigenza del Codice del 2016, il consorzio stabile può dimostrare il possesso dei requisiti "anche mediante il cumulo dei requisiti delle imprese consorziate, a prescindere dal fatto che le stesse siano designate o meno in gara per l'esecuzione del contratto d'appalto".

Parere difforme si evince, invece, dalla nota dell'ANAC n.470 del 18 ottobre 2023 con la quale viene precisato che, in una gara pubblica un consorzio stabile non può, per l'esecuzione dei lavori, designare una consorziata sprovvista di

qualificazione, in quanto in questa circostanza dovrebbe essere escluso dalla gara; tale conseguenza si verifica anche se il consorzio stabile possiede in proprio la qualificazione.

Le considerazioni mosse dall'ANAC derivano da un'istanza avanzata da una società nell'ambito della procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara per il rifacimento dell'impianto elettrico ed antincendio del Palazzo di Giustizia di Crotone in Calabria.

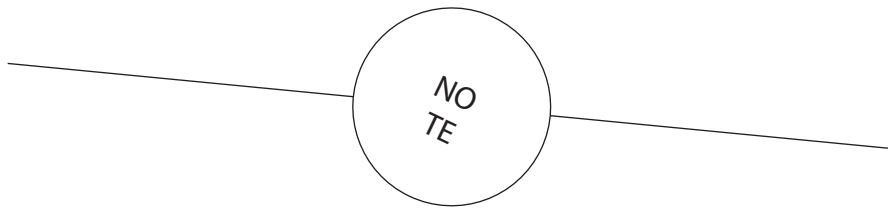
Nel caso di specie, la società aveva chiesto se fosse legittima l'ammissione in gara di tre consorzi stabili che avevano designato, quali imprese esecutrici, consorziate sprovviste dei requisiti di qualificazione richiesti dalla lettera di invito.

In fase di verifica della documentazione amministrativa, il Punto Istruttore designato aveva proposto al RUP l'esclusione dei tre consorzi che avevano indicato come imprese esecutrici, tre consorziate sprovviste dei requisiti di qualificazione richiesti. Tuttavia, il RUP, in seguito ad un'istruttoria, aveva deciso di ammettere alla successiva fase tutti i partecipanti e, all'esito dell'apertura delle offerte economiche, aveva proposto l'aggiudicazione in favore di taluno di essi.

La tesi sostenuta dall'ANAC fornisce importanti indicazioni sull'importanza della qualificazione nelle procedure di gara. In particolare, si sottolinea come sia responsabilità della stazione appaltante valutare la sussistenza dei requisiti di qualificazione da parte dei consorzi ammessi alla fase di apertura delle offerte economiche. Questo elemento viene ribadito anche nelle delibere n. 74 del 22 febbraio 2023 e n.184 del 3 maggio 2023.

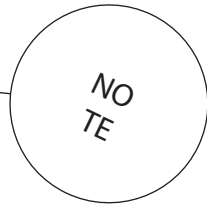
Sicuramente lo scenario giuridico che ruota da tempo attorno a tale istituto rimane ancora aperto e dibattuto. Si è passati di legislazione in legislazione senza ricevere certezze alcune in merito alla questione oggetto della nostra disamina.

Ciò che possiamo auspicarci per il futuro, è che presto venga dettata una linea comune che possa colmare quelle che sono le incertezze rimaste sulla tematica.



A series of 20 horizontal dotted lines for writing.

Mediappalti



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](http://www.mediappalti.it)**

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

**MEDIAAPPALTI**

Publicità: [pubblicita@mediappalti.it](mailto:pubblicita@mediappalti.it)

Servizio Abbonamenti: [abbonamenti@mediappalti.it](mailto:abbonamenti@mediappalti.it)

**Medi  
Graphic**

Redazione: Mediagraphic s.r.l.

Via Palmitessa, 40 - 76121 Barletta (BT)

Tel. 0883.527171 - Mail: [redazione@mediappalti.it](mailto:redazione@mediappalti.it)

# i seminari in programma 2024

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

## PERCORSI DI ALTA FORMAZIONE

Il Codice dei Contratti nella fase di attuazione - II Edizione  
20 Febbraio, Roma, 4 incontri

Il nuovo codice dei Contratti Pubblici in Italia  
Percorso di Alta Formazione in appalti e concessioni alla luce delle novità introdotte dal Nuovo Codice dei contratti - XV Edizione  
11 Marzo, Webinar, 15 incontri

Il nuovo codice dei Contratti Pubblici in Sardegna.  
Percorso di alta formazione in appalti e concessioni alla luce delle novità previste dal Nuovo Codice dei contratti.  
18 Marzo, Webinar, 13 incontri

Il Codice dei Contratti nella fase di attuazione - III Edizione  
19 Marzo, Cagliari, 3 incontri

## APPALTI PUBBLICI

Il nuovo Codice dei contratti pubblici alla luce della prima giurisprudenza  
19 Gennaio, Bologna

L'attività di verifica dei requisiti: le modalità operative, il FVOE e gli aspetti più controversi. Focus sui requisiti di ordine generale e sugli altri requisiti di partecipazione alla gara, sulla documentazione e le modalità con cui richiederli  
31 Gennaio, Webinar

L'ABC degli appalti pubblici: applicazione del nuovo codice alla luce delle prime interpretazioni giurisprudenziali e circolari interpretative. La normativa, i soggetti, la procedura, la documentazione, gli adempimenti  
12 Febbraio, Webinar, 3 incontri

La digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti. Cosa cambia dal 1/1/24. Le novità più importanti in merito alla digitalizzazione degli appalti pubblici  
13 Febbraio, Webinar

Corso pratico sul monitoraggio delle opere pubbliche.  
Come gestire al meglio l'adempimento  
16 Febbraio, Webinar

I protagonisti della procedura di gara. Focus sul RUP  
20 Febbraio, Roma  
19 Marzo, Cagliari

Analisi dei contratti sotto soglia  
05 Marzo, Roma  
23 Aprile, Cagliari

Come gestire una procedura di gara  
09 Aprile, Roma

Le modifiche contrattuali durante il periodo di efficacia  
19 Dicembre 2023, Roma  
16 Aprile, Roma  
14 Maggio, Cagliari

## PROJECT MANAGEMENT

Corso base + Corso avanzato di Project Management. Corsi Propedeutici alle qualificazioni ISIPM- Base® e ISIPM-Av® per RUP, funzionari e dirigenti di P.A., e società partecipate  
19 Febbraio, Webinar, 14 incontri

Corso base di Project Management (ISIPM-Base®). Per RUP, funzionari e dirigenti di P.A., e società partecipate (ISIPM-Base®) - XXXII edizione  
19 Febbraio, Webinar, 6 incontri  
10 Aprile, Roma, 3 incontri

Corso avanzato di Project Management (ISIPM-Avanzato®) Metodologie e strumenti per una corretta gestione di progetti e del PNRR - XII Edizione  
10 Maggio, Webinar, 8 incontri

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



**Un nuovo obiettivo: un senso profondo!**



sulla  
**Corte dei Conti**

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

*Medi*  
*Graphic*  
**MEDIAAPPALTI**

Rubrica bimestrale  
a cura di  
Stefano Usai

dicembre  
**2023**

allegato alla Rivista mensile  
MediAppalti

## sommario

---

Applicazione dell'articolo 45 (in tema di incentivi) a fattispecie  
**avviate prima dell'efficacia del nuovo codice**  
**(Corte dei Conti, sez. regionale Abruzzo deliberazione n. 332/2023)**

1. Il quesito
2. L'analisi
3. L'applicazione della nuova norma

3

---

**Assicurazione per responsabilità civile dipendenti e nuovo codice**  
**(Corte dei Conti, sez. regionale Piemonte n. 89/2023)**

1. Il quesito
2. La tematica delle polizze assicurative
3. La colpa lieve
4. L'obbligo della stipula delle polizze assicurative

6

---

**La P.A. può acquisire un bene gravato da ipoteca?**  
**(Corte dei Conti, sez. regionale Piemonte, deliberazione n. 90/2023)**

1. Il quesito
2. L'analisi: l'acquisizione di beni immobili
3. L'acquisizione di un immobile gravato da ipoteca
4. Considerazioni pratiche

9

---



# Applicazione dell'articolo 45 (in tema di incentivi) a fattispecie avviate **prima dell'efficacia del nuovo codice**

---

## 1. Il quesito

Il decreto legislativo 36/2023 (nel prosieguo solo nuovo codice dei contratti), come noto, pone la questione della nuova disciplina in materia di incentivi per funzioni tecniche (art. 45) ed in particolare – come emerge dal quesito posto da una amministrazione della regione -, gli aspetti relativi all'applicazione considerato che il nuovo codice è divenuto efficace al primo luglio 2023.

Con il quesito, quindi, si "richiede pertanto autorevole parere sulla possibilità di erogare l'incentivo per le figure interessate (e.g. RUP, direttore dei lavori, il direttore dell'esecuzione del contratto, collaudatore ecc....) in quelle concessioni nate con il vecchio Codice ma con fase esecutiva completamente collocata nel periodo di vigenza del nuovo, considerando che l'arresto all'incentivazione per le concessioni derivava esclusivamente da un limite normativo, oggi rimosso dal nuovo Codice, e che i potenziali destinatari dell'incentivo svilupperanno un'attività d'ufficio, proprio quella che dovrebbe essere incentivata, almeno pari a quella profusa negli appalti". Quesito a cui la sezione fornisce importante riscontro con la deliberazione n. 332/2023.

Viene in evidenza se sia possibile o meno, evidentemente e si anticipa, la sezione risponde negativamente, di una applicazione retroattiva delle norme sicuramente più favorevoli sul tema degli incentivi.

## 2. L'analisi

Il collegio rileva che con la nuova norma (art. 45) rispetto alla pregressa disposizione (art. 113), il legislatore ha allargato il perimetro dei soggetti ai quali erogare gli incentivi, facendo riferimento non più ai soli appalti di lavori, servizi e forniture, ma, più in generale, alle procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture. Si tratta di una delle novità di maggior rilievo.

Praticamente, con il nuovo codice viene meno il riferimento alla "gara" che condizionava l'erogazione degli incentivi che non potevano, ad esempio, essere previsti nel caso dell'affidamento diretto puro o nella concessione/*project financing* ovvero nelle fattispecie che non potevano essere assimilate alla gara "vera" e propria (intendendosi in questo senso anche una micro competizione tra operatori economici).

Nella deliberazione la stessa sezione prende atto che anche la "Relazione agli articoli e agli allegati" – allegata al nuovo impianto normativo -, di accompagnamento al d.lgs. n. 36 del 2023, chiarisce che la finalità della norma è "quella di stimolare, attraverso la corretta erogazione degli incentivi, l'incremento delle professionalità interne all'amministrazione e il risparmio di spesa per mancato ricorso a professionisti esterni" ed in particolare, con riferimento all'articolo 45 viene affermato che "Il comma 1 stabilisce che le risorse per remunerare le attività tecniche gravano sugli stanziamenti relativi alle procedure di affidamento, estendendo la previsione alle attività tecniche relative a tutte le procedure e non solo all'appalto. Si superano, in tal modo, le difficoltà discendenti dalla vigente formulazione che, a parità di funzioni tecniche svolte, consentiva l'erogazione dell'incentivo ai dipendenti solo in caso di appalti ed escludeva tutte le altre procedure e gli affidamenti diretti".

Sul punto, secondo i giudici, è determinante che quanto si legge nell'allegato I.1 ("Definizioni dei soggetti, dei contratti, delle procedure e degli strumenti") al nuovo codice dei contratti pubblici in cui si registra una esplicita **inclusione dei contratti di concessione**. Infatti, nell'indicazione dei soggetti citati dall'art. 45 viene definito come ". .b) «ente concedente», qualsiasi amministrazione aggiudicatrice o ente aggiudicatore, ovvero altro soggetto, pubblico o privato, che affida contratti di concessione di lavori o di servizi e che è comunque tenuto, nella scelta del contraente, al rispetto del codice".

Da queste premesse, non si può dubitare che l'art. 45 "includa anche le concessioni di lavori e servizi, nell'ambito delle procedure di affidamento per la retribuzione degli incentivi per funzioni tecniche".

## 3. L'applicazione della nuova norma

Spiegato che con il nuovo codice si assiste ad una estensione/ampliamento dell'ambito oggettivo delle fattispecie che consentono l'erogazione degli incentivi viene in considerazione la questione applicativa. Nel caso posto con il quesito la concessione è sorta (il contratto è stato siglato) sotto l'egida della pregressa disciplina la lo sviluppo (la sua esecuzione) avviene in regime (in efficacia) del nuovo codice dei contratti.

### Applicazione dell'articolo 45 (in tema di incentivi) a fattispecie avviate prima dell'efficacia del nuovo codice

L'aspetto in parola, riconosce il collegio, non risulta disciplinato con il nuovo codice nonostante un sostanzioso apparato di disposizioni che disciplinano il momento transitorio (il passaggio dalla pregressa disciplina a quella più recente).

In questo senso, ricorda la deliberazione, dispone ad esempio l'articolo 226 "Abrogazioni e disposizioni finali" prevede al comma 2 in cui si chiarisce che "a decorrere dalla data in cui il codice acquista efficacia ai sensi dell'articolo 229, comma 2 (nda ovvero dal 1° luglio 2023), le disposizioni di cui al decreto legislativo n. 50 del 2016 continuano ad applicarsi esclusivamente ai procedimenti in corso.

**A tal fine, per procedimenti in corso si intendono, le procedure e i contratti per i quali i bandi o avvisi con cui si indice la procedura di scelta del contraente siano stati pubblicati prima della data in cui il codice acquista efficacia il legislatore ha, dunque, inteso assoggettare alla vecchia regolamentazione tutti i procedimenti iniziati prima del 30 giugno: di conseguenza, l'esecuzione del contratto quale parte del procedimento avviato in vigore del vecchio codice resterà disciplinata da quest'ultimo.**

Come si è evidenziato "nessun cenno viene fatto in merito alla distinzione tra rapporti negoziali e disciplina delle regole di fruizione del fondo incentivante, poiché il legislatore fa riferimento in maniera unitaria alle procedure iniziate".

Nel caso poi di ulteriore applicazione di alcuna norma, l'articolo 225 contiene un chirurgico richiamo agli articoli che devono essere applicati – in luogo delle norme omologhe del nuovo codice -, fino al 31 dicembre 2023 e tra queste non risulta coinvolto l'articolo 45 nel senso che su questa disposizione, relativa come si è detto agli incentivi, il legislatore non ha stabilito nessuna diversa applicazione temporale imponendo la sua applicazione solo alle procedure avviate, come visto sopra, a far data dall'efficacia del codice ovvero dal 1° luglio 2023.

Ed in delibera sul punto si legge che "Il legislatore ha considerato gli effetti dell'introduzione del nuovo codice sulle differenti fattispecie in essere, disciplinandone puntualmente il periodo transitorio: non ricomprendendo tra queste l'art. 45 del nuovo codice, ha di fatto confermato l'applicazione dell'art. 113 del d.lgs. 50 del 2016 per tutta la durata della procedura".

Alla luce di quanto e del principio di carattere generale "di elaborazione giurisprudenziale del *"tempus regit actionem"* che deve ritenersi "valido ogniqualvolta la normativa vigente al momento in cui prende avvio il procedimento amministrativo renda inapplicabile lo *ius superveniens* (Sezione autonomie Del n. 16/2021/QMIG) non v'è dubbio che l'applicazione del nuovo articolo non possa riguardare fattispecie avviate prima della sua efficacia anche se si sviluppano in un momento successivo.

In ragione di quanto espresso, puntualizza il collegio, "la Sezione ritiene che il contratto di concessione nato in vigore del d.lgs. n. 50 del 2016, pur sviluppando la sua intera fase esecutiva negli anni di vigore del nuovo codice dei contratti pubblici, resti assoggettato, per quanto concerne l'erogazione degli incentivi per funzioni tecniche, alla disciplina dettata dal medesimo codice precedente".

# Assicurazione per responsabilità civile dipendenti e nuovo codice

---

## 1. Il quesito

Nel quesito posto alla sezione regionale del Piemonte (con riscontro fornito con la deliberazione n. 89/2023) vengono richiesti dei chiarimenti circa la possibilità – ai sensi del nuovo codice dei contratti - ,“di stipulare, con oneri a carico dell’ente, specifica polizza assicurativa per responsabilità civile professionale per il dipendente pubblico incaricato della verifica della progettazione”.

Il quesito, si legge ancora nella deliberazione, è determinato dal fatto che diverse disposizioni del codice non risulterebbero chiare nell’ammettere detta possibilità.

Più nel dettaglio si evidenzia che “dalla lettura di talune disposizioni del citato” codice “(artt. 2 comma 4, 42 comma 5, 45 comma 7) e del relativo allegato I.7 (artt. 5 comma 1. lett. e) punti 9 e 10, 34 comma 1, 37 comma 3, 42 comma 2), l’ente evidenzia il permanere “di un’incertezza giuridica circa l’inclusione della polizza assicurativa per responsabilità civile e professionale del dipendente pubblico incaricato della verifica della progettazione fra le polizze obbligatorie per i dipendenti da stipulare con oneri a carico dell’ente, dovendo anche tenere conto della regola generale della responsabilità diretta dei pubblici dipendenti per i danni arrecati a terzi nell’esercizio delle funzioni.”

## 2. La tematica delle polizze assicurative

La sezione, prima di fornire il proprio parere, esamina la problematica delle polizze assicurative stipulate dalla stazione appaltante per la responsabilità civile dei propri dipendenti.

Il riferimento normativo di tale forma di responsabilità, si conferma nella deliberazione, lo si individua in primo luogo **nell’art. 28 della Costituzione** laddove, accanto alla regola della responsabilità diretta dell’agente pubblico (“i funzionari dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili, secondo le leggi penali, civili ed amministrative, degli atti compiuti in violazione dei diritti”) si aggiunge quella della responsabilità dell’Amministrazione basata **sul meccanismo civilistico della solidarietà passiva** (“la responsabilità civile si estende allo Stato e agli enti pubblici”).

In tema di responsabilità, poi, occorre rammentare che - per la responsabilità amministrativo/contabile (per danni erariali) - il dipendente pubblico risponde per danni ingiusti cagionati a terzi e che “l’azione di risarcimento nei suoi confronti può essere esercitata congiuntamente con l’azione diretta nei confronti dell’Amministrazione, qualora, in base alle norme ed ai principi vigenti dell’ordinamento giuridico, sussista anche la responsabilità dello Stato.”

Inoltre, l’amministrazione che abbia risarcito il “terzo del danno cagionato dal dipendente **si rivale**

agendo contro quest'ultimo a norma degli artt. 18 e 19...".

in generale, pertanto, si conferma la responsabilità diretta "del dipendente chiamato a rispondere del danno ingiusto cagionato a terzi con dolo o colpa grave (cfr. art. 23 D.p.r. n. 3/1957). A tale responsabilità si affianca poi quella solidale dell'amministrazione di appartenenza, rispetto alla quale, sotto il profilo dell'elemento soggettivo, vale invece il più ampio parametro della *culpa levis*".

### **3. La colpa lieve**

Sulla c.d. **colpa lieve** è bene puntualizzare ciò che la sezione annota visto che, nel caso di colpa lieve, viene chiamata a rispondere direttamente l'amministrazione e l'eventuale copertura assicurativa, pertanto, non riguarda il dipendente pubblico che, in caso di danno erariale indiretto, dovrà comunque rispondere (e detto tipo di danno non può essere oggetto di copertura assicurativa).

Ed a tal proposito, nella deliberazione si precisa che con riguardo a quest'ultima forma di responsabilità (colpa lieve) la stessa giurisprudenza contabile ha in particolare evidenziato che "un ente pubblico può assicurare esclusivamente quei rischi che rientrano nella sfera della propria responsabilità patrimoniale e che trasferiscono all'assicuratore la responsabilità patrimoniale stessa, ove si verifichi l'evento temuto, **mentre sarebbe priva di giustificazione e, come tale, causativa di danno erariale, l'assicurazione di eventi per i quali l'ente non deve rispondere e che non rappresentano un rischio per l'ente medesimo**". (Sez. giurisdizionale Regione Sicilia n. 734/2008)".

### **4. l'obbligo della stipula delle polizze assicurative**

La prima conferma fornita dalla sezione, in realtà già nota, è che il nuovo codice in taluni casi ha previsto fattispecie "che impongono a carico dell'ente l'obbligo di stipulare polizze assicurative a tutela dei propri interessi finanziari".

Più nel dettaglio, in tema di polizze assicurative, ricorda il collegio, sono stati reintrodotti dal legislatore alcuni riferimenti normativi a favore dell'obbligatorietà della stipula: il primo, di carattere generale, previsto dall'art. 2 comma 4, secondo cui "per promuovere la fiducia nell'azione, legittima, trasparente e corretta dell'amministrazione, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti adottano azioni per la copertura assicurativa dei rischi per il personale....."; altri, di carattere più puntuale, sono desumibili dagli artt. 42 e 45 del codice, in combinato disposto con la regolamentazione di dettaglio degli allegati I.7 e I.10.

Sebbene la formulazione dell'inciso normativo soprarichiamato, puntualizza la sezione, non risulti particolarmente puntuale nell'espressione "adottano azioni", **è tuttavia ragionevole** ricondurre l'obbligatorietà della prescrizione a tutte quelle fattispecie normative successive che impongono la sottoscrizione di polizze assicurative con oneri a carico della stazione appaltante.

Tra le fattispecie rilevanti hanno estremo rilievo le disposizioni di cui agli artt. 34 comma 2 (lett. c e d) e 37 comma 3 dell'Allegato I.7. La prima disposizione prevede infatti che l'attività di verifica della progettazione sia eseguita "c) per i lavori di importo inferiore alla soglia di cui all'articolo 14 del codice

e fino a 1 milione di euro, dagli uffici tecnici delle stazioni appaltanti.....” e “d) per i lavori di importo inferiore a 1 milione di euro, dal responsabile unico del progetto, anche avvalendosi della struttura di cui all’articolo 15, comma 6, del codice.”; mentre la seconda disposizione specifica che il soggetto incaricato dell’attività di verifica (nella fattispecie sopraindicata un dipendente pubblico) risulti munito “di adeguata polizza assicurativa per la copertura dei rischi legati alle attività professionali”, secondo le caratteristiche puntualmente determinate nel successivo art. 43, che pone una distinzione fra polizze limitate all’incarico di verifica e polizza professionali generali relative all’intera attività.

Un chiarimento, infine, di particolare pregio si trova **nell’allegato I.10 che**, per la prima volta, definisce in modo compiuto il catalogo delle funzioni che possono essere premiate con l’incentivo e tra queste viene ricompresa la “verifica del progetto” nell’alveo delle “attività tecniche” funzionali ad assicurare ai dipendenti la corresponsione degli incentivi finanziati “con stanziamenti previsti per le singole procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture” (cfr. art. 45 co. 1 D.lgs n. 36/2023). L’ultimo richiamo segnala, in specie, che una parte degli incentivi debba essere utilizzata “per la copertura degli oneri di assicurazione obbligatoria del personale” (cfr. art. 45 co. 5 e 7 lett. c del nuovo codice), ha confermato l’assunzione degli impegni di spesa a carico dell’Amministrazione.

Infine, sulla falsariga di quanto già previsto dagli artt. 42 comma 5 ultimo inciso e 45 comma 7 lett. c del nuovo codice, l’art. 5 comma 1 lett. “e” n.ro 10 dell’allegato I.7 ha ricompreso, **fra le somme a disposizione della stazione appaltante nell’ambito del “quadro economico** dell’opera o del lavoro” oggetto di progettazione, anche le spese di cui all’art. 45 comma 7 lett. c del codice relative “alla copertura degli oneri di assicurazione obbligatoria del personale”.

La conclusione, a questo punto ovvia, è che “Alla luce di ciò il Collegio ritiene non permangono ragioni ostative all’applicazione della regola speciale della copertura assicurativa a carico dell’Amministrazione per responsabilità civile professionale del personale”.

# **La P.A. può acquisire un bene gravato da ipoteca?**

---

## **1. Il quesito**

Un comune della regione pone alla sezione il quesito per cui “Ferma la necessità di un’approfondita istruttoria, che documenti la ragionevolezza e l’utilità dell’acquisto del bene immobile, la finalità pubblica perseguita e i costi/benefici dell’operazione” l’ente “può accettare la cessione a titolo gratuito di bene immobile (un’esigua porzione di sedime stradale già utilizzato ad uso pubblico) disposta a suo favore da un privato se il bene è gravato di ipoteca o è tenuto in ogni caso a richiedere al privato la cancellazione dell’ipoteca a sue spese?”.

Viene in considerazione, pertanto, e la sezione fornisce pronta risposta con la deliberazione n. 90/2023) la possibilità di “gravarsi” con l’acquisizione di una ipoteca che potrebbe esporre l’ente ad una successiva richiesta (e perdere il bene) da parte del creditore. La lettura delle deliberazioni è importante visto che si tratta di casistica che, spesso, in particolare gli uffici tecnici (e più in generale il responsabile del patrimonio) devono affrontare.

## **2. L'analisi: l'acquisizione di beni immobili**

Il collegio evidenzia che il quesito ha due differenti aspetti che meritano analisi separata. La prima questione è quella della legittimità dell'acquisizione di un bene immobile. Sul punto, si anticipa nulla osta.

E nella deliberazione, infatti si legge che in materia di acquisti immobiliari da parte degli enti locali, "in linea generale, non si rilevano impedimenti di tipo legislativo".

I giudici ricordano i passaggi normativi ed in particolare l'art. 12, comma 1 ter, del decreto - legge 6 luglio 2011, n. 98, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 luglio 2011, n. 111, che ha subordinato l'acquisto di immobili, a decorrere dal primo gennaio 2014, a una previa valutazione da parte dell'Ente della sua indispensabilità e indilazionabilità nonché ad una attestazione di congruità del prezzo di acquisto da parte dell'Agenzia del Demanio. Le limitazioni in parola, dell'autonomia negoziale degli enti territoriali sono venute meno, "a decorrere dall'anno 2020, per effetto dell'art. 57, comma 2, lettera f) del decreto legge 26 ottobre 2019, n. 124, convertito, con modificazioni, dalla legge 19 dicembre 2019, n.157, secondo il quale:" a decorrere dall'anno 2020, alle regioni, alle province autonome di Trento e di Bolzano, agli enti locali e ai loro organismi e enti strumentali, come definiti dall'art. 1, comma 2, del decreto legislativo 23 giugno 2011, n.118, nonché ai loro enti strumentali in forma societaria cessano di applicarsi le seguenti disposizioni in materia di contenimento e riduzione della spesa (.....): f) articolo 12, comma 1 ter, del decreto legge 6 luglio 2011, n.98, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 luglio 2011, n.111".

Pertanto, stante l'attuale impianto normativo, "gli enti locali possono acquistare beni immobili senza necessità di dimostrare il carattere indispensabile e indilazionabile dell'acquisto e la congruità del prezzo (Corte dei conti, Sez. Campania, n.52/2021/PAR e Sez. Puglia, n.99/2020/PAR)". Evidentemente, poi, nessun problema si pone se l'acquisto è a titolo gratuito.

Ovviamente, si poteva tacere il fatto che "L'acquisto di un immobile, tuttavia, anche senza la corresponsione di un prezzo, comporta alcuni oneri per l'ente cessionario: a titolo esemplificativo, oneri di manutenzione, ordinaria e straordinaria, e responsabilità derivante dal titolo di proprietà sulla cosa (art. 2051 c.c.). Ne deriva, quindi, che gli atti coi quali l'Amministrazione disporrà l'acquisto dovranno essere sorretti da una idonea istruttoria che valuti l'utilità pubblica del bene e da una congrua motivazione che dia atto del rispetto dei principi generali che regolano l'azione amministrativa, così come positivizzati nell'art. 1, comma 1, della legge 241/90, e come delineati dagli artt. 81 e 97, Cost."

## **3. L'acquisizione di un immobile gravato da ipoteca**

L'aspetto, evidentemente di maggior rilevanza, riguarda però la possibilità di farsi carico, nell'acquisizione, di una ipoteca e quindi di una posizione creditoria rafforzata che può esporre l'ente a importanti responsabilità.



L'analisi, in questo caso, prende le mosse dalla questione della possibilità, o meno, del rilascio – da parte dell'ente pubblico -, di garanzie.

La disciplina, in questo caso, si rinviene direttamente nell'art. 207, D.lgs. 267/2000 e dall'art. 3, comma 17, della legge 24 dicembre 2003, n.350.

Queste disposizioni, "tuttavia, non prevedono espressamente il rilascio di ipoteca, ma, anzi, l'art. 207 Tuel prevede esclusivamente la disciplina per il rilascio di fideiussione. Il prevalente orientamento della giurisprudenza contabile ha ritenuto che non vi siano ostacoli al rilascio di garanzie diverse dalla fideiussione, a patto che il rilascio delle stesse **sia previsto dal regolamento di contabilità dell'ente** (ex multis Corte dei conti, Sez. Lombardia, n.823/2010/PAR)".

Con la modifica del comma 4 dell'art. 152 Tuel, in seguito all'attuazione della contabilità armonizzata, effettuata ad opera del D.lgs. n. 126/2014, è intervenuta una limitazione della capacità dei regolamenti di contabilità di derogare ai principi generali stabiliti dal Testo Unico, "con la conseguenza che, a fronte di un orientamento che ha confermato la possibilità per gli enti di rilasciare garanzia ipotecaria (Corte dei conti, Sez. Veneto, n. 163/2017/PRSP) **se ne è prospettato un altro maggiormente dubitativo (Corte dei conti, Sez. Marche, n.138/2015/PRSE)".**

La particolarità del caso prospettato, però, è che il quesito posto nel caso di specie non riguarda il rilascio di garanzia ma all'acquisto di un bene che risulti già gravato "da ipoteca e, quindi, non assoggettabile alle regole proprie sul rilascio di garanzie. In tal senso **si è recentemente espressa questa Sezione su una fattispecie simile (Corte dei conti, Sez. Piemonte, n.76/2023/PAR)".** Seppure vero, pertanto, che nulla osta all'acquisizione di un bene, assegnato a titolo gratuito, evidenti implicazioni tecnico/contabile ha le questioni dell'ipoteca.

Nel ricostruire la situazione in cui si verrebbe a trovare l'ente locale acquirente, la sezione segnala ricorda che "l'ipoteca è un diritto reale di garanzia su cosa altrui avente lo scopo di costituire una garanzia specifica a favore del creditore ipotecario: il bene sul quale è costituita ipoteca, infatti, resta di proprietà di chi, debitore o terzo, lo ha dato in ipoteca e può essere dal proprietario liberamente alienato".

Non si deve sottovalutare, quindi, il fatto che "Il creditore ipotecario, tuttavia, acquista sul bene un duplice diritto: quello di procedere ad esecuzione forzata sul bene anche nei confronti del terzo acquirente (cosiddetto diritto di seguito) e quello di soddisfarsi sul prezzo ricavato dalla vendita forzata del bene, con preferenza rispetto agli altri eventuali creditori del medesimo debitore".

La particolare condizione è che il bene ipotecato, se può liberamente circolare, impone al "terzo che lo acquista compera un bene gravato da ipoteca" una esposizione "all'azione esecutiva del creditore ipotecario (artt. 2808, comma 1, e 2858 c.c.)".

E' chiaro quindi che l'ente acquirente diventa a sua volta debitore entrando in un rapporto da cui era totalmente estraneo con la conseguenza che "alla scadenza del credito, a garanzia del quale l'ipoteca fu costituita, il creditore non pagato ha diritto di promuovere la vendita forzata del bene anche nei

confronti del terzo acquirente, il quale, per evitare la vendita forzata, ha tre possibilità: o paga egli stesso il creditore ipotecario, liberando il bene dall'ipoteca; o effettua il rilascio del bene ipotecato, ai sensi dell'art. 2861 c.c.; o, infine, libera il bene dall'ipoteca tramite la cosiddetta purgazione ai sensi dell'art. 2889 e ss. c.c."

La conclusione, anche ovvia, della sezione è che "il Comune acquirente dovrà valutare attentamente i possibili risvolti che si profilano. In particolare, il bene acquistato, se non liberato dall'ipoteca e se appartenente al patrimonio disponibile del Comune, sarà sempre soggetto a possibile azione espropriativa da parte del creditore ipotecario in caso di insolvenza del debitore, con la conseguenza che un bene che è stato acquistato ai fini di un pubblico utilizzo, potrebbe essere sottratto a tale destinazione facendo venir meno la giustificazione dell'intera operazione".

#### **4. Considerazioni pratiche**

La sezione, quindi, non fornisce, non potrebbe, una risposta definitiva ma è chiaro che – sotto il profilo della regolarità tecnica (che nel ragionamento sopra esposto compete al responsabile del patrimonio normalmente l'ufficio tecnico) - la risposta del funzionario deve essere ben meditata. Acquisire un bene gravato da ipoteca, pur se gratuito, non porta alcun vantaggio all'ente caso mai, sotto il profilo tecnico, il funzionario deve, per poter rispondere alla questione della regolarità, chiedere che l'acquisizione avvenga senza l'ipoteca.